Schriften zum Sozialrecht

Simon Roesen

Das Bundessozialgericht als Tatsacheninstanz

Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln



Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748968867 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schriften zum Sozialrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Peter Axer | Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. | Prof. Dr. Karl-Jürgen Bieback | Prof. Dr. Winfried Boecken, LL.M. | Prof. Dr. Wiebke Brose, LL.M. (Köln/Paris I) | Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf | Prof. Dr. Hermann Butzer | Prof. Dr. Ulrike Davy | Prof. Dr. Ingwer Ebsen | Prof. Dr. Dr. h.c. Eberhard Eichenhofer | Prof. Dr. Maximilian Fuchs | Prof. Dr. Richard Giesen | Prof. Dr. Alexander Graser, LL.M. | Prof. Dr. Stefan Greiner | Prof. Dr. Andreas Hänlein | Prof. Dr. Friedhelm Hase | Prof. Dr. Timo Hebeler | Prof. Dr. Hans Michael Heinig | Prof. Dr. Claudia Maria Hofmann | Prof. Dr. Stefan Huster | Prof. Dr. Gerhard Igl | Prof. Dr. Constanze Janda | Prof. Dr. Jacob Joussen | Prof. Dr. Markus Kaltenborn | Prof. Dr. Andrea Kießling | Prof. Dr. Thorsten Kingreen | Prof. Dr. Wolfhard Kohte | Prof. Dr. Heinrich Lang | Prof. Dr. Elmar Mand, LL.M. | Prof. Dr. Johannes Münder | Prof. Dr. Laura Münkler | Prof. Dr. Katja Nebe | Prof. Dr. Stephan Rixen | Prof. Dr. Christian Rolfs | Prof. Dr. Reimund Schmidt-De Caluwe† | Prof. Dr. Katharina von Koppenfels-Spies | Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer | Prof. Dr. Felipe Temming, LL.M. (LSE) | Prof. Dr. Astrid Wallrabenstein | Prof. Dr. Raimund Waltermann | Prof. Dr. Felix Welti

Band 79

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Simon Roesen

Das Bundessozialgericht als Tatsacheninstanz

Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Diese Publikation wurde gefördert durch den Open-Access-Publikationsfonds der Universität Kassel.

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

Zugl.: Kassel, Univ., Diss., Fachbereich Humanwissenschaften, 2025

Datum der Disputation: 18. Juni 2025

1. Auflage 2026

© Simon Roesen

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-3293-8
ISBN (ePDF): 978-3-7489-6888-7

DOI: https://doi.org/10.5771/9783748968887

Onlineversion
Inlibra

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Mai 2025 von der Universität Kassel als Dissertation angenommen. Im Anschluss an die Disputation am 18. Juni 2025 wurde die Arbeit stellenweise aktualisiert und es wurden teilweise Ergänzungen vorgenommen.

Gerne möchte ich an dieser Stelle die Gelegenheit nutzen, mich bei denjenigen Personen zu bedanken, die zum erfolgreichen Abschluss meines Dissertationsprojekts beigetragen haben.

Zunächst will ich Prof. Dr. Felix Welti herzlich für seine Förderung, Betreuung und seine Bereitschaft, mir während des gesamten Prozesses jederzeit hilfreichen Rat zu geben, danken. Ebenso danke ich Prof. Dr. Susanne Dern für die kurzfristige Anfertigung des Zweitgutachtens sowie die bestärkenden Gespräche im Vorfeld meiner Disputation.

Ein weiterer Dank gilt der Nachwuchsgruppe „Die Sozialgerichtsbarkeit und die Entwicklung von Sozialrecht und Sozialpolitik in der Bundesrepublik Deutschland“ und insbesondere ihren Leiterinnen Prof. Dr. Katie Baldschun und Dr. Sarah Schulz für die Unterstützung bei der Entwicklung einer Fragestellung und ihre kritischen Anmerkungen.

Weiterhin danke ich meinen Wegbegleiterinnen und Wegbegleitern im Fachgebiet „Sozial- und Gesundheitsrecht, Recht der Rehabilitation und Behinderung“ für den sehr guten Austausch sowie die zahlreichen Anmerkungen, Hinweise sowie Denkanstöße, insbesondere bei den Promovierendenkolloquien. In diesem Zusammenhang möchte ich Dr. Uwe Klerks hervorheben und ihm für seine hilfreichen Anregungen Dank aussprechen.

Danken will ich genauso meinen Eltern, welche mich auf meinem Weg immer bestärkt und unterstützt haben, auch wenn mein Vater diesen Meilenstein in meinem Leben leider nicht mehr miterleben konnte.

Besonderen Dank möchte ich jedoch meiner Partnerin Christina Janßen aussprechen, welcher ich gleichzeitig dieses Buch widme. Ohne ihre unermüdliche moralische Unterstützung und ihr offenes Ohr wäre es ohne Zweifel nicht denkbar und nicht möglich gewesen, diese Arbeit fertig zu stellen.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748968867 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis 9

Abkürzungsverzeichnis 37

A. Einführung 45

B. Verfassungsrechtlicher Rahmen 57

C. Anwendung von Rechtsnormen 81

D. Off-Label-Use von Arzneimitteln im Sozialrecht 165

E. Die Berufung und Revision im sozialgerichtlichen Verfahren 209

F. Generelle Tatsachen in der sozialgerichtlichen Revisionsinstanz 293

G. Exemplarische Auswertung der Rechtsprechung aus dem öffentlichen Recht und dem Zivilrecht hinsichtlich der Feststellung von generellen Tatsachen durch die Revisionsinstanz 351

H. Analyse der Rechtsprechung des *BSG* zum Off-Label-Use von Arzneimitteln unter besonderer Berücksichtigung der Feststellung von generellen Tatsachen 435

I. Verfassungsrechtliche Würdigung 489

J. Schluss 505

Hinweise zu den Verzeichnissen 513

Literaturverzeichnis 515

Materialien I 553

Materialien II 555

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748968867 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 37

A. Einführung 45

I. Ausgangslage und Problemstellung 47
II. Untersuchungsgegenstand 48
III. Relevanz der Untersuchung 49
IV. Rechtswissenschaft im engeren und weiteren Sinne 50
1. Rechtsdogmatik 51
2. Die juristische Methode der Rechtsanwendung 52
3. Rechtstheorie und Rechtsphilosophie 53
V. Gang der Untersuchung 54

B. Verfassungsrechtlicher Rahmen 57

I. Das Sozialstaatsprinzip und die Grundrechte der freien Entfaltung der Persönlichkeit und auf Leben und körperliche Unversehrtheit 57
1. Das Sozialstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG 57
2. Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG 58
3. Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG 59
II. Das Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 3 GG 61
1. Das Prinzip der Gewaltenteilung gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG 62
2. Die Bindung staatlichen Handelns an Gesetz und Recht 63
a. Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung 63
aa. Der Vorrang des Gesetzes 63
bb. Der Vorbehalt des Gesetzes 64
b. Die Bindung der rechtsprechenden Gewalt an das Gesetz gemäß Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 GG 65
3. Das Bestimmtheitsgebot 66

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Verfahrensgrundrechte 68
a. Das Gebot effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG 70
aa. Inhalt der Norm 70
bb. Die Ausübung öffentlicher Gewalt gemäß Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG 71
b. Die Gewährung rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG 72
c. Die Garantie des gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG 73
aa. Rechtsdogmatische Einordnung als Verfahrensgrundrecht 74
bb. Inhalt der Norm 75
III. Das Demokratieprinzip gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG 76
IV. Zusammenfassung 78

C. Anwendung von Rechtsnormen 81

I. Rechtsnormen 81
1. Rechtsphilosophische Einordnung 81
a. Sein und Sollen 81
b. Juristischer Positivismus 83
aa. Der philosophische Positivismus 84
bb. Der Gesetzes- und Richterpositivismus 84
c. Naturrecht 86
aa. Positives Recht versus Naturrecht 86
bb. Verrechtlichtes Naturrecht 89
d. Zwischenergebnis 91
2. Normativ-verbindliche Rechtsnormen und Rechtssätze 92
a. Staatliche Rechtsetzung 92
aa. Demokratisch legitimierte Entscheidung 92
bb. Beratung und Verkündung von Gesetzen 93
(1) Beratung von Gesetzen 93
(2) Verkündung von Gesetzen 94
b. Private Rechtsetzung 94
c. Rechtsnormen und Rechtssätze 95
aa. Rechtsnormen 95
(1) Begriffsbestimmung 95
(i) Formelle und materielle Gesetze 95

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(ii) Formelles und materielles Recht 97
(2) Charakteristika von Rechtsnormen 97
(3) Normhierarchie von Rechtsnormen 100
bb. Rechtssätze 100
(1) Die Ansichten von *Eugen Ehrlich* und *Hans Kelsen* zu Rechtssätzen 100
(2) Einordnung 101
d. Die Struktur der Rechtsnorm oder des Rechtssatzes 102
aa. Vollständige oder selbständige Rechtsnormen 103
(1) Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge 103
(2) Grundsatz: Rechtsfolge als Rechte und Pflichten 104
bb. Unvollständige oder unselbständige Rechtsnormen 105
(1) Erläuternde Rechtsnormen 106
(2) Einschränkende Rechtsnormen 106
(3) Verweisende Rechtssätze 107
e. Normenkontrollverfahren 107
aa. Konkrete und abstrakte Normenkontrolle 108
(1) Konkrete Normenkontrolle gemäß Art. 100 Abs. 1 GG 108
(2) Abstrakte Normenkontrolle gemäß Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG 110
bb. Prinzipale und inzidente Normenkontrolle 111
(1) Prinzipale Normenkontrolle gemäß § 47 VwGO 111
(2) Inzidente Normenkontrolle 112
3. Nicht normativ-verbindliche Aussagesätze 113
a. Aussagesätze über das positive Recht 114
b. Aussagesätze über Tatsachen 114
c. Richterrecht 115
d. Zwischenergebnis 116
4. Zusammenfassung 117
II. Rechtsanwendung 118
1. Die juristische Methode der Rechtsanwendung 118
a. Der Justizsyllogismus bzw. das juristische Subsumtionsmodell 119
aa. Der Akt der Rechtsanwendung 119

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Bestandteile des Justizsyllogismus 120
(1) Der Obersatz 120
(2) Der Untersatz 121
(i) Die Subsumtion im engeren Sinne 121
(ii) Die Subsumtion im engeren Sinne als Rechtsanwendung 122
(3) Schlussfolgerung (Conclusio) 123
cc. Zwischenergebnis 123
b. Die Auslegung bzw. Konkretisierung von Gesetzen 124
aa. Definition von Auslegung 124
bb. Subjektiver Wille des historischen Gesetzgebers oder objektiver Wille der Norm? 126
cc. Die einzelnen Auslegungsmethoden 128
(1) Sprachlich-Grammatische Auslegung 128
(2) Systematische Auslegung 129
(3) Historische und genetische Auslegung 130
(4) Teleologische Auslegung 131
dd. Zwischenergebnis 132
ee. Rangordnung der Auslegungsmethoden 132
(1) Gesetzliche Bindung der juristischen Methode 132
(2) Ableitung einer Rangordnung im Einzelfall aus dem Verfassungsrecht 133
(i) Grundsätzlicher Gleichrang der Auslegungsmethoden 133
(ii) Vorrang der normtextbezogenen Auslegungsmethoden im Konfliktfall 134
(3) Wortlaut- bzw. Wortsinngrenze 135
ff. Zwischenergebnis 137
c. Ermessensspielraum und/oder Beurteilungsspielraum 138
aa. Ermessensspielraum 138
bb. Unbestimmte Rechtsbegriffe und Beurteilungsspielraum 139
d. Rechtsanwendungsfehler 141
e. Zwischenergebnis 142
2. „Strukturierende Rechtslehre“ 142
a. Theorie der Rechtsnormerzeugung als juristische Argumentationstheorie 143

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Rechtsanwendung als Rechtsnormerzeugung bzw. Rechtsnormkonstruktion 144
aa. Ablaufmodell der Rechtsnormerzeugung 147
(1) Einzelne Elemente der Rechtsnormerzeugung 147
(2) Die Herstellung der Rechtsnorm 148
bb. Begründung und Argumentation der gerichtlichen Entscheidung 149
c. Zwischenergebnis 150
III. Die Abgrenzung zwischen Rechtsfragen und Tatsachenfragen 151
1. Theorien zur Abgrenzung zwischen Rechtsfragen und Tatsachenfragen 152
a. Die logisch-begriffliche Revisionsmethode 153
b. Die teleologische Revisionsmethode 154
c. Die Leistungsmethode 155
d. Zwischenergebnis 156
2. Die Abgrenzung zwischen Rechtsfragen und Tatsachenfragen 156
a. Rechtsfragen 156
aa. Auslegungsfragen 156
bb. Subsumtionsfragen im engeren Sinne 157
(1) Subsumtion als Tatsachenfrage 157
(2) Subsumtion als Rechtsfrage 158
b. Tatsachen 158
aa. Definition von (Einzel-)Tatsachen 159
bb. Tatsachenfragen 160
c. Zwischenergebnis 161
IV. Zusammenfassung 162

D. Off-Label-Use von Arzneimitteln im Sozialrecht 165

I. Anspruch auf Arzneimittelversorgung im SGB V 165
1. Leistungsrechtlicher Rahmen der Arzneimittelversorgung im Sozialrecht 165
a. Das Wirtschaftlichkeitsgebot gemäß § 12 Abs. 1 SGB V 166
aa. Rechtsdogmatische Einordnung 166

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Die Tatbestandsmerkmale des Wirtschaftlichkeitsgebots 167
b. Das Qualitätsgebot gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V 169
aa. Rechtsdogmatische Einordnung 169
bb. Die Tatbestandsmerkmale der Wirksamkeit und des allgemein anerkannten Stands medizinischer Erkenntnisse 169
(1) Wirksamkeit 170
(2) Der allgemein anerkannte Stand der medizinischen Erkenntnisse 170
(i) Begriff 170
(ii) Evidence-based Medicine (Evidenzbasierte Medizin – EbM) 172
c. Konkretisierung des Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsgebots 174
aa. Richtlinien des *G-BA* gemäß § 92 SGB V 174
(1) Der *G-BA* und das *Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG)* 174
(i) Der *G-BA* gemäß § 91 SGB V 174
(ii) Das *Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG)* gemäß §§ 139a-c SGB V 175
(2) Beschlüsse des *G-BA* 176
(i) Der Einbezug der EbM in die Richtlinienbeschlüsse des *G-BA* 177
(ii) Bekanntmachung der Richtlinien des *G-BA* 178
(iii) Demokratischen Legitimation des *G-BA* und rechtsdogmatische Einordnung der Richtlinien des *G-BA* 178
(iv) Rechtsschutz gegen Richtlinien des *G-BA* 181
(v) Die Richtlinie über die Verordnung von Arzneimitteln in der vertragsärztlichen Versorgung (Arzneimittel-Richtlinie – AM-RL) des *G-BA* 182

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Wirtschaftlichkeitsprüfungen gemäß §§ 106 ff. SGB V 182
2. Die Zulassung von Arzneimitteln 184
a. Der Arzneimittelbegriff 184
b. Zulassungsverfahren von Arzneimitteln 185
aa. Zulassungsverfahren auf europäischer Ebene (zentralisiertes Verfahren) 185
bb. Zulassungsverfahren auf nationaler Ebene (dezentrales Verfahren) 186
cc. Information der Öffentlichkeit 187
(1) Bekanntmachung über die Zulassung in einem zentralisierten Verfahren 187
(2) Bekanntmachung über die Zulassung in einem dezentralen Verfahren 188
3. Vorgreiflichkeit des AMG 189
II. Anspruch auf Versorgung mit Arzneimitteln im Off-Label-Use 190
1. Definition Off-Label-Use 190
2. Prüfung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use 192
a. Prüfung der arzneimittelrechtlichen Zulassung gemäß § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 3, § 31 Abs. 1 S. 1 SGB V i.V.m. § 21 Abs. 1 AMG 193
b. Prüfung eines Off-Label-Use gemäß § 35c SGB V 193
aa. Richtliniengestützter Off-Label-Use gemäß § 35c Abs. 1 SGB V 193
(1) Die Anlage VI der AM-RL 193
(2) Verfahren zur Aufnahme von Arzneimitteln in die Anlage VI der AM-RL 194
bb. Off-Label-Use im Rahmen klinischer Studien gemäß § 35c Abs. 2 SGB V 195
c. Prüfung der richterrechtlichen Grundsätze eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use 195
aa. Schwerwiegende Erkrankung 196
bb. Fehlende Therapiealternative 196
cc. Begründete Erfolgsaussicht 196
dd. Zwischenergebnis 198
d. Prüfung von § 2 Abs. 1a SGB V 199
aa. Lebensbedrohliche Erkrankung 201
bb. Fehlende Standardtherapiealternative 202

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc. Indiziengestützte Erfolgsaussicht 202
dd. Besonderheiten für die Arzneimittelversorgung 204
(1) Kein Verstoß gegen das AMG 204
(2) Abstrakte und konkret auf den Versicherten bezogene Chancen-Risiken-Analyse hinsichtlich des eingesetzten Medikaments 205
(3) Arzneimitteltherapie entsprechend den Regeln der ärztlichen Kunst, Dokumentation und Einwilligung durch den Patienten 206
III. Haftungsrecht beim Off-Label-Use 206
IV. Zusammenfassung 207

E. Die Berufung und Revision im sozialgerichtlichen Verfahren 209

I. Grundsätze des sozialgerichtlichen Verfahrens 209
1. Der Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 103 SGG 209
2. Das Kammer- und Senatsprinzip 211
3. Ehrenamtliche Richter 211
II. Die Berufung im sozialgerichtlichen Verfahren gemäß §§ 143 ff. SGG 213
1. Voraussetzungen für die Zulässigkeit und Begründetheit der Berufung gemäß § 143 SGG 214
2. Die Erforschung des Sachverhalts gemäß § 103 SGG 214
a. Beweiserhebung bzw. Beweisaufnahme 215
aa. Beweiserhebung durch das zuständige Gericht gemäß § 106 Abs. 3 SGG 217
(1) Urkunden (§ 106 Abs. 3 Nr. 1, 1. Hs. SGG) und elektronische Dokumente (§ 106 Abs. 3 Nr. 1, 2. Hs. SGG) 217
(2) Medizinische Unterlagen (§ 106 Abs. 3 Nr. 2 SGG) und Auskünfte (§ 106 Abs. 3 Nr. 3 SGG) 218
(3) Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen (§ 106 Abs. 3 Nr. 4 SGG) 219
(4) Einnahme des Augenscheins (§ 106 Abs. 3 Nr. 5, 1. Hs. SGG) 219

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(5) Gerichtliche Sachverständigengutachten (§ 106 Abs. 3 Nr. 5, 2. Hs. SGG) 220
(i) Definition 220
(ii) Notwendigkeit der Erhebung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens durch das Gericht 220
(6) Antizipierte Sachverständigengutachten 222
(i) Definition 222
(ii) Antizipierte Sachverständigengutachten im Sozialrecht 222
(iii) Anforderungen an antizipierte Sachverständigengutachten 224
α. Fachgremium 224
β. Öffentliches Verfahren 225
γ. Regelmäßige Anwendung 225
bb. Beauftragung der Beweiserhebung durch Beteiligte des sozialgerichtlichen Verfahrens oder durch Beteiligte des sozialrechtlichen Verwaltungsverfahrens 226
(1) Gutachten gemäß § 109 SGG 226
(2) Gutachten aus dem Verwaltungsverfahren oder dem Widerspruchsverfahren (Verwaltungsgutachten) 227
(3) Privatgutachten 227
cc. Zwischenergebnis 227
b. Die freie Beweiswürdigung des Gerichts, die Grundlagen des Urteils und die Grenzen der freien Beweiswürdigung gemäß § 128 SGG 228
aa. Die freie Beweiswürdigung des Gerichts gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG 228
(1) Tatsächliche Beweiswürdigung 228
(i) Definition 228
(ii) Verhältnis verschiedener Beweismittel zueinander 230
(iii) Die Feststellung von Tatsachen 231
α. Eigene Feststellungen des Gerichts 231
β. Ort der Tatsachenfeststellungen 231

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Rechtliche Beweiswürdigung (Subsumtion im engeren Sinne) 233
bb. Die Grundlagen des Urteils 233
(1) Rechtliches Gehör gemäß § 128 Abs. 2 SGG 233
(i) Anwendungsbereich von § 128 Abs. 2 SGG 234
(ii) Verhältnis von § 128 Abs. 2 zu § 128 Abs. 1 S. 1 SGG 235
(2) Begründungspflicht gemäß § 128 Abs. 1 S. 2 SGG 236
(i) Anwendungsbereich von § 128 Abs. 1 S. 2 SGG 236
(ii) Adressaten von § 128 Abs. 1 S. 2 SGG 238
cc. Grenzen der freien Beweiswürdigung 239
(1) Gesetzliche Beweisregeln 241
(i) Beweiskraft von gerichtlichen (medizinischen) Sachverständigengutachten 241
α. Besonderheiten des Sachverständigenbeweises 241
β. Gutachten aus einem anderen Gerichtsverfahrens gemäß § 118 Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. § 411a ZPO 242
(ii) Beweiskraft von Gutachten aus dem Verwaltungsverfahren oder dem Widerspruchsverfahren (Verwaltungsgutachten) 243
α. Besonderheiten des Urkundenbeweises 243
β. Gutachten aus dem Verwaltungsverfahren oder dem Widerspruchsverfahren (Verwaltungsgutachten) versus gerichtliches Sachverständigengutachten 244
(iii) Beweiskraft von Privatgutachten 245
(2) Denkgesetze 246
(i) Definition 246

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(ii) Verletzung von Denkgesetzen bei der Auslegung und Subsumtion 247
(iii) Verletzung von Denkgesetzen bei der Beweiswürdigung und Tatsachenfeststellung 247
(3) Naturgesetze 248
(4) Allgemeine, besondere (spezielle), qualifizierte und einfache Erfahrungssätze 249
(i) Allgemeine oder absolute Erfahrungssätze 249
(ii) Besondere oder spezielle Erfahrungssätze 251
(iii) Qualifizierte Erfahrungssätze 252
(iv) Einfache Erfahrungssätze 252
(v) Zwischenergebnis 253
α. Unterschiedliche Arten von Erfahrungssätzen 253
β. Überprüfung der Einhaltung des formellen Beweisrechts bei der Feststellung von besonderen Erfahrungssätzen durch die Berufungsinstanz 254
(5) Berücksichtigung des Gesamtergebnisses des Verfahrens 255
dd. Zwischenergebnis 256
3. Zwischenergebnis 257
III. Die Revision im sozialgerichtlichen Verfahren gemäß §§ 160 ff. SGG 257
1. Sachrüge und Verfahrensrüge 258
2. Zulassungsrevision gemäß § 160 Abs. 1 SGG 259
a. Zulassungsentscheidung 259
b. Die Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 160a SGG 259
3. Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Revision gemäß § 160 SGG 261
a. Rechtssache von grundsätzlicher Bedeutung gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG 262
aa. Rechtssache 262
(1) Rechtssache als Tatsachenfrage 262

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Aktuelle Auslegung von § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG 263
(3) Zwischenergebnis 265
bb. Grundsätzliche Bedeutung 266
cc. Abstrakte Klärungsbedürftigkeit der Rechtssache 266
dd. Konkrete Klärungsfähigkeit der Rechtssache 267
b. Abweichung von höchstrichterlicher Rechtsprechung gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 2 SGG 268
c. Verfahrensmangel gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG 270
aa. Definition Verfahrensmangel 270
bb. Tatsächliches Vorliegen des Verfahrensmangels 273
cc. Geltendmachung des Verfahrensmangels 273
dd. Beruhen der Entscheidung auf dem Verfahrensmangel 273
ee. Kein gesetzlicher Ausschluss des Verfahrensmangels gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 3, 2. Hs. SGG 274
(1) § 109 SGG 274
(2) § 128 Abs. 1 S. 1 SGG 275
(3) § 103 SGG 275
4. Voraussetzungen für die Begründetheit der Revision gemäß § 162 SGG 277
a. Verletzung einer Rechtsnorm des Bundes (§ 162, 1. Alt. SGG) oder einer sonstigen revisiblen Rechtsvorschrift (§ 162, 2. Alt. SGG) 278
aa. Rechtsverletzung 278
bb. Vorschrift des Bundesrechts gemäß § 162, 1. Alt. SGG 278
cc. Sonstige revisible Rechtsnorm gemäß § 162, 2. Alt. SGG 279
dd. Nicht revisibles Recht 280
b. Kausalität der Rechtsverletzung 281
5. Begründung der zugelassenen Revision gemäß § 164 Abs. 2 SGG 282
6. Bindung des *BSG* an die festgestellten Tatsachen der Vorinstanz gemäß § 163 SGG 283
a. Grundsatz der Bindung gemäß § 163, 1. Hs. SGG 283

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Ausnahmen von der Bindung des *BSG* gemäß § 163, 2. Hs. SGG 284
7. Sachentscheidung durch das *BSG* oder Zurückverweisung des Rechtsstreits an die Berufungsinstanz gemäß § 170 Abs. 2 SGG 286
a. Sachentscheidung durch das *BSG* gemäß § 170 Abs. 2 S. 1 SGG 286
b. Unmöglichkeit einer Sachentscheidung durch das *BSG* aufgrund mangelnder Sachverhaltsermittlung durch das Tatsachengericht gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG 286
8. Der *Große Senat des BSG* gemäß § 41 SGG 288
a. Divergenzvorlage gemäß § 41 Abs. 2, 3 SGG 288
b. Vorlage bei grundsätzlicher Bedeutung einer Rechtsfrage gemäß § 41 Abs. 4 SGG 289
9. Zwischenergebnis 289
IV. Zusammenfassung 290

F. Generelle Tatsachen in der sozialgerichtlichen Revisionsinstanz 293

I. Definition genereller Tatsachen 293
II. Besonderes Wissen als Grundlage genereller Tatsachen 296
1. Der Wissensbegriff 296
a. Wissen im engeren Sinne 298
b. Wissen im weiteren Sinne 298
2. Juristische und nicht-juristische Wissensbestände 298
a. Juristisches Wissen im engeren Sinne 298
b. Nicht-juristisches Wissen im engeren Sinne 299
c. Juristisches und nicht-juristisches Wissen als nicht normativ-verbindliche Aussagesätze 300
d. Zwischenergebnis 300
3. Erkenntnisgrundlagen bzw. Erkenntnisquellen genereller Tatsachen im Sozialrecht 301
a. Bekanntmachungen der europäischen und nationalen Arzneimittelzulassungsbehörden 301
b. Veröffentlichungen des *G-BA* und des *IQWiG* oder Stellungnahmen von anderen Behörden 302
c. Wissenschaftliche Erkenntnisse der Medizin 303
d. Rechtswissenschaftliche Erkenntnisse 303

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

e. Leitlinien der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften e.V. (AWMF) 304
f. Tabellen und Empfehlungen über die Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE-Tabellen) 305
g. Quellen zur Konkretisierung von Tatbestandsmerkmalen der Anlage 1 zu der Berufskrankheiten-Verordnung (BKV) 307
h. Die International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD) 308
i. Empfehlungen des *Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge* zur Gewährung des Mehrbedarfs bei kostenaufwändiger Ernährung 309
4. Zwischenergebnis 310
III. Abgrenzung zwischen generellen Tatsachen und anderen Tatsachenarten 311
1. Rechtstatsachen 311
a. Feststellung und Einordnung von Rechtstatsachen durch das *BSG* 311
b. Rechtstatsache als soziologischer Begriff 313
c. Einordnung 314
2. Offenkundige Tatsachen 315
a. Allgemeinkundige Tatsachen 315
aa. Definition 315
bb. Abgrenzung zu generellen Tatsachen 316
cc. Grundsätzliche Geltung von § 128 Abs. 2 SGG 317
b. Gerichtskundige Tatsachen 318
c. Zwischenergebnis 318
IV. Rechtsdogmatische und rechtsmethodische Einordnung (der Feststellung) genereller Tatsachen durch das *BSG* 319
1. Rechtsdogmatische Einordnung 319
a. Begründung der Feststellungsbefugnis des *BSG* für generelle Tatsachen 319
aa. Sinn und Zweck der Revision gemäß § 160 Abs. 2 SGG 320
bb. Revisionsgerichtliche Kontrolle der Beweiswürdigung gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG 321
cc. Einordnung 322

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Voraussetzung zur eigenständigen Beweiserhebung durch das *BSG* 322
aa. Ansicht des *Großen Senats des BSG* 322
bb. Einordnung 323
c. Abgrenzung zwischen generellen Tatsachen und Rechtsnormen anhand ausgewählter Beispiele 324
aa. Rechtsnatur von antizipierten Sachverständigengutachten 325
(1) Antizipierte Sachverständigengutachten als Rechtsnormen? 325
(2) Antizipierte Sachverständigengutachten als generelle Tatsachen? 327
(i) MdE-Tabellen 327
(ii) Gerichtliche Kontrolle 328
bb. Rechtsnatur von allgemeinen Erfahrungssätzen und generellen Tatsachen 329
cc. Zwischenergebnis 330
2. Rechtsmethodische Einordnung 331
a. Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* 332
b. Einordnung genereller Tatsachen innerhalb des juristischen Subsumtionsmodells 333
aa. Feststellung genereller Tatsachen zum Zweck der Rechtsauslegung 333
bb. Feststellung genereller Tatsachen zum Zweck der Subsumtion im engeren Sinne 335
(1) Ausführliche Prüfungskompetenz des *BSG* (Ansicht von *Wolfgang Dreher*) 336
(2) Die Feststellung genereller Tatsachen lediglich zum Zweck der Rechtsauslegung (Ansicht von *Artur May*) 337
cc. Einbezug genereller Tatsachen in das Modell der Rechtsnormerzeugung 337
c. Einordnung 339
V. Die Feststellung genereller Tatsachen als Bestandteil der Rechtsfrage oder Tatsachenfrage 339
1. Rechtsprechung des *BSG* 340
a. Feststellung genereller Tatsachen zur Rechtsauslegung 340

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Feststellung genereller Tatsachen zur Subsumtion im engeren Sinne 341
2. Einordnung 342
VI. Rechtsschutz gegen die fehlerhafte oder unvollständige Feststellung von generellen Tatsachen durch die Tatsacheninstanz 343
VII. Geltung des formellen Beweisrechts für das *BSG* bei der Feststellung genereller Tatsachen 344
1. Rechtsdogmatische Grundlagen 344
2. Wichtige Verfahrensgrundsätze 345
a. § 128 Abs. 2 SGG 345
b. § 128 Abs. 1 S. 2 SGG 345
c. § 163 und § 170 Abs. 2 S. 2 SGG 346
d. Gerichtliche Kontrolle bei begrenztem oder fehlendem fachwissenschaftlichen Erkenntnisstand 346
aa. Rechtsprechung des *BVerfG* 347
bb. Rechtsprechung des *BSG* 348
cc. Bedeutung für das *BSG* bei der Feststellung von generellen Tatsachen 348
3. Einordnung 349
VIII. Zusammenfassung 350

G. Exemplarische Auswertung der Rechtsprechung aus dem öffentlichen Recht und dem Zivilrecht hinsichtlich der Feststellung von generellen Tatsachen durch die Revisionsinstanz 351

I. Vorbemerkungen 351
1. Datenbasis 351
2. Begründung der exemplarischen Auswertung und der Auswahl der Urteile 352
3. Leitfragen und Leitkriterien bei der Analyse der Rechtsprechung 352
II. Öffentliches Recht 353
1. Bundesverfassungsgericht 353
a. Feststellung von Einzeltatsachen gemäß § 26 BVerfGG 353
b. Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BVerfG* zur Subsumtion unter Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG 355

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Verwaltungsgerichtsbarkeit 356
a. Rechtliche Grundlagen 356
b. Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BVerwG* 357
aa. Ansichten in der Rechtsprechung 357
bb. Ansichten in der Literatur 357
c. Wissenschaftliche oder technische Standards 358
aa. Norminterpretierende und normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften 360
(1) Norminterpretierende Verwaltungsvorschriften 360
(2) Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften 361
bb. Rechtsdogmatische Einordnung von normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften 362
(1) Argumente für eine Rechtsnormqualität 362
(2) Argumente gegen eine Rechtsnormqualität 362
(3) Einordnung 364
3. Sozialgerichtsbarkeit 365
a. *Großer Senat des BSG* 365
aa. Auslegung von § 1246 Abs. 2 RVO a.F. 366
bb. Subsumtion unter § 1246 Abs. 2 RVO a.F. 366
cc. Einordnung 367
b. Gesetzliche Krankenversicherung 367
aa. Rechtsbegriff des allgemein anerkannten Stands medizinischer Erkenntnisse gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V 367
(1) Auslegung des Rechtsbegriffs 368
(2) Subsumtion unter den Rechtsbegriff 368
(3) Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BSG* ohne oder mit eigener Beweiserhebung 369
(i) Feststellung von generellen Tatsachen ohne eigene Beweiserhebung 369
(ii) Feststellung von generellen Tatsachen mit eigener Beweiserhebung 370
(4) Feststellung von Einzeltatsachen 371

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Rechtsbegriffe des § 35 Abs. 1 SGB V 371
(1) Subsumtion unter den Rechtsbegriff des „pharmakologisch-therapeutisch vergleichbaren Wirkstoffs“ (§ 35 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB V) 371
(2) Subsumtion unter den Rechtsbegriff einer möglichen „therapeutischen Verbesserung“ eines Arzneimittels (§ 35 Abs. 1 S. 6, 2. Alt., Abs. 1b SGB V) 373
cc. Einordnung 374
c. Gesetzliche Unfallversicherung 375
aa. Wandlung in der Rechtsprechung hinsichtlich der Feststellungsbefugnis 375
bb. Tatbestandsmerkmale der Anlage 1 zur BKV 377
(1) Auslegung von Tatbestandsmerkmalen einzelner Berufskrankheiten der Anlage 1 zur BKV 377
(2) Subsumtion des Lebenssachverhalts unter Tatbestandsmerkmale einzelner Berufskrankheiten der Anlage 1 zur BKV 377
cc. „Wie-Berufskrankheit“ gemäß § 9 Abs. 2 SGB VII 378
(1) Auslegung von § 9 Abs. 2 SGB VII 378
(2) Subsumtion unter § 9 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 SGB VII 379
(3) Einordnung 379
dd. Zwischenergebnis 380
d. Spezielle Gebiete der gesetzlichen Krankenversicherung 381
aa. Rechtsbegriff der „Erforderlichkeit“ i.S.v. § 33 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V 382
(1) Auslegung von § 33 Abs. 1 S. 1 SGB V und Subsumtion unter § 33 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V 382
(2) Einordnung 382
bb. Rechtsbegriff der „Barrierefreiheit“ gemäß § 4 Behindertengleichstellungsgesetz (BGG) 383
(1) „Barrierefreiheit“ als generelle Tatsache 383
(2) Einordnung 384

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

e. Gesetzliche Rentenversicherung 385
aa. Ehemaliges Recht der DDR als generelle Tatsachen 385
bb. Rechtsanwendung von § 6 Abs. 1 S. 1 AAÜG i.V.m. § 14 SGB IV 387
cc. Einordnung 388
(1) Korrektur der Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz durch das *BSG* 388
(2) Anwendung von § 202 S. 1 SGG i.V.m. § 293 ZPO? 389
f. Vertragsarztrecht 390
aa. Rechtsbegriff der „Notfallversorgung“ 391
bb. Einordnung 393
(1) Eigene Sachkunde des Gerichts 393
(2) Berücksichtigung von Einzeltatsachen 393
g. Grundsicherung für Arbeitssuchende 394
aa. Mehrbedarf aufgrund einer kostenaufwändigen Ernährung gemäß § 21 Abs. 5 SGB II 394
(1) Rechtsanwendung von § 21 Abs. 5 SGB II 394
(2) Einordnung 395
bb. Rechtsbegriff der „Geeignetheit“ eines Anbieters für Leistungen für Bildung und Teilhabe gemäß §§ 28 ff. SGB II 396
(1) Rechtsanwendung von §§ 28 ff. i.V.m. § 4 Abs. 2 S. 2 SGB II 397
(i) Revisionsinstanz 397
(ii) Tatsacheninstanz 398
(2) Einordnung 398
h. Sozialhilfe 399
aa. Auslegung von § 24 Abs. 1 S. 2 SGB XII 400
bb. Subsumtion unter § 24 Abs. 1 S. 2 SGB XII 400
cc. Einordnung 401
i. Soziales Entschädigungsrecht und Schwerbehindertenrecht 401
aa. Rechtsbegriff der „Wegstrecken, die üblicherweise noch zu Fuß zurückgelegt werden“ gemäß § 60 Abs. 1 S. 1 SchwbG a.F. 401
(1) Auslegung des Rechtsbegriffs 402
(2) Einordnung 403

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Rechtsbegriff der „Auswirkungen auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft" gemäß § 69 Abs. 1 und 3 SGB IX a.F. 403
(1) Auslegung des Rechtsbegriffs 403
(2) Einordnung 404
j. Arbeitslosenversicherung 405
aa. Rechtsbegriff des „gewöhnlichen Entgeltabzugs“ i.S.v. § 136 Abs. 2 S. 1 SGB III a.F. bzw. § 111 Abs. 1 AFG a.F. 405
bb. Einordnung 406
k. Beitragsrecht und Mitgliedschaftsrecht der Krankenversicherung, der Pflegeversicherung, der Rentenversicherung und der Arbeitslosenversicherung 407
aa. Rechtsauslegung mittels Gesetzesmaterialien 407
bb. Einordnung 408
4. Strafgerichtsbarkeit 409
a. Wissenschaftliche Erfahrungssätze 409
b. Überprüfung der Beweiswürdigung des Tatsachengerichts durch die Revisionsinstanz 410
aa. Freie Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO 410
bb. Grundsatz der Bindung des Revisionsgerichts an die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz gemäß § 337 Abs. 1 StPO 411
cc. Grenzen der Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO 412
(1) Überprüfung der Beweiswürdigung 412
(2) Feststellung von wissenschaftlichen Erfahrungssätzen durch den *BGH* in Strafsachen 413
c. Feststellung von Einzeltatsachen 414
5. Auswertung 415
a. Bundesverfassungsgericht 415
b. Verwaltungsgerichtsbarkeit 415
aa. Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BVerwG* 415
bb. Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften 416

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Sozialgerichtsbarkeit 417
aa. Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BSG* 417
bb. Erkenntnisgrundlagen genereller Tatsachen 418
d. Strafgerichtsbarkeit 419
III. Zivilrecht 420
1. Überprüfung der Beweiswürdigung des Tatsachengerichts durch die Revisionsinstanz 420
a. Freie Beweiswürdigung gemäß § 286 Abs. 1 ZPO 420
b. Grundsatz der Bindung des Revisionsgerichts an die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz gemäß § 559 Abs. 2 ZPO 421
c. Grenzen der Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO 421
2. Feststellungsbefugnis des *BGH* in Zivilsachen für Normtatsachen und Erfahrungssätze 422
a. Normtatsachen 422
aa. Verwandte Begriffe 423
bb. Feststellungsbefugnis des *BGH* für Normtatsachen 423
(1) Ansichten in der Rechtsprechung 423
(2) Ansichten in der Literatur 424
b. Erfahrungssätze 425
aa. Begriffsbestimmung 426
bb. Feststellungsbefugnis des *BGH* für allgemeine und fachspezifische Erfahrungssätze 427
(1) Ansichten in der Rechtsprechung 427
(2) Ansichten in der Literatur 428
cc. Feststellungsbefugnis des *BGH* für medizinische Erfahrungssätze 428
3. Auswertung 430
a. Rechtliche Grundlagen zur Beweiswürdigung und zur Bindung der Revisionsinstanz an die Tatsachenfeststellungen 430
b. Feststellung von Normtatsachen und Erfahrungssätzen in der Rechtsprechung der Zivilgerichtsbarkeit 431
aa. Revisionsinstanz 431
(1) Normtatsachen 431
(2) Erfahrungssätze 432

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Tatsacheninstanz 433
IV. Zusammenfassung 433

H. Analyse der Rechtsprechung des *BSG* zum Off-Label-Use von Arzneimitteln unter besonderer Berücksichtigung der Feststellung von generellen Tatsachen 435

I. Leitfragen und Leitkriterien bei der Analyse der Rechtsprechung 435
II. Recht der gesetzlichen Krankenversicherung 437
1. Arzneimittelrechtliches Kriterium der Zulassung gemäß § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 3, § 31 Abs. 1 S. 1 SGB V i.V.m. § 21 Abs. 1 AMG 438
a. Bindung des *BSG* an die Feststellungen der Vorinstanz gemäß § 163 SGG 438
b. Feststellung von generellen Tatsachen zur Subsumtion unter § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 3, § 31 Abs. 1 S. 1 SGB V i.V.m. § 21 Abs. 1 AMG 439
aa. Venimmun- und Sandoglobulin-Urteil 439
bb. Concerta Retard-Urteil 440
cc. Polyglobin-, Ilomedin- und Cabaseril-Urteil 440
dd. Einordnung 441
c. Feststellung von generellen Tatsachen zur Subsumtion unter Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 726/2004 (Avastin-Urteil) 441
aa. Generelle Tatsachenfeststellungen des *BSG* 441
bb. Generelle Tatsachenfeststellungen des *LSG Bayern* (Avastin-Urteil) 442
cc. Einordnung 443
2. Rechtsanwendung von § 35c SGB V 444
a. Richtliniengestützter Off-Label-Use gemäß § 35c Abs. 1 SGB V 444
b. Off-Label-Use im Rahmen klinischer Studien gemäß § 35c Abs. 2 SGB V 444
aa. Translarna-Urteil 444
bb. Cytotect -Urteil 445
cc. Rituximab-Urteil 446

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Richterrechtliche Grundsätze eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use 446
a. Schwerwiegende Erkrankung 446
b. Fehlende Therapiealternative 447
c. Begründete Erfolgsaussicht 448
aa. Bindung des *BSG* an die Feststellungen der Vorinstanz gemäß § 163 SGG 448
bb. Feststellung von generellen Tatsachen 449
(1) Concerta Retard-, Polyglobin- und Sandoglobulin-Urteil 449
(2) Venimmun- und Ilomedin-Urteil 450
d. Einordnung 451
4. Rechtsanwendung von § 2 Abs. 1a SGB V 451
a. Lebensbedrohliche Erkrankung 452
aa. Bindung des *BSG* an die Feststellungen der Vorinstanz gemäß § 163 SGG 452
bb. Zurückverweisung des Rechtsstreits an die Vorinstanz gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG 453
cc. Auslegung des Begriffs der lebensbedrohlichen Erkrankung i.S.v. § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V und Subsumtion von Einzeltatsachen unter den ausgelegten Begriff 453
dd. Feststellung von generellen Tatsachen zur Subsumtion unter § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V 454
(1) Translarna- und Rituximab-Urteil 454
(2) Octagam-Urteil 455
(i) Generelle Tatsachen im Zusammenhang mit Pneumonien 456
(ii) Generelle Tatsachen im Zusammenhang mit Blutvergiftungen 457
(3) Einordnung 457
ee. Feststellung von Einzeltatsachen durch das *BSG* entgegen § 163 SGG 458
(1) Rituximab-Urteil 458
(2) Venimmun-Urteil 458
(3) Cabaseril-Urteil 459
ff. Einordnung 460

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Fehlende Standardtherapiealternative 461
aa. Feststellung von generellen Tatsachen zur Subsumtion unter § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V 461
bb. Zurückverweisung des Rechtsstreits an die Vorinstanz (§ 170 Abs. 2 S. 2 SGG) und Herbeiführung einer Sachentscheidung (§ 170 Abs. 2 S. 1 SGG) 462
(1) Zurückverweisung gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG 462
(i) Rituximab-Urteil 462
(ii) Octagam-Urteil 463
(2) Herbeiführung einer Sachentscheidung gemäß § 170 Abs. 2 S. 1 SGG 463
cc. Einordnung 464
c. Indiziengestützte Erfolgsaussicht 465
aa. Auslegung von § 2 Abs. 1a SGB V 466
bb. Zurückverweisung des Rechtsstreits an die Vorinstanz gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG 466
(1) Tatsachenfeststellungen des *LSG Hamburg* (Rituximab-Urteil) 467
(2) Tatsachenfeststellungen des *LSG Niedersachsen-Bremen* (Octagam-Urteil) 467
cc. Feststellung von generellen Tatsachen zur Subsumtion unter § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V 468
dd. Feststellung von Einzeltatsachen durch die Tatsacheninstanz zur Subsumtion unter § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V 469
ee. Einordnung 469
5. Auswertung 470
a. Feststellung von generellen Tatsachen im 1. Senat des *BSG* 470
aa. Bestätigende, ergänzende und ersetzende Feststellung von generellen Tatsachen 470
bb. Uneinheitliches Vorgehen des *BSG* 471
b. Verletzung des formellen Beweisrechts des SGG durch das *BSG* 472
aa. Verletzung von § 128 Abs. 1 S. 2 SGG 473
bb. Verletzung von § 163 und § 170 Abs. 2 S. 2 SGG 473

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Vertragsarztrecht 475
1. Arzneimittelrechtliches Kriterium der erforderlichen Zulassung gemäß § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 3, § 31 Abs. 1 S. 1 SGB V i.V.m. § 21 Abs. 1 AMG 476
a. Bindung des *BSG* an die Feststellungen der Vorinstanz gemäß § 163 SGG 476
b. Feststellung von generellen Tatsachen zur Subsumtion unter § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 3, § 31 Abs. 1 S. 1 SGB V i.V.m. § 21 Abs. 1 AMG 476
aa. Profact Depot-Urteil 476
bb. Wobe Mugos E-Urteil 477
2. Richterrechtliche Grundsätze eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use 477
a. Schwerwiegende Erkrankung 477
aa. Profact Depot-Urteil 478
bb. Megestat-Urteil 478
cc. Einordnung 479
b. Fehlende Therapiealternative 479
aa. Bindung des *BSG* an die Feststellungen der Vorinstanz gemäß § 163 SGG 479
bb. Feststellung von generellen Tatsachen 480
c. Begründete Erfolgsaussicht 480
aa. Bindung des *BSG* an die Feststellungen der Vorinstanz gemäß § 163 SGG 480
bb. Feststellung von generellen Tatsachen 480
3. Grundsätze des Nikolausbeschlusses des *BVerfG* bzw. Rechtsanwendung von § 2 Abs. 1a SGB V 481
a. Lebensbedrohliche Erkrankung und fehlende Standardtherapiealternative 481
b. Indiziengestützte Erfolgsaussicht 482
4. Auswertung 483
a. Feststellung von generellen Tatsachen im 6. Senat des *BSG* 483
b. Verletzung von § 128 Abs. 1 S. 2 SGG durch das *BSG* 484
IV. Zusammenfassung 484
1. Entscheidung des *Großen Senats des BSG* 485
a. Vorgehen des 1. und 6. Senats des *BSG* bei der Feststellung von generellen Tatsachen 485

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Vorlage an den *Großen Senat des BSG* gemäß § 41 Abs. 4 SGG 486
2. Erkenntnisgrundlagen genereller Tatsachen bei der Prüfung eines Off-Label-Use durch das *BSG* 487

I. Verfassungsrechtliche Würdigung 489

I. Einordnung genereller Tatsachen unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten 489
1. Tatsächlich-normative Regelwerke (generelle Tatsachen) 489
2. Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) 490
3. Einordnung 490
II. Rechtsschutz gegen die (fehlerhafte) Feststellung von generellen Tatsachen oder von Einzeltatsachen durch den 1. und 6. Senat des *BSG* bei der Prüfung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use 492
1. Überprüfung der fehlerhaften Sachverhaltsermittlung des *BSG* durch das *BVerfG* 492
2. Verfahrensgrundrechte 494
a. Das Gebot effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG 494
aa. Pflichten des Gerichts gemäß Art. 19 Abs. 4 GG 495
bb. Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG durch das *BSG* bei der Feststellung von generellen Tatsachen 496
b. Die Gewährung rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG 496
aa. Verletzung des einfachen Verfahrensrechts als Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG 496
bb. Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG durch das *BSG* bei der Feststellung von generellen Tatsachen 498
c. Die Garantie des gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG 499
aa. Verletzung des einfachen Verfahrensrechts als Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG 499
bb. Keine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch das *BSG* bei der Feststellung von generellen Tatsachen 501

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc. Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch das *BSG* bei der Feststellung von generellen Tatsachen 502
d. Folgen der Verletzung von Verfahrensgrundrechten 503
III. Zusammenfassung 504

J. Schluss 505

I. Ergebnisse der Arbeit in Thesen 505
1. Anwendung von Rechtsnormen 505
2. Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BSG* 507
a. Exemplarische Auswertung der Rechtsprechung aus dem öffentlichen Recht und dem Zivilrecht 507
b. Analyse der Rechtsprechung des *BSG* zum Off-Label-Use von Arzneimitteln 507
c. Einordnung 509
3. Verfassungsrechtliche Folgen 509
a. Generelle Tatsachen und Verfassungsrecht 510
b. Rechtsschutz gegen die (fehlerhafte) Feststellung von generellen Tatsachen oder von Einzeltatsachen durch das *BSG* in seiner Off-Label-Use-Rechtsprechung 510
II. Ausblick 510

Hinweise zu den Verzeichnissen 513

Literaturverzeichnis 515

Materialien I 553

Materialien II 555

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748968867 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AAÜG	Anspruchs- und Anwartschaftsüberführungsgesetz
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
ÄndVO	Änderungsverordnung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AHP	Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit im sozialen Entschädigungsrecht und nach dem Schwerbehindertenrecht
AMG	Arzneimittelgesetz
AMHV	Arzneimittel-Härtefall-Verordnung
AMPV	Arzneimittelprüfrichtlinien-Verordnung
AM-RL	Arzneimittel-Richtlinie
AO	Abgabenordnung
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
A&R	Arzneimittel & Recht (Zeitschrift)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArEV	Verordnung über die Bestimmung des Arbeitsentgelts in der Sozialversicherung
Art(t)	Artikel
Ärzte-ZV	Zulassungsverordnung für Vertragsärzte
ASR	Anwalt / Anwältin im Sozialrecht (Zeitschrift)
ASUMed	Arbeitsmedizin, Sozialmedizin, Umweltmedizin (Zeitschrift)
Aufl.	Auflage

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

AWMF	Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz AT	Amtlicher Teil des Bundesanzeigers
BAuA	Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BfArM	Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte
BFH	Bundesfinanzhof
BfJ	Bundesamt für Justiz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGG	Behindertengleichstellungsgesetz
BGH	Bundesgerichtshof
BKGG	Bundeskindergeldgesetz
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BKV	Berufskrankheiten-Verordnung
BMA	Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BMDV	Bundesministerium für Digitales und Verkehr
BMJ	British Medical Journal (Zeitschrift)
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BMV	Bundesmantelvertrag
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVG	Bundesversorgungsgesetz
bzw.	beziehungsweise
CHMP	Committee for Medicinal Products for Human Use
CHO	Chinese Hamster Ovary

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

DÄ	Deutsches Ärzteblatt (Zeitschrift)
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DeGPT	Deutschsprachige Gesellschaft für Psychotraumatologie
DGUV	Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung e.V.
d.h.	das heißt
DIMDI	Deutsches Institut für medizinische Dokumentation und Information
DIN	Deutsches Institut für Normung
DKG	Deutsche Krankenhausgesellschaft
DNA	deoxyribonucleic acid
DOK	Die Ortskrankenkasse (Zeitschrift)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DRG	Diagnosis Related Groups
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
ebd.	ebenda
EbM	Evidenzbasierte Medizin
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EinigVtrG	Einigungsvertragsgesetz
ELI	European Legislation Identifier
EMA	European Medicines Agency
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EPAR	European Public Assessment Report
et al.	et alii/aliae
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
e.V.	eingetragener Verein
f.	folgende
FDA	Food and Drug Administration
ff.	fortfolgende
FGO	Finanzgerichtsordnung

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

FS	Festschrift
G-BA	Gemeinsamer Bundesausschuss
GdB	Grad der Behinderung
GdS	Grad der Schädigungsfolgen
GesR	GesundheitsRecht (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GGO	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GKV-VSG	GKV-Versorgungsstärkungsgesetz
GKV-VStG	GKV-Versorgungsstrukturgesetz
GMBl.	Gemeinsames Ministerialblatt
GmS-OGB	Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
GO-G-BA	Geschäftsordnung des Gemeinsamen Bundesausschusses
G-SER	Gesetz zur Regelung des Sozialen Entschädigungsrechts
GuP	Gesundheit und Pflege (Zeitschrift)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVWG	Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetz
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
IHK	Industrie- und Handelskammer
info also	Informationen zum Arbeitslosenrecht und Sozialhilferecht (Zeitschrift)
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IQWiG	Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
jM	juris – Die Monatszeitschrift
JOP	The Journal of Politics (Zeitschrift)
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
jurisPR-SozR	juris PraxisReport Sozialrecht
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)
KÄV	Kassenärztliche Vereinigung
KH	das Krankenhaus (Zeitschrift)
KrV	Kranken- und Pflegeversicherung (Zeitschrift)
KZBV	Kassenärztliche Bundesvereinigung
L	Législation
LeGes	Gesetzgebung und Evaluation (Zeitschrift)
LG	Landgericht
LSG	Landessozialgericht(e)
LVerfG	Landesverfassungsgericht(e)
MD	Medizinischer Dienst
MdE	Minderung der Erwerbsfähigkeit
MDK	Medizinischer Dienst der Krankenversicherung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
MedSach	Der medizinische Sachverständige (Zeitschrift)
MLPD	Marxistisch-Leninistische Partei Deutschlands
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NDV	Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
o.J.	ohne Jahr
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PEI	Paul-Ehrlich-Institut
PharmR	Pharmarecht (Zeitschrift)
PKR	Pflege- und Krankenhausrecht (Zeitschrift)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RL	Richtlinie

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RUB	Ruhr Universität Bochum
RVO	Reichsversicherungsordnung
RW	Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
S.	Satz/Seite/Siehe
SchwbG	Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft (Schwerbehindertengesetz)
SDSRV	Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes e.V.
SG	Sozialgericht(e)
SGB	Sozialgesetzbuch
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift)
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung (Zeitschrift); heute: JuristenZeitung (JZ)
SÖR	Schriften zum Öffentlichen Recht
SozSich	Soziale Sicherheit (Zeitschrift)
SR	Soziales Recht (Zeitschrift)
TA Lärm	Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm
TA Luft	Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft
TSVG	Terminservice- und Versorgungsgesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
u.v.m.	und viele mehr
UPR	Umwelt- und Planungsrecht (Zeitschrift)
v.	von/vom
VerfO des G-BA	Verfahrensordnung des Gemeinsamen Bundesausschusses
VersMedV	Versorgungsmedizin-Verordnung
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VERW	Die Verwaltung (Zeitschrift)
VGH	Verwaltungsgerichtshof

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vorb.	Vorbemerkung
VR	Verwaltungsrundschau (Zeitschrift)
VSSAR	Vierteljahresschrift für Sozial- und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht (Zeitschrift)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WR	Wissenschaftsrat
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
ZaeFQ	Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen
z.B.	zum Beispiel
ZfS	Zentralblatt für Sozialversicherung Sozialhilfe und Versorgung (Zeitschrift)
ZFSH/SGB	Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgesetzbuch; heute: Zeitschrift für die sozialrechtliche Praxis
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZMGR	Zeitschrift für das gesamte Medizin- und Gesundheitsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRBG	Gesetz zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigungen in einem Ghetto
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748968867 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

A. Einführung

In der juristischen Entscheidungspraxis hat die Ermittlung des Sachverhalts eine wesentliche Bedeutung. Um dies zu veranschaulichen, kann gesagt werden, dass auf einen Zentner Tatsachenfragen (100 Kilogramm), ein Lot Rechtsfragen (16 Gramm) kommt.[1] Die Arbeit mit dem und am Sachverhalt, also die Beweiserhebung und die Beweiswürdigung, stellt für den Rechtsanwender[2] einen wichtigen und nicht zu unterschätzenden Vorgang dar. Die Sachverhaltsermittlung ist in der Rechtspraxis eine juristische Aufgabe.[3] Im Verwaltungsverfahren ist im Rahmen des dreistufigen Prozesses der Sachverhaltsermittlung, des Gutachtens und schließlich des Bescheids der Sachverhalt das „Basis-Element".[4] Wenn eine begründete gerichtliche Entscheidung herbeigeführt werden muss, ist die Wirklichkeit, welche einer gerichtlichen Entscheidung zugrunde liegt, bzw. die Erforschung des Sachverhalts ein entscheidender Bestandteil.[5] Umso erstaunlicher ist es, dass es nur wenige theoretische Anleitungen in diesem Bereich, mit Bedeutung für die Anwendung in der Praxis in der juristischen Ausbildung an den Universitäten sowie in Lehrbüchern[6] zur juristischen Methodenlehre, gibt.[7]

---

1 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 669; *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 88; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 23 Rn. 5; *Wolf*, Richterliche Entscheidungsroutinen als Gegenstand und Leitfaden der juristischen Methodenlehre: zivilrechtliche Perspektiven, in: Reimer, Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, S. 75, 81 und 84; *Häcker,* in: Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Rn. 1 f.

2 In der vorliegenden Arbeit wird das grammatische Geschlecht aus Gründen der Lesbarkeit in der männlichen Form verwendet. Gleichzeitig wird durch den Autor dieser Arbeit betont, dass jegliche Geschlechter in unserer Gesellschaft gleichberechtigt sind.

3 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 420; *Kramer/Arnet,* Juristische Methodenlehre, S. 42.

4 *Peters,* VR 2020, S. 145, 145.

5 *Knittel,* SGb 2016, S. 124, 124.

6 Ausnahmen hiervon sind z.B.: *Bender, Rolf/Nack, Armin/Treuer, Wolf-Dieter* (Begr.), Tatsachenfeststellung vor Gericht, Glaubhaftigkeits- und Beweislehre, Vernehmungslehre, 6. Aufl., München 2025 oder *Strauch, Hans-Joachim,* Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, Prozesse richterlicher Kognition, 2. Aufl., Baden-Baden 2022 (Insbesondere Teil C, Kapitel 13, welches den Titel trägt: „Regeln der Sachverhaltsermittlung").

7 *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 84; *Kramer/Arnet,* Juristische Methodenlehre, S. 42; *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 88 (*Reimer* widmet ein Kapitel Überlegungen zur Sachverhaltstätigkeit (Insbesondere Teil B. mit

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Mit § 5a Abs. 3 S. 1, 2. Hs. DRiG (Deutsches Richtergesetz[8]) existiert eine Rechtsgrundlage, welche dies gerade für das juristische Studium fordert. Dort heißt es, dass die Inhalte des Studiums „[…] ferner die rechtsprechende, verwaltende und rechtsberatende Praxis einschließlich der hierfür erforderlichen Schlüsselqualifikationen wie Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Mediation, Vernehmungslehre und Kommunikationsfähigkeit" berücksichtigen. Speziell für das Sozialrecht, in welchem Sachverhalte eine überragende Rolle spielen, welche eine medizinische Begutachtung erfordern[9], gibt es eine überschaubare Anzahl an Monografien. Diese wenden sich der Thematik der Sachverhaltserforschung zu und gehen Fragen nach, welche hauptsächlich auf die medizinische Begutachtung und deren rechtliche Beurteilung abzielen[10]. Im sozialgerichtlichen Verfahren sind die Tatsachengerichte bzw. Instanzgerichte dafür zuständig, diesen Lebenssachverhalt zu ermitteln und festzustellen. Im Klageverfahren obliegt diese Aufgabe dem jeweils zuständigen *Sozialgericht (SG)* und im Berufungsverfahren dem jeweils zuständigen *Landessozialgericht (LSG)*[11].

---

dem Titel "Den Sachverhalt verstehen")); *Bultmann,* in: Plagemann, MAH SozR, § 42 Rn. 2; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 417 f.; *Wolf*, Richterliche Entscheidungsroutinen als Gegenstand und Leitfaden der juristischen Methodenlehre: zivilrechtliche Perspektiven, in: Reimer, Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, S. 75, 81 und 84.

8 Deutsches Richtergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.04.1972 (BGBl. I, S. 713), zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes vom 22.10.2024 (BGBl. I, Nr. 320).

9 *Francke,* in: Francke/Gagel/Bieresborn, Der Sachverständigenbeweis im Sozialrecht, § 1 Rn. 1 und *Bieresborn,* in: Francke/Gagel/Bieresborn, Der Sachverständigenbeweis im Sozialrecht, § 2 Rn. 1.

10 Beispielsweise: *Brettel, Hauke/Vogt, Helmut,* Ärztliche Begutachtung im Sozialrecht, Ein Praxisleitfaden für den medizinischen Sachverständigen und seine Auftraggeber, 4. Aufl., Landsberg am Lech 2024, *Francke, Joachim/Gagel Alexander/Bieresborn, Dirk* (Hrsg.), Der Sachverständigenbeweis im Sozialrecht, Inhalt und Überprüfung medizinischer Gutachten, Reihe: NomosPraxis, 2. Aufl., Baden-Baden 2017 oder *Bieresborn, Dirk* (Hrsg.), Einführung in die medizinische Sachverständigentätigkeit vor Sozialgerichten, Ein Handbuch für medizinische Gutachter, Rechtsanwälte, Richter und Mitarbeiter in Sozialversicherungen und Verwaltungen, Frankfurt am Main 2015.

11 *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 5; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 103 Rn. 1 und 3a; *Merkel/Beller,* Handbuch Sozialgerichtsprozess, Rn. 76 und 481.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. Ausgangslage und Problemstellung

Anknüpfend daran, ist nach den rechtlichen Grundlagen zu fragen, welche eine Aufgabenteilung zwischen den Tatsacheninstanzen und der Revisionsinstanz im sozialgerichtlichen Verfahren vornehmen. Als Ausgangspunkt können hierfür drei verfahrensrechtliche Normen herangezogen werden. Zunächst regelt § 162 Sozialgerichtsgesetz (SGG[12]), dass die Revision an das *Bundessozialgericht (BSG)* nur darauf gestützt werden kann, dass das angefochtene Urteil auf einer Rechtsverletzung beruht. In diesem Zusammenhang ist § 163 SGG zu sehen. Gemäß dieser im Wortlaut knapp gehaltenen Vorschrift ist das *BSG* an die in dem angefochtenen Urteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen gebunden. Wenn Tatsachenfeststellungen fehlen, hat das *BSG* den Rechtsstreit grundsätzlich gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG an die Tatsacheninstanz zur erneuten Sachverhaltsaufklärung und Entscheidung zurückzuverweisen. Aus diesen Normen folgt die nicht unproblematische Abgrenzung zwischen Rechtsfragen und Tatsachenfragen.[13] Im Hinblick auf die Sachverhaltsermittlungen des vorinstanzlich zuständigen Tatsachengerichts ist insbesondere § 128 Abs. 1 SGG zu beachten. § 128 Abs. 1 S. 1 SGG besagt, dass das Gericht nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung entscheidet. Das bedeutet, dass ein *SG* oder ein *LSG* bei der Würdigung von Beweisen, welche nach § 103 SGG von Amts wegen zu ermitteln sind, grundsätzlich an keine festen Beweisregeln gebunden ist. Die Norm zielt auf die tatsächlichen Grundlagen eines Urteils ab und fordert in § 128 Abs. 1 S. 2 SGG, dass in dem Urteil die Gründe anzugeben sind, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.[14] Von diesem skizzierten Grundsatz der Bindung des *BSG* an die Tatsachenfeststellungen des jeweils zuständi-

12 Sozialgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.09.1975 (BGBl. I, S. 2535), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 24.10.2024 (BGBl. I, Nr. 328).

13 *Nierwetberg,* JZ 1983, S. 237, 237; *Rauscher,* SGb 1986, S. 45, 45; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 1 f.; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 163 Rn. 1; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 4 und 6; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 1 und 5; *Becker,* SGb 2007, S. 261, 265; *Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 147; *Haueisen,* NJW 1959, S. 1348, 1348.

14 *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 1; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 128 Rn. 1; *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen Tatsachengerichts gibt es verschiedene Ausnahmen.[15] Eine Ausnahme bezieht sich auf sogenannte generelle Tatsachen, welche vom Revisionsgericht selbst festgestellt werden können.[16] Unter generellen Tatsachen sind verkürzt gesprochen Tatsachen zu verstehen, welche sich nicht auf den konkreten Einzelfall (Einzeltatsachen), sondern auf eine Vielzahl an weiteren Fällen beziehen.[17] Mit der Feststellung genereller Tatsachen wird demzufolge auch vom *BSG* in einem gewissen Umfang Sachverhaltsermittlung betrieben. Diese besondere Art der Sachverhaltsermittlung durch das *BSG* macht den Untersuchungsgegenstand der vorliegenden rechtswissenschaftlichen Arbeit aus.

II. Untersuchungsgegenstand

Das Ziel der vorliegenden Untersuchung ist die Beantwortung der übergeordneten Forschungsfrage, wie generelle Tatsachen Eingang in den Prozess der Rechtsanwendung im Revisionsverfahren vor dem *BSG* finden und welche verfahrensrechtlichen und verfassungsrechtlichen Folgen sich daraus ergeben. Diese Frage wird anhand einer Analyse der Rechtsprechung des *BSG* im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung und im Vertragsarztrecht zum zulassungsüberschreitenden Einsatz von Arzneimitteln (Off-Label-Use) unter Einbezug der Entscheidungen der vorgehenden Tatsachengerichte beantwortet. Die Rechtsprechung des *BSG* zum Off-Label-Use eignet sich hierfür als Rahmen, weil das *BSG* bei der Prüfung eines Off-Label-Use in besonderem Maße auf medizinisches Erfahrungswissen angewiesen ist[18]. Diese besondere, wissenschaftlich fundierte Sach- und Fachkunde dient häufig als Grundlage, aus welcher generelle Tatsachen abgeleitet werden[19]. Aus der leitenden Fragestellung ergeben sich weitere untergeordnete Fragen: So ist zu fragen, was generelle Tatsachen sind bzw. aus welchen Wissensgrundlagen sie abgeleitet werden. Weiterhin ist nach

15 *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 13 ff.; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 163 Rn. 3; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 5a ff.

16 Beispielhaft: *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 7 m.w.N.; *Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 148 und 154 ff.

17 *Dreher,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 793.

18 Beispielhaft: *BSG,* Urteil vom 19.03.2002 – B 1 KR 37/00 R, juris-Rn. 26 f.

19 Beispielhaft: *BSG,* Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 10/16 R, juris-Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der rechtlichen Begründung der Ermittlungs- und Feststellungsbefugnis genereller Tatsachen durch das *BSG* und deren Umfang zu fragen und das Verhältnis zwischen generellen Tatsachen und Rechtsnormen zu beleuchten. Von Bedeutung für diese Arbeit ist zudem die Einbettung genereller Tatsachen in das juristische Subsumtionsmodell aus Obersatz, Untersatz und Schlussfolgerung. Auch ist eine Zuordnung der Feststellung genereller Tatsachen zur Rechtsfrage oder Tatsachenfrage im Sozialrecht vorzunehmen. Nicht zuletzt wirft die Feststellung genereller Tatsachen Fragen nach verfahrensrechtlichen und verfassungsrechtlichen Folgen auf. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, in welcher Form Rechtsschutz gegen die Verletzung der entsprechenden gesetzlichen Regeln durch das *BSG* bei seiner Feststellungstätigkeit gegeben ist. Teil der vorliegenden Untersuchung wird es auch sein, die Frage nach der Relevanz der Feststellung genereller Tatsachen oder ähnlichen generellen Tatsachenarten in anderen Senaten des *BSG* und in anderen Rechtsgebieten zu stellen. Dabei werfen bestimmte tatsächliche Regelwerke als generelle Tatsachen auch Fragen vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG[20]) und des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) auf.

III. Relevanz der Untersuchung

Die Beantwortung der aufgeworfenen Hauptfragestellung (A. II.) und der daraus resultierenden Unterfragen ist wichtig, weil die Feststellung genereller Tatsachen in der Rechtsprechung des *BSG* in einer großen Anzahl von Verfahren bedeutend ist[21]. Bemerkenswert ist deshalb, dass das sozialgerichtliche Prozessrecht keinerlei Vorgaben zu dieser besonderen Feststellungsbefugnis bereitstellt[22]. Zudem erfahren generelle Tatsachen, hinsichtlich ihrer Begriffsbildung und ihrer rechtsdogmatischen Einordnung sowie ihres methodischen Einsatzes, weder in der Rechtsprechung des *BSG* noch in der (Methoden-)Literatur[23] diejenige Aufmerksamkeit, welche ihnen zu-

20 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 22.03.2025 (BGBl. I, Nr. 94).

21 *Becker*, SGb 2007, S. 261, 265.

22 *Dreher,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 797.

23 In Bezug auf die Methodenliteratur: *Hergenröder,* Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 351 und *Seiter*, Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung, in: Grunsky et al., FS Baur,

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

steht[24]. Sehr gewichtig ist außerdem, dass aus der Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* auch Fragen nach deren Legitimation und rechtlichen Kontrolle resultieren. Damit wird eine verfassungsrechtliche Relevanz dieser besonderen Feststellungsbefugnis deutlich. Zur Thematik der Tatsachenfeststellungen durch die sozialgerichtliche Revisionsinstanz existiert eine kleine Anzahl an Veröffentlichungen. So widmete sich zunächst *Fritz Haueisen* diesem Themenkomplex in einem Aufsatz aus dem Jahr 1969. Wenn *Haueisen* hier auch nicht den Begriff der generellen Tatsache verwendet, thematisiert *er* zumindest die Prüfung und Feststellung von Erfahrungssätzen durch die Revisionsinstanz[25]. Die ersten und bislang auch einzigen rechtswissenschaftlichen Veröffentlichungen, die sich mit dem Einbezug genereller Tatsachen in der Rechtsanwendung des *BSG* auseinandergesetzt haben, stammen von *Bruno Rauscher*[26], *Wolfgang Eicher*[27] und *Wolfgang Dreher*[28]. Auch *Curt Wolfgang Hergenröder* untersucht explizit die Einbettung genereller Tatsachen in den richterlichen Entscheidungsprozess bzw. in die juristische Methode und wertet dabei u.a. die Rechtsprechung des *BSG* aus[29]. Die Ausführungen zur Ausgangslage (A. I.), zum Untersuchungsgegenstand (A. II.) und zur Relevanz der vorliegenden Arbeit (A. III.) sprechen verschiedene rechtswissenschaftliche bedeutsame Aufgaben im engeren und weiteren Sinne an. Diese werden im Folgen näher beschrieben (A. IV.).

IV. Rechtswissenschaft im engeren und weiteren Sinne

Die Rechtswissenschaft kann in Rechtswissenschaft im engeren Sinne, damit ist die Jurisprudenz gemeint, und in Rechtswissenschaft im weiteren Sinne untergliedert werden. Zur ersten können die Rechtsdogmatik und

---

S. 573, 576 f.; Ausnahmen in der Methodenliteratur, welche knapp auf die Existenz und die Bedeutsamkeit genereller Tatsachen eingehen, sind z.B. zu finden bei *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 89 und 368 f. und *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 175, Rn. 238 m.w.N. in Fußnote 229 und Rn. 281 (Fußnote 291).

24 *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 19.

25 *Haueisen,* DOK 1969, S. 69, 72.

26 *Rauscher,* SGb 1986, S. 45, 45 ff.

27 *Eicher,* SGb 1986, S. 501, 501 ff.

28 *Dreher,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 793 ff.

29 *Hergenröder,* Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 350 ff. und 374 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Beantwortung von Rechtsfragen aufgrund einer Rechtsordnung und der in dieser Ordnung geltenden Rechtsnormen, also die Rechtsanwendung, gezählt werden. Zur Rechtswissenschaft im weiteren Sinne gehören z.B. die Rechtsgeschichte, die Rechtsvergleichung, die Rechtssoziologie, die Rechtsphilosophie und die Rechtstheorie. Diese Wissenschaften bedienen sich jeweils eigener Methoden, so greift z.B. die Rechtsgeschichte auf die Methoden der Geschichtswissenschaften und die Rechtssoziologie auf soziologische Methoden zurück.[30] Grundsätzlich gilt, dass die Sozialrechtswissenschaft, also die Wissenschaft vom sozialen Recht, eine interdisziplinäre Wissenschaft darstellt.[31] In Bezug auf die vorliegende Arbeit bedeutet das, dass diese grundsätzlich als rechtswissenschaftliche Arbeit im engeren Sinne einzuordnen ist. Jedoch werden im weiteren Verlauf der Untersuchung aus den oben genannten Gründen[32] Einflüsse der Rechtswissenschaft im weiteren Sinne erkennbar sein. Deshalb wird die vorliegende Untersuchung im Nachfolgenden vor dem Hintergrund der Rechtswissenschaft im engeren und weiteren Sinne eingeordnet. Konkret sind damit bestimmte Teilgebiete der Rechtswissenschaft im engeren und weiteren Sinne gemeint. Dazu gehören die Rechtsdogmatik (1.), die juristische Methode der Rechtsanwendung (2.) und die Rechtstheorie sowie Rechtsphilosophie (3.) Diese Teilgebiete bilden gleichzeitig die methodischen Vorgehensweisen in dieser Arbeit ab.

1. Rechtsdogmatik

Das aktuell geltende Recht eines bestimmten Staates bzw. eines Rechtsgebiets ist der Bezugspunkt der Rechtsdogmatik. So kann die Rechtsdogmatik als die Lehre über das hier und heute geltende Recht verstanden werden.[33] Mit aktuell geltendem Recht ist das positive, also das von einer zur Normsetzung legitimierten Autorität gesetzte und gültige Recht in der Form von

30 *Zacher*, Der Sozialstaat als Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: Lüke/Ress/Will, Gedächtnisschrift Constantinesco, S. 943, 945 f.; *Röhl/Röhl,* Allgemeine Rechtslehre, S. 2; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 5 und 189.

31 *Zacher*, SGb 1979, S. 206, 209 f.

32 A. I. bis III.

33 *Zacher*, Der Sozialstaat als Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: Lüke/Ress/Will, Gedächtnisschrift Constantinesco, S. 943, 946; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 2 Rn. 15; *Braun*, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 353; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 23; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 235.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtsnormen gemeint.[34] Eine rechtsdogmatische Herangehensweise entwickelt unter Heranziehung des positiven Rechts ein Verständnis dafür, was bestimmte Rechtsnormen bedeuten und was sie aussagen und konstruiert dadurch rechtliche Argumente.[35] In dieser Arbeit wird rechtsdogmatisch gearbeitet. So sind insbesondere das formelle Prozessrecht für das sozialgerichtliche Verfahren mit den bereits genannten für diese Arbeit wichtigen Rechtsgrundlagen[36] und das Verfassungsrecht, insbesondere bestimmte Verfahrensgrundrechte, Hauptanalysegegenstand. Zu einer rechtsdogmatischen Herangehensweise wird in dieser rechtwissenschaftlichen Arbeit auch die Analyse der Off-Label-Use-Rechtsprechung gezählt, weil diese kritisch dahingehend ausgewertet wird, ob das einschlägige Verfahrensrecht und ggf. auch Verfassungsrecht durch das *BSG* bei der Feststellung genereller Tatsachen verletzt wird und wie dagegen Rechtsschutz gegeben ist. Dadurch zeigt sich dann auch die Dogmatik als Schnittmenge von Rechtswissenschaft und praktischer Rechtsarbeit[37] sowie die rechtspraktische Bedeutung der Arbeit.

2. Die juristische Methode der Rechtsanwendung

Die juristische Methode der Rechtsanwendung, in dieser Arbeit verstanden als sogenannte Rechtsnormerzeugung bzw. Rechtsnormkonstruktion, ist Gegenstand der Rechtswissenschaft und der Rechtspraxis.[38] Juristische Methoden werden benötigt, um Rechtsnormen in der Wirklichkeit zur Geltung zu bringen.[39] Die Wirklichkeit oder der Fall werden im Sozialrecht durch die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebensverhältnisse des Einzelnen repräsentiert. Rechtsanwendung erschöpft sich nicht ausschließ-

34 *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, S. 34 ff. und 119; *Henkel,* Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 42; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 2 Rn. 16; *Kelsen,* Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, II. 402 (S. 687).

35 *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 2 Rn. 15 ff. und 23 ff.; *Möllers*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § 2 Rn. 37 ff. m.w.N.; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 311; *Harenburg,* Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis, S. 183 ff.

36 Siehe: A. I.

37 *Möllers*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § 2 Rn. 37.

38 *Ebd.*; *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 2.5 Rn. 42.

39 *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lich in der Interpretation von Rechtstexten. Vielmehr entfalten die zu interpretierenden Rechtsnormen des Sozialrechts ihre „normative Geltungskraft" dadurch, dass sie in Beziehung zu den angesprochenen Lebensverhältnissen zu setzen sind sowie diese ordnen[40] bzw. ausgestalten. Mit der Methode der Rechtsanwendung wird diese Ordnung der Lebensverhältnisse verwirklicht.[41] In dieser Arbeit wird die Methode der Rechtsanwendung einerseits durch den Verfasser selbst angewandt, um insbesondere das sozialgerichtliche Verfahrensrecht und verfassungsrechtliche Rechtsvorschriften auszulegen und anzuwenden. Andererseits wird die Rechtsanwendung insbesondere der sozialgerichtlichen Rechtspraxis aus rechtswissenschaftlicher Sicht analysiert. Dabei liegt der Schwerpunkt auf dem Einbezug genereller Tatsachen in den Rechtsanwendungsakt.

3. Rechtstheorie und Rechtsphilosophie

Was genau unter Rechtstheorie zu verstehen ist, ist umstritten.[42] In dieser Arbeit wird jedoch folgendes Verständnis zugrunde gelegt: Die Rechtstheorie ist eine spezielle rechtswissenschaftliche Disziplin im weiteren Sinne, welche auf einer der Rechtsdogmatik übergeordneten Ebene angesiedelt ist. Der Rechtstheorie geht es um Analysen von Erscheinung und Problemen, welche die dogmatische Arbeit zu Tage fördert. Das bringt mit sich, dass das Recht aus wissenschaftlicher Sicht untersucht wird.[43] Z.B. wird die Rechtsanwendung in dieser Arbeit aus einer speziellen Perspektive betrachtet. Konkret ist damit die rechtstheoretische Annahme gemeint, welche die praktische Rechtsarbeit als Rechtsnormerzeugung bzw. Rechtsnormkonstruktion mittels juristischer Argumentation versteht[44]. Weiterhin gilt

40 In diesem Sinne *Heinrich Triepel*: „Das Recht ist eine Ordnung menschlichen Zusammenlebens" (*Triepel*, 3. Aussprache über die vorhergehenden Berichte, Redebeitrag von Heinrich Triepel, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, S. 43, 51).

41 *Raiser*, Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, in: Raiser, Die Aufgabe des Privatrechts, S. 145, 147; *Eichenhofer,* SR 2022, S. 170, 178 und 187.

42 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 191, ebenso mit einer Übersicht unterschiedlicher Ansichten: S. 191 ff.

43 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 20 ff. und 47; *Kaufmann,* Rechtsphilosophie, S. 12.

44 *Neumann,* Juristische Argumentationstheorie, § 1 Rn. 3 und § 4 Rn. 1; *Seelmann/Demko*, Rechtsphilosophie, § 3 Rn. 44.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

es, die schwierige rechtstheoretische Abgrenzung zwischen Rechtsfragen und Tatsachenfragen aufzuarbeiten, um damit eine Zuweisung der Feststellung genereller Tatsachen zur Rechts- oder Tatsachenfrage vornehmen zu können. Weiterhin gehört es zu den rechtstheoretischen Aufgaben dieser Arbeit, den Begriff der generellen Tatsache zu definieren und generelle Tatsachen in den Rechtsanwendungsakt des *BSG* bzw. in das juristische Subsumtionsmodell einzuordnen. Mit dieser Arbeit soll damit auch gezeigt werden, dass sich das Recht in gewissen Konstellationen für tatsächliche Begebenheiten, also z.B. für generelle Tatsachen, welche durch die Rechtsprechung festgestellt werden, öffnen muss. Eng verbunden mit der Rechtstheorie ist die Rechtsphilosophie[45], welche rechtliche Grundsatzprobleme, wie beispielsweise den Letztbegründungsanspruch des Rechts und damit zusammenhängende Gerechtigkeitsfragen, zum Untersuchungsgegenstand hat[46]. In dieser Untersuchung werden auch rechtsphilosophische Fragen gestellt. So gehört es zur Aufgabe des Verfassers, den Unterschied zwischen Seinsnormen und Sollensnormen aufzuarbeiten. Hier zeigt sich die enge Verknüpfung zur Rechtstheorie, weil Fragen nach dem Verhältnis zwischen Fakten und Normen, also die Frage danach, was unter nicht normativ-verbindlichen Aussagesätzen und was unter Recht, also normativ-verbindlichen Rechtsnormen, zu verstehen ist, rechtstheoretische Überlegungen erforderlich machen[47].

V. Gang der Untersuchung

Um die unter A. II. aufgeworfene Hauptfragestellung und die daraus resultierenden Unterfragen zu beantworten, wird folgendermaßen vorgegangen[48]: In Kapitel B. wird zunächst der verfassungsrechtliche Rahmen der Arbeit aufgezeigt. Dabei werden neben dem Sozialstaatsprinzip gemäß

45 Zur Abgrenzung zwischen Rechtstheorie und Rechtsphilosophie: *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 3.3 Rn. 29 ff. m.w.N. und Kapitel 4.2 Rn. 196 sowie *Naucke/Harzer*, Rechtsphilosophische Grundbegriffe, Rn. 19 f.; tiefergehend zu der Abgrenzung zwischen Rechtstheorie und Rechtsphilosophie etwa: *Dreier*, Zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, in: Schöneburg, FS Klenner, S. 15, 15 ff.

46 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 20, Rn. 22 und 47; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 191; *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 3.3 Rn. 30.

47 *Lepsius,* JZ 2005, S. 1, 1.

48 Grundsätzlich weist der Verfasser dieser Arbeit darauf hin, dass Rechtsprechung und Literatur sowie sonstige Materialien bis einschließlich 04.11.2024 ausgewertet

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG (B. I. 1.) auch einzelne wichtige Grundrechte (B. I. 2. und B. I. 3.) im Zusammenhang mit dem Off-Label-Use von Arzneimitteln im Sozialrecht (Kapitel D.) vorgestellt. Zudem sind einzelne Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips gemäß Art. 20 Abs. 3 GG (B. II.), insbesondere für diese Arbeit sehr bedeutsame Verfahrensgrundrechte (B. II. 4.), zu thematisieren. Darüber hinaus ist auf das Demokratieprinzip gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG einzugehen (B. III.). Im Anschluss widmet sich der Verfasser dieser Arbeit dem Thema Rechtsanwendung (Kapitel C.), wobei zunächst rechtsphilosophische Überlegungen angestellt werden (C. I. 1.), um sodann herauszuarbeiten, was normativ-verbindliche Rechtsnormen (C. I. 2.) von nicht normativ-verbindlichen Aussagesätzen (C. I. 3.) unterscheidet. Weiterhin ist zu untersuchen, wie normativ-verbindliche Rechtsnormen angewandt werden (C. II. 1.). In diesem Zusammenhang wird die sogenannte Strukturierende Rechtslehre thematisiert, welche die Rechtsnormerzeugung bzw. Rechtsnormkonstruktion als ein bestimmtes Verständnis von Rechtsanwendung verfolgt (C. II. 2.). In diesem Teil der Arbeit ist ebenfalls die Abgrenzung zwischen Rechtsfragen und Tatsachenfragen aufzuarbeiten (C. III.). In Kapitel D. wird der Off-Label-Use von Arzneimitteln im Sozialrecht im Fokus stehen. In diesem Kapitel werden überwiegend materiellrechtliche Grundlagen sowie richterrechtlich entwickelte Grundsätze zum Off-Label-Use behandelt. In Teil E. steht das Verhältnis zwischen Berufungsinstanz (E. II.) und Revisionsinstanz (E. III.) im sozialgerichtlichen Verfahren im Mittelpunkt. Dieses Verhältnis wird anhand von verfahrensrechtlichen Regelungen im SGG aufgezeigt. Der darauffolgende Teil F. widmet sich generellen Tatsachen und deren Feststellung in der sozialgerichtlichen Revisionsinstanz. Es wird zunächst untersucht, wie generelle Tatsachen zu definieren sind (F. I.), welches besondere Wissen deren Grundlage darstellt (F. II.) und wie sie sich von anderen Tatsachenarten abgrenzen lassen (F. III.). Des Weiteren sind generelle Tatsachen und deren Feststellung durch das *BSG* rechtsdogmatisch (F. IV. 1.) und rechtsmethodisch (F. IV. 2.) einzuordnen. Anschließend ist eine Zuordnung der Feststellung genereller Tatsachen zur Rechtsfrage oder Tatsachenfrage vorzunehmen (F. V.) und es sind Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die fehlerhafte oder unvollständige Feststellung genereller Tatsachen durch die Tatsacheninstanz aufzuzeigen (F. VI.). In Kapitel F. VII. folgt abschließend eine Einordnung, ob das formelle Beweisrecht des SGG für das *BSG* bei dessen Feststellung genereller Tatsachen anzuwenden

wurden; anschließend wurden vereinzelt Aktualisierungen und Ergänzungen bis zum Juli 2025 vorgenommen.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist. Daran anknüpfend beinhaltet Teil G. eine exemplarische Auswertung der Rechtsprechung aus dem öffentlichen Recht (G. II.) und dem Zivilrecht (G. III.) hinsichtlich der Feststellung von generellen Tatsachen durch die Revisionsinstanz. In Teil H. wird sodann die Rechtsprechung des *BSG* zum Off-Label-Use von Arzneimitteln im Krankenversicherungsrecht (H. II.) und im Vertragsarztrecht (H. III.) unter besonderer Berücksichtigung der Feststellung genereller Tatsachen analysiert. Teil I. beinhaltet einerseits eine verfassungsrechtliche Würdigung genereller Tatsachen an sich (I. I.). Andererseits erfolgt eine Prüfung von Möglichkeiten des Rechtsschutzes gegen die (fehlerhafte) Feststellung von generellen Tatsachen oder von Einzeltatsachen durch das *BSG* bei der Prüfung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use (I. II.). Schließlich fasst Kapitel J. die Ergebnisse der Arbeit in Thesen zusammen (J. I.) und liefert einen Ausblick (J. II.).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

B. Verfassungsrechtlicher Rahmen

In diesem Kapitel ist der für diese Arbeit bedeutende verfassungsrechtliche Rahmen aufzuzeigen. Im Folgenden ist deshalb zunächst das Sozialstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 1 Grundgesetz (GG) aufzuarbeiten (I. 1.). Weiterhin sind das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG (I. 2.) und das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (I. 3.) zu beleuchten. Anschließend ist auf das Rechtsstaatsprinzips gemäß Art. 20 Abs. 3 GG einzugehen (II.). Zudem wird das Demokratieprinzip gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG dargestellt (III.). Hinsichtlich der Darstellung dieser verfassungsrechtlichen Grundsätze bzw. einzelner Elemente davon ist anzumerken, dass sich der Verfasser auf eine knappe Darstellung dessen konzentrieren wird, was hinsichtlich der oben aufgezeigten Fragestellung[49] von Bedeutung sein wird.

I. Das Sozialstaatsprinzip und die Grundrechte der freien Entfaltung der Persönlichkeit und auf Leben und körperliche Unversehrtheit

1. Das Sozialstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG

Das Sozialstaatsprinzip[50], welches in Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG verfassungsrechtlich verankert ist, stellt unmittelbar geltendes Recht[51] dar und ist Ausdruck dessen, dass die staatliche Ordnung in einem gewissen Maß[52] für die soziale Sicherung[53] und die Daseinsvorsorge[54] der Bürger verantwortlich ist. In diesem Zusammenhang hat der „soziale Staat“

49 A. II.

50 Lesenswerte Ausführungen zu den historischen Wurzeln des Sozialstaatsprinzips sind bei *Eichenhofer*, Sozialstaat, Sozialrecht und soziale Rechte, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S. 117, 117 f. zu finden.

51 *Wittreck*, in: Dreier, GG, Band II, Art. 20 (Sozialstaat) Rn. 24; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 153; siehe auch: *BVerfG*, Urteil vom 16.01.1957 – 1 BvR 253/56, juris-Rn. 33.

52 Auch Leistungsbeschränkungen können mit dem Sozialstaatsprinzip vereinbar sein (*BSG*, Urteil vom 19.12.1997 – 1 RK 11/97, juris-Rn. 19).

53 *BSG*, Urteil vom 19.02.1987 – 12 RK 37/84, juris-Rn. 30.

54 *BVerfG*, Beschluss vom 02.05.1967 – 1 BvR 578/63, juris-Rn. 36.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sozialen und wirtschaftlichen Verwerfungen entgegenzuwirken[55] und die soziale Ordnung so auszugestalten, dass den wirtschaftlich Schwächeren ein menschenwürdiges Dasein[56] sowie ein Zugang zum allgemeinen Wohlstand ermöglicht wird.[57] Das Sozialstaatsprinzip ist unbestimmt und muss vordergründig durch die Gesetzgebung konkretisiert und ausgestaltet werden.[58] Die Rechtsprechung hat das Sozialstaatsprinzip im Zuge der Rechtsauslegung und Anwendung des einfachen Rechts zu berücksichtigen.[59]

2. Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG

Art. 2 Abs. 1 GG besagt, dass jede Person ein Recht auf die freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit hat, soweit sie nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. Nach herrschender Ansicht in der Literatur[60] und Rechtsprechung[61] ist

55 *BVerfG*, Beschluss vom 07.02.1990 – 1 BvR 26/84, juris-Rn. 47; *BVerfG*, Beschluss vom 22.06.1977 – 1 BvL 2/74, juris-Rn. 43; *BVerfG*, Beschluss vom 27.04.1999 – 1 BvR 2203/93, 1 BvR 897/95, juris-Rn. 56; *BVerfG*, Urteil vom 18.07.1967 – 2 BvF 3/62, 2 BvF 4/62, juris-Rn. 74; *BVerfG*, Urteil vom 05.06.1973 – 1 BvR 536/72, juris-Rn. 72; *BVerfG,* Beschluss vom 19.12.1951 – 1 BvR 220/51, juris-Rn. 34.

56 *BVerfG*, Urteil vom 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, juris-Rn. 120; so bereits: *BVerfG*, Beschluss vom 18.06.1975 – 1 BvL 4/74, juris-Rn. 44, *BSG*, Urteil vom 30.08.1966 – 1 RA 301/61, juris-Rn. 33 oder *BSG*, Urteil vom 08.06.1994 – 3/1 RK 54/93, juris-Rn. 18.

57 *Zacher,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band II, § 28 Rn. 25 m.w.N.; *Zacher*, Der Sozialstaat als Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: Lüke/Ress/Will, Gedächtnisschrift Constantinesco, S. 943, 943 f.; *Eichenhofer*, Sozialstaat, Sozialrecht und soziale Rechte, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S. 117, 120 ff.; *Rux*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 20 Rn. 206; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 153; *Antoni,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 20 Rn. 4.

58 *BVerfG*, Beschluss vom 19.10.1983 – 2 BvR 485/80, 2 BvR 486/80, juris-Rn. 42; *BVerfG*, Beschluss vom 19.12.1951 – 1 BvR 220/51, juris-Rn. 34; *Dreier*, in: Dreier, GG, Band II, Art. 20 (Einführung) Rn. 10; *Wittreck*, in: Dreier, GG, Band II, Art. 20 (Sozialstaat) Rn. 24 f.; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 154; *Sachs/von Coelln,* in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 48.

59 *BVerfG*, Beschluss vom 19.12.1951 – 1 BvR 220/51, juris-Rn. 34; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 169.

60 *Lang,* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 2 Rn. 6; *Hufen*, Staatsrecht II, § 14 Rn. 2 ff.; *Sachs*, Verfassungsrecht II, Teil 14 Rn. 14 ff.

61 *BVerfG*, Urteil vom 16.01.1957 – 1 BvR 253/56, juris-Rn. 14 ff.; *BVerfG*, Nichtannahmebeschluss vom 09.07.2019 – 2 BvR 547/13, juris-Rn. 24; *BVerfG*, Beschluss vom 17.06.2004 – 2 BvR 383/03, juris-Rn. 169; *BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 11.09.2008 – 1 BvR 2007/05, juris-Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mittlerweile[62] anerkannt, dass der sachliche Schutzbereich dieser allgemeinen Handlungsfreiheit im Sinne einer allgemeine Verhaltensfreiheit weit auszulegen ist. Der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG umfasst demnach grundsätzlich jegliches menschliche Verhalten[63], ungeachtet dessen, ob dieses unter ethischen, gesundheitlichen oder sozialen Gesichtspunkten zu rechtfertigen ist[64]. Diese allgemeine Handlungsfreiheit findet jedoch, wie Art. 2 Abs. 1, 2. Hs. GG selbst sagt, ihre Schranken in den Gesetzen und der Verfassung.[65] Ein solches weites Verständnis der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG umfasst z.B. auch das Begehren der einzelnen Person, eine unerprobte medizinische Maßnahme bzw. ein nicht zugelassenes Arzneimittel bei sich selbst anzuwenden bzw. anwenden zu lassen und die anfallenden Kosten unter gewissen Voraussetzungen von der gesetzlichen Krankenversicherung erstattet zu bekommen.[66]

3. Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG beinhaltet das Grundrecht jeder lebenden natürlichen Person auf Leben (1. Hs.) und körperliche Unversehrtheit (2. Hs.). Im Verfassungsgefüge nimmt dieses Grundrecht eine besondere Stellung ein, weil es Voraussetzungsgrundrecht aller anderen Grundrechte darstellt. So kann ohne das Bestehen eines menschlichen Lebens kein Grundrecht ausgeübt

62 Zu der bis zum Urteil des *BVerfG* vom 16.01.1957 – 1 BvR 253/56 entgegengesetzten Ansicht, dass der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG nur zentrale Elemente der menschlichen Persönlichkeit im Sinne einer Persönlichkeitskerntheorie erfasse, z.B.: *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 426 ff.; eine umfassende Aufarbeitung dieser Kontroverse ist bei *Scholz,* AöR 100 (1975), S. 80, 80 ff. zu finden.

63 *BVerfG,* Beschluss vom 05.08.2020 – 2 BvR 1985/19, 2 BvR 1986/19, juris-Rn. 34; *BVerfG,* Dreierausschussbeschluss vom 23.05.1980 – 2 BvR 854/79, juris-Rn. 3 und 8 (Taubenfüttern); *BVerfG,* Beschluss vom 06.06.1989 – 1 BvR 921/85, juris-Rn. 62 und 67 (Reiten im Walde).

64 In Bezug auf Drogenkonsum: *BVerfG,* Beschluss vom 09.03.1994 – 2 BvL 43/92, 2 BvL 51/92, juris-Rn. 119; *BVerfG,* Kammerbeschluss vom 14.06.2023 – 2 BvL 3/20, 2 BvL 14/20, juris-Rn. 65.

65 *Sachs*, Verfassungsrecht II, Teil 14 Rn. 3 ff. und 14 oder *Lang*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 2 Rn. 7 ff.; *Barczak,* in: Dreier, GG, Band I, Art. 2 Abs. 1 Rn. 58 ff.

66 *BVerfG*, Beschluss vom 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, juris; *Lang*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 2 Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden[67]. Weiterhin ist die körperliche Unversehrtheit Voraussetzung vieler Freiheitsaktivitäten.[68] Mit Leben i.S.v. Art. 2 Abs. 2 S. 1, 1. Hs. GG ist die biologisch-physische Existenz[69], also das Recht auf Leben gemeint.[70] Nach herrschender Ansicht ist ein Recht auf den selbstbestimmten Tod bzw. ein menschenwürdiges Sterben nicht von der Norm geschützt. Diese Fälle sind eher Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürdegarantie) i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG zuzuordnen.[71] Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG umfasst einzelne Elemente eines Rechts auf Gesundheit. Beinhaltet ist demnach der Schutz vor Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit[72], also auch z.B. das Recht auf Freiheit von Schmerzen (Art. 2 Abs. 2 S. 1, 2. Hs. GG)[73]. Gleichwohl enthält Art. 2 Abs. 2 S. 1, 2. Hs. GG keine umfassende Garantie

67 *BVerfG*, Urteil vom 25.02.1975 – 1 BvF 1/74, 1 BvF 2/74, juris-Rn. 153; *BVerfG*, Beschluss vom 01.08.1978 – 2 BvR 1013/77, 2 BvR 1019/77, juris-Rn. 99; *BVerfG*, Kammerbeschluss vom 11.08.1999 – 1 BvR 2181/98, 1 BvR 2182/98, juris-Rn. 67; *BVerfG*, Urteil vom 15.02.2006 – 1 BvR 357/05, juris-Rn. 82 und 144; auch in Bezug auf die körperliche Unversehrtheit: *BVerfG*, Beschluss vom 23.03.2011 – 2 BvR 882/09, juris-Rn. 44; weiterhin zur hohen Bedeutung des Rechtsguts des ungeborenen menschlichen Lebens: *BVerfG*, Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, juris.

68 *Lang*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 2 Rn. 162 f.; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn. 96; *Antoni,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 2 Rn. 10 f.; *Krüper*, in: Dreier, GG, Band I, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 33; *Rixen*, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 8; *Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, GG, Band 1, Art. 2 Rn. 89.

69 *BVerfG*, Urteil vom 15.02.2006 – 1 BvR 357/05, juris-Rn. 82.

70 *Hillgruber,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band IV, § 101 Rn. 29; *Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, GG, Band 1, Art. 2 Rn. 89; *Müller-Terpitz,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band VII, § 147 Rn. 7.

71 *Lang*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 2 Rn. 164; *Hillgruber,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band IV, § 101 Rn. 75 f. m.w.N.; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn. 97; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Band I, 02/2004, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Rn. 47; *Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, GG, Band 1, Art. 2 Rn. 97; *Augsberg*, JuS 1/2011, S. 28, 32 m.w.N.; ebenso: *BVerfG*, Urteil vom 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, juris-Rn. 203 f., 209 f.; a.A.: *Krüper*, in: Dreier, GG, Band I, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 47 m.w.N. und wohl auch: *Antoni,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 2 Rn. 11; zur Verfassungswidrigkeit des Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung weiterhin: *BVerfG*, Urteil vom 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, juris; kritisch dazu: *Hillgruber,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band IV, § 101 Rn. 80 f.

72 *BVerfG*, Beschluss vom 26.07.2016 – 1 BvL 8/15, juris-Rn. 69; *BVerfG*, Beschluss vom 14.01.1981 – 1 BvR 612/72, juris-Rn. 54 ff. und 60 f.; *BVerfG*, Urteil vom 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, juris-Rn. 119.

73 *BVerfG*, Beschluss vom 14.01.1981 – 1 BvR 612/72, juris-Rn. 55.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eines Rechts auf Gesundheit[74].[75] Grundsätzlich sind einzelne sozialrechtliche Leistungsansprüche im Bereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG durch den Gesetzgeber, insbesondere im SGB V[76], zu definieren.[77] Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG statuiert einen einfachen Gesetzesvorbehalt, nach welchem in dieses Grundrecht nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden darf. Eingriffe sind hier jedoch an besonders hohe Hürden geknüpft, da ein Eingriff in das Leben zum Tod führen kann.[78]

II. Das Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 3 GG

Das Rechtsstaatsprinzip kommt durch verschiedene Vorschriften im Grundgesetz zum Tragen. Neben Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG ist vorrangig Art. 20 Abs. 3 GG zu nennen.[79] Art. 20 Abs. 3 GG bindet die gesetzgebende Gewalt an die Verfassung (Art. 20 Abs. 3, 1. Hs. GG), die vollziehende und die rechtsprechende Gewalt an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3, 2. Hs. GG). Die Unterwerfung aller drei Staatsgewalten unter das Recht ist Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips, welches im Grundgesetz eine bedeutende Stellung einnimmt.[80] Darüber hinaus erwachsen aus dem Rechtsstaatsprinzip Verfahrens- bzw. Prozessgrundrechte.[81] Nachfolgend wird auf die aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Aufteilung der drei Staatsgewalten (1.), die Bindung staatlichen Handelns an Gesetz und Recht (2.), das Bestimmt-

74 Diesbezüglich kann auf die Habilitationsschrift von *Seewald, Otfried,* Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, Köln u.a. 1981 verwiesen werden.

75 *Antoni,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 2 Rn. 12; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Band I, 02/2004, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Rn. 55 und 57; *Rixen,* in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 150; *Krüper*, in: Dreier, GG, Band I, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 43 und 45; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn. 99; ausführlich zu der Frage, ob und in welchen Ausprägungen es ein Recht auf bestmögliche Gesundheit gibt: *Welti*, GesR 2015, S. 1, 1 ff.

76 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung – (Art. 1 des Gesetzes vom 20.12.1988, BGBl. I, S. 2477, 2482), zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 23.10.2024 (BGBl. I, Nr. 324).

77 *Krüper*, in: Dreier, GG, Band I, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 101; *Rixen*, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 38.

78 *Lang*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 2 Rn. 163; *Antoni,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 2 Rn. 14.

79 *BVerfG,* Beschluss vom 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, juris-Rn. 78 m.w.N.; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 37.

80 *BVerfG,* Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, juris-Rn. 547*; Antoni,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 20 Rn. 10.

81 *Uhle,* in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V, § 129 Rn. 3 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

heitsgebot (3.) sowie auf bestimmte Verfahrensgrundrechte (4.) eingegangen.

I. Das Prinzip der Gewaltenteilung gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG

Die drei Staatsgewalten werden durch die Legislative (Gesetzgebung), die Exekutive (vollziehende Gewalt) und die Judikative (Rechtsprechung) repräsentiert. Diese werden explizit in Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3[82] GG angesprochen.[83] Das Prinzip der Teilung bzw. Trennung dieser Gewalten[84] ist in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG verankert.[85] Grundlegende Aussage dieses Prinzips ist, dass sich die drei Staatsgewalten gegenseitig kontrollieren, damit die Staatsmacht verteilt und dadurch gemäßigt und gebändigt wird. Damit soll die Freiheit der einzelnen Person geschützt werden[86]. Darüber hinaus geht aus diesem Prinzip hervor, dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig sein sollen. Dafür sind solche Entscheidungen jeweils von derjenigen staatlichen Gewalt zu treffen, welche „nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen dafür verfügt“[87].[88] Die rechtsprechende Gewalt nimmt in diesem Gefüge der drei Staatsgewalten eine besondere Stellung ein, weil sie Akte der

82 *BVerfG,* Urteil vom 10.02.2004 – 2 BvR 834/02, 2 BvR 1588/02, juris-Rn. 205.

83 *Sachs/von Coelln,* in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 79 und 82; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 33.

84 Zum geschichtlichen Hintergrund: *Sommermann*, in: von Mangoldt, GG, Band 2, Art. 20 Rn. 199 ff. oder *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Band III, 01/2022, Art. 20 V. Rn. 3 ff.

85 *Antoni,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 20 Rn. 9; *Rux*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 20 Rn. 155; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 67.

86 *BVerfG,* Urteil vom 27.04.1959 – 2 BvF 2/58, juris-Rn. 56; *BVerfG,* Urteil vom 17.07.1984 – 2 BvE 11/83, 2 BvE 15/83, juris-Rn. 102.

87 *BVerfG,* Urteil vom 18.12.1984 – 2 BvE 13/83, juris-Rn. 137; *BVerfG,* Beschluss vom 17.07.1996 – 2 BvF 2/93, juris-Rn. 42; *BVerfG,* Urteil vom 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97, juris-Rn. 132; *BVerfG,* Beschluss vom 30.06.2015 – 2 BvR 1282/11, juris-Rn. 125.

88 *Rux*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 20 Rn. 156; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 33; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Band III, 01/2022, Art. 20 V. Rn. 103 ff.; *Radtke*, Die Bedeutung der rechtsprechenden Gewalt für das Funktionieren des demokratischen Rechtsstaats, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S. 179, 181 und 184; *Di Fabio,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band II, § 27 Rn. 1 ff. und 9 f.; *Wolff,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band I, § 15 Rn. 70.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

anderen beiden Gewalten verwerfen kann[89], wie sich im weiteren Verlauf der Arbeit noch zeigen wird. Gleichwohl ist es nicht zulässig, wenn eine der drei Gewalten Aufgaben wahrnimmt, welche ihr durch die Verfassung nicht zugewiesen sind. So widerspricht es dem Gewaltenteilungsprinzip, wenn beispielsweise die Rechtsprechung Legislativaufgaben wahrnimmt[90].

2. Die Bindung staatlichen Handelns an Gesetz und Recht

a. Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

aa. Der Vorrang des Gesetzes

Art. 20 Abs. 3 GG statuiert ferner den Vorrang des Gesetzes, welcher die Bindung der Exekutive und der Judikative an das Gesetz vorschreibt.[91] Der Vorrang des Gesetzes sagt z.B. aus, dass ranghöhere Normen Vorrang vor rangniedrigeren Normen haben.[92] Darauf wird später in Bezug auf die Rechtsquellenlehre[93] näher eingegangen. Ein Verstoß gegen den Vorrang des Gesetzes liegt jedoch auch vor, wenn ein Widerspruch zwischen einem Gesetz und einer Willensäußerung niedrigeren Ranges, also z.B. einer Entscheidung der rechtsprechenden Gewalt, besteht[94].

---

89 *Radtke*, Die Bedeutung der rechtsprechenden Gewalt für das Funktionieren des demokratischen Rechtsstaats, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S. 179, 184 ff.

90 Ständige Rechtsprechung: *BVerfG,* Urteil vom 10.02.2004 – 2 BvR 834/02, 2 BvR 1588/02, juris-Rn. 205; *BVerfG,* Beschluss vom 21.07.1955 – 1 BvL 33/51, juris-Rn. 45; *BVerfG,* Beschluss vom 12.11.1997 – 1 BvR 479/92, 1 BvR 307/94, juris-Rn. 52.

91 *Ossenbühl,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 101 Rn. 1; *Wolff,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band I, § 15 Rn. 112; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Viertes Kapitel Rn. 7; *Rux*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 20 Rn. 169; *Antoni,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 20 Rn. 15; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 52.

92 *Ossenbühl,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 101 Rn. 2; *Sachs/von Coelln,* in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 112 m.w.N.; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 53; *Wolff,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band I, § 15 Rn. 112.

93 C. I. 2. c. aa. (2) und C. I. 2. c. aa. (3).

94 *BVerfG,* Beschluss vom 28.10.1975 – 2 BvR 883/73, 2 BvR 379/74, juris-Rn. 29; *Ossenbühl,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 101 Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Der Vorbehalt des Gesetzes

Aus Art. 20 Abs. 3 GG erwächst weiterhin der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes. Dieser sagt aus, dass staatliches Handeln nur aufgrund eines formellen[95] oder förmlichen[96] Gesetzes erfolgen kann.[97] Innbegriffen ist dem Vorbehalt des Gesetzes also ein Parlamentsvorbehalt.[98] Der allgemeine Gesetzesvorbehalt beinhaltet ferner, dass der Gesetzgeber insbesondere bei Fragen mit Grundrechtsbelang die grundlegenden und wesentlichen Entscheidungen durch ein formelles Gesetz selbst zu treffen hat (sogenannter Wesentlichkeitsgrundsatz). Er darf diese demnach nicht der Exekutive bzw. anderen Normgebern überlassen.[99] Wenn eine gesetzliche Grundlage besteht, ist die Frage nach dem Vorbehalt des Gesetzes obsolet, da dann der Vorrang des Gesetzes greift.[100] Im Sozialrecht hat dieser Grundsatz spe-

95 Zu den Eigenschaften eines formellen Gesetzes etwa: *Kau,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band II, § 41 Rn. 28 ff.

96 *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 100 Rn. 2 und 9.

97 *BVerfG*, Beschluss vom 20.02.2013 – 2 BvR 228/12, juris-Rn. 53; *BVerfG*, Urteil vom 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97, juris-Rn.132 f.; *BVerfG*, Beschluss vom 28.10.1975 – 2 BvR 883/73, 2 BvR 379/74, juris-Rn. 26; *Wolff,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band I, § 15 Rn. 122 f.*; Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 69; *Rux*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 20 Rn. 172; *Sachs/von Coelln,* in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 113; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Band III, 01/2022, Art. 20 VI. Rn. 75; *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 2 Rn. 33; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Viertes Kapitel Rn. 7; ausführlich dazu: *Ossenbühl,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 101 Rn. 11 ff.

98 *BVerfG*, Beschluss vom 11.07.2013 – 2 BvR 2302/11, 2 BvR 1279/12, juris-Rn. 129; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 69.

99 *BVerfG*, Urteil vom 24.11.2010 – 8 C 14/09, juris-Rn. 26; *BVerfG*, Urteil vom 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97, juris-Rn. 132; *BVerfG,* Beschluss vom 31.01.1978 – 2 BvL 8/77, juris-Rn. 77 ff.; *BVerfG*, Beschluss vom 25.03.1992 – 1 BvR 1430/88, juris-Rn. 66; *BVerfG*, Urteil vom 08.04.1997 – 1 BvR 48/94, juris-Rn. 157 f.; *BVerfG*, Urteil vom 19.09.2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15, juris-Rn. 190 ff.; *BVerfG*, Beschluss vom 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, juris-Rn. 40; *BVerfG*, Urteil vom 06.07.1999 – 2 BvF 3/90, juris-Rn. 125; *BVerfG*, Beschluss vom 01.04.2014 – 2 BvF 1/12, 2 BvF 3/12, juris-Rn. 102; *BVerfG*, Urteil vom 05.11.2014 – 1 BvF 3/11, juris-Rn. 33; *BVerfG*, Beschluss vom 27.11.1990 – 1 BvR 402/87, juris-Rn. 39; *BVerfG*, Urteil vom 24.05.2006 – 2 BvR 669/04, juris-Rn. 85; *BVerfG*, Urteil vom 19.12.2017 – 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14, juris-Rn. 116; *Antoni,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 20 Rn. 15; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 71 f.; *Rux*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 20 Rn. 182.

100 *Wolff,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band I, § 15 Rn. 122.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ziell in § 31 SGB I[101] Eingang gefunden.[102] Eine Besonderheit ist hier, dass § 31 SGB I neben der Eingriffsverwaltung ebenso die Leistungsverwaltung, also begünstigende Leistungen, umfasst. Das ist aus der Formulierung des Gesetzestextes zu schließen, welcher besagt, dass nicht nur eine gesetzliche Grundlage existieren muss, wenn in die Rechte des Einzelnen eingegriffen wird, sondern auch, wenn Leistungen begründet, festgestellt und geändert werden.[103] Davon zu trennen sind die besonderen Gesetzesvorbehalte der Grundrechte. Die Ausübung von Freiheitsgrundrechten ist nicht schrankenlos. Der Gesetzgeber kann nur durch oder aufgrund eines Gesetzes (Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG) in diese eingreifen bzw. diese beschränken oder diese konkret ausgestalten. Eine solche Schranke kann direkt im Grundgesetz normiert oder als verfassungsimmanente Schranke ausgestaltet sein.[104]

b. Die Bindung der rechtsprechenden Gewalt an das Gesetz gemäß Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 GG

Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG schreibt vor, dass es besondere Organe der Rechtsprechung geben muss.[105] In Art. 95 Abs. 1 GG ist darüber hinaus festgelegt, dass der Bund neben den anderen obersten Gerichtshöfen für das Sachgebiet der Sozialgerichtsbarkeit das *BSG* als Fachgericht errichtet.[106] Das Rechtsstaatsprinzip umfasst die Bindung der rechtsprechenden Gewalt an das Gesetz gemäß Art. 20 Abs. 3, 2. Hs. GG.[107] Die rechtsprechende Gewalt ist gemäß Art. 92, 1. Hs. GG den Richtern, inklusive den ehrenamtlichen Richtern, anvertraut.[108] Gemäß Art. 97 Abs. 1, 1. Hs. GG sind die

101 Erstes Buch Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil – (Art. I des Gesetzes vom 11.12.1975, BGBl. I, S. 3015), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 19.07.2024 (BGBl. I, Nr. 245).

102 *Becker,* ASUMed 2009, S. 592, 596.

103 *Meißner/Timme,* in: Krahmer/Trenk-Hinterberger, LPK-SGB I, § 31 Rn. 2; *Nusser/Spellbrink*, SGb 2017, S. 550, 555.

104 *Sachs/von Coelln,* in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 113; *Guckelberger,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band III, § 83 Rn. 1 ff. und 24; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Band III, 01/2022, Art. 20 VI. Rn. 92; *Reimer*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § 11 Rn. 35; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 70.

105 *Antoni,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 20 Rn. 9.

106 *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 95 Rn. 1.

107 *BVerfG,* Beschluss vom 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, juris-Rn. 38; *Sachs/von Coelln,* in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 109; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 52 f.

108 *Höland/Buchwald,* SozSich 2019, S. 97, 97 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Richter sachlich und gemäß Art. 97 Abs. 2 GG persönlich unabhängig. Sie üben ihre Rechtsprechung insofern unabhängig vom Staat aus.[109] In Art. 97 Abs. 1, 2. Hs. GG findet sich eine Konkretisierung von Art. 20 Abs. 3, 2. Hs. GG. So sind die Richter gemäß Art. 97 Abs. 1, 2. Hs. GG dem Gesetz unterworfen, was in § 25, 2. Hs. DRiG wiederholt wird.[110] Auf die rechtsprechende Gewalt bezogen bedeutet das, dass der Richter die Entscheidung des Gesetzgebers zu beachten hat (siehe zum Vorrang des Gesetzes[111]) und grundsätzlich diese nicht durch eine eigene Entscheidung ersetzen darf.[112]

3. Das Bestimmtheitsgebot

Art. 20 Abs. 3 GG beinhaltet auch den Grundsatz der Rechtssicherheit[113], welcher sich u.a. in dem Grundsatz der Normenklarheit und Bestimmtheit aller Rechtsvorschriften[114] (allgemeines Bestimmtheitsgebot) zeigt.[115] Der Bestimmtheitsgrundsatz fordert also, dass Rechtsnormen nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt sind, sodass staatliches Handeln aufgrund dieser gesetzlichen Vorschriften für den Bürger messbar, voraussehbar, berechenbar und nachvollziehbar ist. Die Adressaten müssen also die aktuelle Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach ausrichten können. Dazu gehört auch, dass Gerichte die Anwendung

109 *Radtke*, Die Bedeutung der rechtsprechenden Gewalt für das Funktionieren des demokratischen Rechtsstaats, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S. 179, 188 f.; *Kment,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 97 Rn. 2-15.

110 *Antoni,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 20 Rn. 15; *Wolff/Kluth,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 97 Rn. 2; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 218; *Pense,* Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 25; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 42 f. und 47; *Wysk,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band II, § 51 Rn. 63.

111 B. II. 2. a. aa.

112 Beispielhaft: *BVerfG*, Beschluss vom 06.06.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, juris-Rn. 75 oder *BVerfG*, Urteil vom 11.07.2012 – 1 BvR 3142/07, 1 BvR 1569/08, juris-Rn. 75; *Sachs/von Coelln,* in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 119; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 53; *Pense,* Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 25.

113 *BVerfG*, Urteil vom 01.07.1953 – 1 BvL 23/51, juris-Rn. 81; *BVerfG*, Beschluss vom 23.03.1971 – 2 BvL 2/66, 2 BvR 168/66, juris-Rn. 71; *BVerfG*, Urteil vom 03.04.2001 – 1 BvR 1681/94, 1 BvR 2491/94, juris-Rn. 59.

114 *BVerfG*, Beschluss vom 03.11.1982 – 1 BvR 210/79, juris-Rn. 24; *BVerfG*, Beschluss vom 09.05.1989 – 1 BvL 35/86, juris-Rn. 13 und 17; *BVerfG*, Urteil vom 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16, juris-Rn. 77.

115 *Antoni,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 20 Rn. 10 und 12; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 82.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der entsprechenden Rechtsvorschriften einer gerichtlichen Kontrolle unterziehen können. Dieser Grundsatz soll eine willkürliche Anwendung von Rechtsnormen verhindern.[116] Das *BVerfG* führt in diesem Zusammenhang aus, dass Rechtsnormen so genau zu fassen seien, „wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte[117] und mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist"[118]. Wenn sich der Inhalt einer Norm mit den klassischen juristischen Auslegungsregeln[119] ermitteln lässt, liegt kein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz vor.[120] Unbestimmte Rechtsbegriffe sind deshalb für das Bestimmtheitsgebot unschädlich.[121] Jedoch genügt es nicht, wenn das Gericht bei einer auslegungsbedürftigen Norm auf offene Auslegungsfragen verweist. Das Gericht muss vielmehr versucht haben, den Regelungsgehalt der Norm zu erfassen. Weiterhin muss deutlich gemacht werden, weshalb die juristischen Methoden bei der entsprechenden Norm an ihre Grenzen stoßen.[122] Nicht möglich ist es, Rechtsnormen bis ins

116 *BVerfG*, Urteil vom 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16, juris-Rn. 77; *BVerfG,* Beschluss vom 12.10.2010 – 2 BvL 59/06, juris-Rn. 34; *BVerfG,* Beschluss vom 03.03.2004 – 1 BvF 3/92, juris-Rn. 102 ff.; *BVerfG,* Beschluss vom 27.07.2005 – 1 BvR 668/04, juris-Rn. 118 ff.; *BVerfG*, Beschluss vom 27.11.1990 – 1 BvR 402/87, juris-Rn. 45; *BVerfG*, Beschluss vom 17.07.2003 – 2 BvL 1/99, 2 BvL 4/99, juris-Rn. 172; *BVerfG*, Beschluss vom 03.03.2004 – 1 BvF 3/92, juris-Rn. 103; *Wolff,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band I, § 15 Rn. 194; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Band III, 01/2022, Art. 20 VII. Rn. 58; *Antoni,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 20 Rn. 12; *Sachs/von Coelln,* in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 126 m.w.N.; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 83; *Rux*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 20 Rn. 182; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 136.

117 Siehe bereits oben: A. IV. 2.

118 *BVerfG*, Beschluss vom 26.09.1978 – 1 BvR 525/77, juris-Rn. 34; *BVerfG*, Urteil vom 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16, juris-Rn. 77 m.w.N.

119 Siehe dazu unten: C. II. 1. b.

120 *BVerfG*, Urteil vom 04.07.1995 – 1 BvF 2/86, 1 BvF 1/87, juris-Rn. 157; *BVerfG*, Nichtannahmebeschluss vom 26.08.2002 – 1 BvR 142/02, juris-Rn. 19; *Wolff,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band I, § 15 Rn. 194 und 196; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 83; so auch: *BSG,* Urteil vom 13.10.2022 – B 2 U 5/22 R, juris-Rn. 37 m.w.N. und *BSG,* Urteil vom 18.03.2003 – B 2 U 13/02 R, juris-Rn. 16 m.w.N.

121 *BVerfG*, Beschluss vom 09.05.1989 – 1 BvL 35/86, juris-Rn. 17; *BVerfG*, Stattgebender Kammerbeschluss vom 14.12.2000 – 2 BvR 1741/99, 2 BvR 276/00, juris-Rn. 54; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Band III, 01/2022, Art. 20 VII. Rn. 62; *Wolff,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band I, § 15 Rn. 196.

122 *BVerfG,* Beschluss vom 04.06.2012 – 2 BvL 9/08, juris-Rn. 91 m.w.N.; *BVerfG,* Beschluss vom 12.10.2010 – 2 BvL 59/06, juris-Rn. 59 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Detail auszuformulieren. So können nicht jegliche, z.B. wissenschaftliche Sachverhalte aus der Wirklichkeit von der Norm erfasst werden.[123]

4. Verfahrensgrundrechte

In diesem Kapitel wird auf einzelne Verfahrensgrundrechte eingegangen, welche im weiteren Verlauf der Arbeit wichtig sein werden. Demzufolge wird zunächst das Gebot effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs, 4 GG[124] beleuchtet (a.). Sodann wird auf die Gewährung rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG[125] (b.) und die Garantie des gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG[126] (c.) eingegangen.[127] Diese Verfahrensgrundrechte sind gesetzesabhängig bzw. normgeprägt. Das bedeutet, dass sie der Umsetzung durch den Gesetzgeber in einer einfachgesetzlichen Regelung bedürfen. Diesem Anspruch werden insbesondere die einzelnen Prozessordnungen, wie z.B. das SGG gerecht.[128] Die Verfahrensgrundrechte der Art. 19 Abs. 4, Art. 103 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG haben einerseits

123 *BVerfG,* Beschluss vom 08.01.1981 – 2 BvL 3/77, 2 BvL 9/77, juris-Rn. 41; *BVerfG,* Beschluss vom 09.11.1988 – 2 BvR 243/86, juris-Rn. 62; *BSG,* Urteil vom 18.03.2003 – B 2 U 13/02 R, juris-Rn. 17; *Müller/Christensen,* Juristische Methodik, Band I, Rn. 67d.

124 *Uhle*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V, § 129 Rn. 53 ff.

125 *A.a.O.,* Rn. 44 ff.

126 *A.a.O.,* Rn. 36 ff.

127 *A.a.O.*, Rn. 2 ff.

128 *BVerfG,* Beschluss vom 08.06.1993 – 1 BvR 878/90, juris-Rn. 27*; Wysk,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band II, § 51 Rn. 17; *Uhle*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V, § 129 Rn. 11; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band III, Art. 103 Abs. 1 Rn. 27; *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 101 Rn. 6; *Degenhart,* in: Sachs, GG, Art. 101 Rn. 17; *Degenhart,* in: Sachs, GG, Art. 103 Rn. 12; *Wolff,* AöR 141 (2016), S. 40, 52 ff.; *Maurer,* Rechtsstaatliches Prozessrecht, in: Dreier/Badura, FS 50 Jahre BVerfG, Band II, S. 467, 489 f.; *Rixen,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band IV, § 131 Rn. 9 und § 133 Rn. 7 und 20.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Funktion von subjektiven Rechten[129] und andererseits auch von objektivem Recht[130] (Grundrechte als objektive Wertentscheidungen), welches den drei Staatsgewalten Grenzen setzt. So sind im Rahmen des Handelns des Gesetzgebers, der Verwaltung sowie der Rechtsprechung die der Verfassung zugrunde liegenden Werte zu beachten[131]. Weil die genannten Verfahrensgrundrechte subjektives Recht darstellen, kann eine Verletzung mit der

129 In Bezug auf Art. 19 Abs. 4 GG: *BVerfG*, Beschluss vom 24.07.2018 – 2 BvR 1961/09, juris-Rn. 34; *Enders*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 19 Rn. 51; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 19 Rn. 37, *Rixen,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band IV, § 131 Rn. 5; in Bezug auf Art. 103 Abs. 1 GG: *Rixen,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band IV, § 133 Rn. 20; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band III, Art. 103 Abs. 1 Rn. 13; *Köhler*, Die Ausgestaltung des Grundrechts auf rechtliches Gehör im Sozialverwaltungs- und sozialgerichtlichen Verfahren, S. 161; in Bezug auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG: *BVerfG*, Beschluss vom 07.04.1965 – 2 BvR 227/64, juris-Rn. 20; *BVerfG*, Stattgebender Kammerbeschluss vom 02.06.2009 – 1 BvR 2295/08, juris-Rn. 25; *BVerfG*, Beschluss vom 10.07.1990 – 1 BvR 984/87, 1 BvR 985/87, juris-Rn. 56; *BVerfG,* Beschluss vom 31.05.1990 – 2 BvL 12/88, 2 BvL 13/88, juris-Rn. 142; *BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 16.02.2005 – 2 BvR 581/03, juris-Rn. 21; *BVerfG*, Beschluss vom 03.12.1975 – 2 BvL 7/74, juris-Rn. 14; *Wolff/Kluth,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 101 Rn. 3 und 12; *Degenhart,* in: Sachs, GG, Art. 101 Rn. 1; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band III, Art. 101 Rn. 17; *Papier,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band VIII, § 176 Rn. 2.

130 In Bezug auf Art. 19 Abs. 4 GG: *BVerfG*, Beschluss vom 24.07.2018 – 2 BvR 1961/09, juris-Rn. 34 m.w.N.; *Enders*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 19 Rn. 52; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 19 Rn. 37; *Rixen,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band IV, § 131 Rn. 6; in Bezug auf Art. 103 Abs. 1 GG: *BVerfG*, Beschluss vom 18.06.1985 – 2 BvR 414/84, juris-Rn. 27; *Rixen,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band IV, § 133 Rn. 19; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band III, Art. 103 Abs. 1 Rn. 14; in Bezug auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG: *BVerfG*, Beschluss vom 03.12.1975 – 2 BvL 7/74, juris-Rn. 14; *BVerfG*, Beschluss vom 10.07.1990 – 1 BvR 984/87, 1 BvR 985/87, juris-Rn. 56; *Wolff/Kluth,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 101 Rn. 3; *Degenhart,* in: Sachs, GG, Art. 101 Rn. 2.

131 *BVerfG*, Urteil vom 25.02.1975 – 1 BvF 1/74, 1 BvF 2/74, juris-Rn. 152; *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 12 Rn. 256; *Kingreen/Poscher,* Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 124 ff.; *Badura,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band XII, § 265 Rn. 11 f.; zur mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten im privaten Bereich: *BVerfG*, Urteil vom 15.01.1958 – 1 BvR 400/51, juris-Rn. 24 ff. oder *BVerfG*, Beschluss vom 23.04.1986 – 2 BvR 487/80, juris-Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verfassungsbeschwerde an das *BVerfG* gemäß Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 90, 93 Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG[132]) gerügt werden[133].

a. Das Gebot effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG

aa. Inhalt der Norm

Art. 19 Abs. 4 S. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG statuiert das Gebot effektiven Rechtsschutzes im Sinne eines Justizgewährungsanspruchs und besagt, dass wenn jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt ist, ihm der Rechtsweg offenstehen muss.[134] Diese Verfassungsnorm beinhaltet die Garantie eines effektiven und damit wirkungsvollen Rechtsschutzes, also das Recht, sich gegen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt bzw. gegen Verletzungen durch die öffentliche Gewalt vor einem Gericht zur Wehr setzen zu können. Umfasst ist also der Zugang zum Gericht, die volle tatsächliche und rechtliche Prüfung der Verletzung und eine Entscheidung durch das Gericht.[135] Eine in vollem Umfang gerichtliche Kontrolle bedeutet die rechtliche und tatsächliche Überprüfung und ggf. auch Ersetzung der Verwaltungsentscheidung durch eine eigene Entscheidung des Gerichts. Grundsätzlich ist demnach eine Bindung des Gerichts an die im Verwaltungsverfahren getroffenen Feststellungen und tatsächlichen und rechtlichen Wertungen ausgeschlossen.[136] Das bezieht sich grundsätzlich auch auf solche Fälle, in denen Rechtsnormen von der Behörde angewandt werden,

132 Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.08.1993 (BGBl. I, S. 1473), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 20.12.2024 (BGBl. I, Nr. 440).

133 *Saurer,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band III, § 63 Rn. 11.

134 *Sachs/von Coelln,* in: Sachs, GG, Art. 19 Rn. 143.

135 *BVerfG*, Beschluss vom 23.03.2020 – 2 BvR 2051/19, juris-Rn. 23 und 28; *BVerfG*, Beschluss vom 22.11.2016 – 1 BvL 6/14, 1 BvL 3/15, juris-Rn. 20; *BVerfG*, Beschluss vom 24.07.2018 – 2 BvR 1961/09, juris-Rn. 33 f. m.w.N.; *BVerfG*, Beschluss vom 13.06.2007 – 1 BvR 1550/03, 1 BvR 2357/04, juris-Rn. 171; *BVerfG*, Beschluss vom 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, juris-Rn. 16; *BVerfG*, Urteil vom 18.07.2005 – 2 BvR 2236/04, juris-Rn. 103; *BVerfG*, Urteil vom 20.02.2001 – 2 BvR 1444/00, juris-Rn. 50; *BVerwG*, Beschluss vom 05.11.2020 – 3 C 12/19, juris-Rn. 14; *BVerfG*, Beschluss vom 27.10.1999 – 1 BvR 385/90, juris-Rn. 66 f.; *Enders*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 19 Rn. 51, Rn. 74 und 79 m.w.N.

136 *Maurer/Waldhoff,* Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 30; *Kingreen*, MedR 2007, S. 457, 459 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

welche auf fachwissenschaftliche Erkenntnisse verweisen.[137] An dieser Stelle zeigt sich die oben angesprochene bedeutende Rolle der rechtsprechenden Gewalt (Art. 92 GG) gegenüber den anderen beiden Gewalten[138], in diesem Fall der Exekutive.[139]

bb. Die Ausübung öffentlicher Gewalt gemäß Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG

Die überwiegende Auffassung in der Literatur[140] und der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung[141] geht dahin, dass die Ausübung öffentlicher Gewalt i.S.v. Art. 19 Abs. 4 GG lediglich durch die Exekutive und nicht durch die Judikative erfolgt. Demnach gewährt Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG Schutz durch den Richter, nicht gegen den Richter. Die Folge daraus ist, dass Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich Rechtsschutz gegen Akte der Exekutive und nicht das Recht auf eine Überprüfung einer richterlichen Entscheidung umfasst[142]. Neben diesem speziellen Justizgewährungsanspruch des Art. 19 Abs. 4 GG leitet das *BVerfG* einen allgemeinen Justizgewährungsanspruch aus dem Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG ab[143]. In seinem Beschluss aus dem Jahr 2003 hat das *BVerfG*

137 *BVerfG,* Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris-Rn. 25 ff.

138 B. II. 1.

139 *Radtke*, Die Bedeutung der rechtsprechenden Gewalt für das Funktionieren des demokratischen Rechtsstaats, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S. 179, 187.

140 *Papier,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band VIII, § 176 Rn. 5; *Papier,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band VIII, § 177 Rn. 43; *Rixen,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band IV, § 131 Rn. 12 und 18; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Band III, 08/2020, Art. 19 Abs. 4 III. Rn. 99; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 19 Rn. 52; *Antoni,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 19 Rn. 14; *Sachs/von Coelln,* in: Sachs, GG, Art. 19 Rn. 120; *Enders*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 19 Rn. 57; kritische Auseinandersetzung damit: *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 158 ff. und 176 ff., *Voßkuhle,* NJW 2003, S. 2193, 2193 ff.; *Huber*, in: von Mangoldt, GG, Band 1, Art. 19 Rn. 482 ff.; *Ernst*, in: von Münch/Kunig, GG, Band 1, Art. 19 Rn. 135.

141 Beispielhaft: *BVerfG*, Beschluss vom 05.02.1963 – 2 BvR 21/60, juris-Rn. 15; *BVerfG*, Beschluss vom 11.10.1978 – 2 BvR 1055/76, juris-Rn. 35; *BVerfG*, Beschluss vom 12.07.1983 – 1 BvR 1470/82, juris-Rn. 41; *BVerfG*, Beschluss vom 02.12.2014 – 1 BvR 3106/09, juris-Rn. 17 m.w.N.

142 *BVerfG*, Stattgebender Kammerbeschluss vom 12.02.2007 – 2 BvR 273/06, juris-Rn. 11.

143 *BVerfG*, Beschluss vom 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, juris-Rn. 21 ff. m.w.N.; *BVerfG*, Urteil vom 07.12.1999 – 2 BvR 1533/94, juris-Rn. 123; *BVerfG*, Beschluss vom 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03, juris-Rn. 49; *Rixen,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

seine Ansicht hinsichtlich eines Rechtsschutzes auch gegen den Richter geändert. Demnach kann zumindest in Bezug auf die Verletzung von Verfahrensgrundrechten ein solcher Rechtsschutz bestehen. Diese Auffassung leitet das *BVerfG* aber nicht aus dem speziellen (Art. 19 Abs. 4 GG), sondern aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch gemäß Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG ab[144]. Beachtet werden muss in diesem Zusammenhang, dass in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten vorrangig Art. 19 Abs. 4 GG als Spezialregelung zum Tragen kommt, wohingegen der allgemeine Justizgewährungsanspruch aus Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG eher in privatrechtlichen Streitigkeiten zu prüfen ist[145]. Auch ist der allgemeine Justizgewährungsanspruch anders als Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich nicht als subjektives Grundrecht ausgestaltet. Eine Verfassungsbeschwerde wäre aber gemäß Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG möglich[146].

b. Die Gewährung rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG

Als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips gemäß Art. 20 Abs. 3 GG und des in Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Menschenwürdegrundsatzes ist im Grundgesetz die Gewährung rechtlichen Gehörs als Grundrecht in Art. 103 Abs. 1 GG[147] normiert.[148] Die abschließende rechtliche Beurteilung eines Lebenssachverhalts bzw. eine gerichtliche Entscheidung ist nur unter der vorheri-

---

Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band IV, § 131 Rn. 33 ff.; *Enders*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 19 Rn. 51; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 128 f. m.w.N.; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 19 Rn. 37.

144 *BVerfG*, Beschluss vom 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, juris-Rn. 21 ff.; *Huber*, in: von Mangoldt, GG, Band 1, Art. 19 Rn. 483; *Enders*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 19 Rn. 58.

145 *BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 04.11.2008 – 1 BvR 2587/06, juris-Rn. 15; *BVerfG,* Beschluss vom 24.06.2014 – 1 BvR 2926/13, juris-Rn. 34; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 129.

146 *BVerfG,* Beschluss vom 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, juris-Rn. 16; *Papier,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band VIII, § 176 Rn. 5.

147 Ebenfalls auf internationaler Ebene verankert in: Art. 10 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR), Art. 14 Abs. 1 S. 2 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR) und Art. 6 Abs. 1 Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK).

148 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band III, Art. 103 Abs. 1 Rn. 13; *Rixen,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band IV, § 133 Rn. 19; *Mink,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 62 Rn. 1; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 62 Rn. 1; *Köhler*, Die Ausgestaltung des Grundrechts auf rechtliches Gehör im Sozialverwaltungs- und sozialgerichtlichen Verfahren, S. 161.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen Gewährung rechtlichen Gehörs der beteiligten Personen möglich.[149] Dieses Recht beinhaltet, dass alle Beteiligten eines Gerichtsverfahrens Tatsachen selbst darlegen[150], ihre Argumente vorbringen und zu dem Tatsachenvortrag der Gegenseite sowie zu den Beweiserhebungsergebnissen des Gerichts bzw. zum Sachverhalt[151] Stellung beziehen können. Zusätzlich muss es den Beteiligten möglich sein, Ausführungen zur Rechtslage vor Gericht vorzubringen[152]. Das sichert die wahrheitsgemäße Aufklärung des Sachverhalts durch das Gericht und steigert die Chance auf eine richtige Entscheidung.[153]

c. Die Garantie des gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Aus der Garantie des gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG folgt das Verbot von Ausnahmegerichten gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 1 GG und das Erfordernis eines einfachen Gesetzes für die Errichtung von Sondergerichten gemäß Art. 101 Abs. 2 GG.[154] In diesem Kapitel wird lediglich auf das Verbot des Entzugs des gesetzlichen Richters eingegangen, weil nur dieses Relevanz für die Arbeit hat. Das Verbot von Ausnahmegerichten gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 1 GG und das Erfordernis eines einfachen Gesetzes für die Errichtung von Sondergerichten gemäß Art. 101 Abs. 2 GG werden aufgrund der fehlenden Bedeutung für die Arbeit ausgespart.

---

149 *BVerfG*, Beschluss vom 08.01.1959 – 1 BvR 396/55, juris-Rn. 22; *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Band VI, 09/2016, Art. 103 Abs. 1 II. Rn. 21.

150 In Bezug auf die Sozialgerichtsbarkeit hat dies grundsätzlich keine Bedeutung, weil hier der Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 103 SGG gilt (dazu: E. I. 1.).

151 *BVerfG*, Beschluss vom 09.02.1982 – 1 BvR 799/78, juris-Rn. 7; *BVerfG*, Beschluss vom 29.05.1991 – 1 BvR 1383/90, juris-Rn. 7.

152 *BVerfG*, Urteil vom 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97, juris-Rn. 162; *BVerfG*, Beschluss vom 24.03.1982 – 2 BvH 1/82, 2 BvH 2/82, juris-Rn. 124; *BVerfG*, Beschluss vom 19.05.1992 – 1 BvR 986/91, juris-Rn. 35 m.w.N.

153 *BVerfG*, Urteil vom 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02, juris-Rn. 135 m.w.N.; *BVerfG*, Beschluss vom 08.01.1959 – 1 BvR 396/55, juris-Rn. 22; *BVerfG*, Beschluss vom 21.04.1982 – 2 BvR 810/81, juris-Rn. 15 m.w.N.; *BVerfG*, Beschluss vom 07.10.1980 – 2 BvR 1581/79, juris-Rn. 8*; Rixen,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band IV, § 133 Rn. 19; *Mink,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 62 Rn. 1; *Müller/Christensen,* Juristische Methodik, Band I, Rn. 471; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band III, Art. 103 Abs. 1 Rn. 12.

154 *BVerfG,* Beschluss vom 20.01.1970 – 2 BvR 149/65, juris-Rn. 26; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 101 Rn. 17; *Wolff/Kluth,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 101 Rn. 2 und 13; *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig, GG, Band VI, 08/2018, Art. 101 D. Rn. 90, Rn. 92 und 96.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa. Rechtsdogmatische Einordnung als Verfahrensgrundrecht

Zum Rechtsstaatsprinzip gehört auch die in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG stehende, verfassungsrechtlich verbürgte Garantie eines gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. Diese Norm beinhaltet das Verbot, jemanden seinem gesetzlichen Richter zu entziehen.[155] Die rechtsdogmatische Einordnung dieses Grundsatzes ist strittig. So sind unterschiedliche Einordnungen in Literatur und Rechtsprechung zu finden. Diese gehen von einem subjektiven Grundrecht[156], über die Einordnung als grundrechtsgleichem[157] oder grundrechtsähnlichem[158] Recht, bis zu einem Prozess[159]- oder Verfahrensgrundrecht[160].[161] In dieser Arbeit wird der Ansicht gefolgt, welche Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG als Verfahrensgrundrecht einordnet. Das wird damit

155 *BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 16.02.2005 – 2 BvR 581/03, juris-Rn. 21; *BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 03.05.2004 – 2 BvR 1825/02, juris-Rn. 6; *Antoni,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 20 Rn. 10; *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 101 Rn. 6; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band III, Art. 101 Rn. 17; *Kment,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 101 Rn. 1.

156 Beispielsweise: *BVerfG,* Urteil vom 03.07.1962 – 2 BvR 628/60, 2 BvR 247/61, juris-Rn. 11 und 28, *BVerfG,* Beschluss vom 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, juris-Rn. 69 oder *BVerfG*, Beschluss vom 31.05.1990 – 2 BvL 12/88, 2 BvL 13/88, juris-Rn. 142; *Wolff/Kluth,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 101 Rn. 3.

157 Beispielsweise: *BVerfG*, Beschluss vom 05.11.2003 – 2 BvR 1243/03, juris-Rn. 37, *BVerfG*, Beschluss vom 14.06.2007 – 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05, juris-Rn. 40 oder *BSG*, Urteil vom 23.08.2007 – B 4 RS 2/06 R, juris-Rn. 11; *Degenhart,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 114 Rn. 33; *Saurer,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band III, § 63 Rn. 11; *Kment,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 101 Rn. 1; *Degenhart,* in: Sachs, GG, Art. 101 Rn. 1; *Wolff/Kluth,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 101 Rn. 1 und 3 f.

158 Beispielsweise: *BVerfG*, Beschluss vom 09.07.1997 – 2 BvR 389/94, juris-Rn. 43 (gleichzeitig als grundrechtsgleich einordnend) oder *BVerfG*, Beschluss vom 31.05.1990 – 2 BvL 12/88, 2 BvL 13/88, juris-Rn. 142.

159 Beispielsweise: *BVerfG*, Beschluss vom 19.07.2011 – 1 BvR 1916/09, juris-Rn. 70, *BVerfG,* Beschluss vom 18.05.1965 – 2 BvR 40/60, juris-Rn. 14 oder *BVerfG,* Beschluss vom 26.05.1970 – 2 BvR 311/67, juris-Rn. 34; *Degenhart,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 114 Rn. 33; *Maurer,* Rechtsstaatliches Prozessrecht, in: Dreier/Badura, FS 50 Jahre BVerfG, Band II, S. 467, 483.

160 Beispielsweise: *BVerfG*, Stattgebender Kammerbeschluss vom 17.01.2013 – 1 BvR 121/11, 1 BvR 1295/11, juris-Rn. 27 oder *BVerfG,* Beschluss vom 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, juris-Rn. 20.

161 *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig, GG, Band VI, 08/2018, Art. 101 A. Rn. 13 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band III, Art. 101 Rn. 17 (mit einer Übersicht der unterschiedlichen Einordnungen).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

begründet, dass bei der Verletzung der Garantie des gesetzlichen Richters ein Mangel betroffen ist, welcher das sozialgerichtliche Verfahren betrifft.[162]

bb. Inhalt der Norm

Die Garantie des gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG fordert, dass ein gesetzlicher Richter nach abstrakten Kriterien, also unabhängig von den am Verfahren beteiligten Akteuren und der Rechtsauffassung der Richter, vorbestimmt wird.[163] Formellrechtlich muss sich der gesetzliche Richter im Voraus aus einer generell-abstrakt verfassten Norm[164] ermitteln lassen. Die jeweilige Rechtsnorm muss den Rechtsweg und die sachlich, örtlich und instanziell zuständigen Gerichte sowie die Spruchkörper als innersten Teil der Gerichtsorganisation[165] und die Richter aufführen, welche für die jeweilige streitige Angelegenheit zuständig sind.[166] Ergänzend zu dieser rechtlichen Normierung sind Geschäftsverteilungs- und Besetzungspläne durch die jeweiligen Gerichte zu verfassen.[167] Sinn und Zweck der Norm ist die Vermeidung der Manipulation oder Einflussnahme auf den Inhalt einer Gerichtsentscheidung durch sachfremde Einflüsse. Eine solche Beeinflussung könnte dadurch zustande kommen, dass die

162 *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig, GG, Band VI, 08/2018, Art. 101 A. Rn. 16; *Vogel,* jM 2018, S. 245, 249.

163 *BVerfG*, Beschluss vom 31.05.1990 – 2 BvL 12/88, 2 BvL 13/88, juris-Rn. 141; *BVerfG*, Nichtannahmebeschluss vom 08.03.2006 – 2 BvR 486/05, juris-Rn. 70; *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 101 Rn. 3; *Wolff/Kluth,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 101 Rn. 4.

164 *BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 16.02.2005 – 2 BvR 581/03, juris-Rn. 17; *BVerfG*, Beschluss vom 12.01.1983 – 2 BvR 964/82, juris-Rn. 9.

165 *Wysk,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band II, § 51 Rn. 72.

166 *BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 03.05.2004 – 2 BvR 1825/02, juris-Rn. 7; *BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 16.02.2005 – 2 BvR 581/03, juris-Rn. 16; *BVerfG,* Beschluss vom 08.04.1997 – 1 PBvU 1/95, juris-Rn. 27; *BVerfG*, Stattgebender Kammerbeschluss vom 02.06.2009 – 1 BvR 2295/08, juris-Rn. 22; *Wolff/Kluth,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 101 Rn. 5 und 7 m.w.N.; *Degenhart,* in: Sachs, GG, Art. 101 Rn. 2; *Kment,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 101 Rn. 13; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band III, Art. 101 Rn. 18.

167 *BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 03.05.2004 – 2 BvR 1825/02, juris-Rn. 8; *BVerfG,* Beschluss vom 08.04.1997 – 1 PBvU 1/95, juris-Rn. 27 f.; *BVerfG,* Beschluss vom 08.06.1993 – 1 BvR 878/90, juris-Rn. 29; *BVerfG,* Urteil vom 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, juris-Rn. 62; *Wolff/Kluth,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 101 Rn. 5 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bestimmung und die Zusammensetzung des jeweils zuständigen Gerichts manipuliert wird.[168] Das Recht auf den gesetzlichen Richter zielt auf alle Akte der rechtsprechenden Gewalt, welche den Richtern anvertraut ist (Art 92, 1. Hs. GG). Akte der rechtsprechenden Gewalt sind alle spezifischen richterlichen Tätigkeiten der durch staatlichen Akt ernannten Richter. Spezifisch richterliche Tätigkeiten sind diejenigen Tätigkeiten, welche der Richter im Rahmen seiner Unabhängigkeit und seiner Bindung an das Gesetz gemäß Art. 20 Abs. 3, 2. Hs., Art. 97 Abs. 1 GG i.V.m. § 25 DRiG ausübt.[169] Zu diesen Aufgaben gehören insbesondere neben der eigentliche Rechtsprechungstätigkeit all diejenigen Aufgaben, die mit der Rechtsfindung und -entscheidung in unmittelbarem Zusammenhang stehen.[170] In materiellrechtlicher Hinsicht wird durch Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ebenso sichergestellt, dass die Rechtsprechung durch Richter ausgeübt wird, welche den Vorgaben des Grundgesetzes entsprechen (Art. 92 GG)[171] und dass in mündlichen Gerichtsverhandlungen ehrenamtliche Richter mitwirken[172].

III. Das Demokratieprinzip gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG

Das verfassungsrechtlich verbürgte Demokratieprinzip hat viele Bedeutungen und kann auch verschiedenen Normen des Grundgesetztes entnom-

168 *BVerfG*, Beschluss vom 31.05.1990 – 2 BvL 12/88, 2 BvL 13/88, juris-Rn. 141; *BVerfG,* Beschluss vom 08.04.1997 – 1 PBvU 1/95, juris-Rn. 25 m.w.N.; *BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 16.02.2005 – 2 BvR 581/03, juris-Rn. 15 m.w.N.; *BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 27.04.2007 – 2 BvR 1674/06, juris-Rn. 49; *Degenhart,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 114 Rn. 35; *Wolff/Kluth,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 101 Rn. 5 und 7 m.w.N.; *Kment,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 101 Rn. 1; *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig, GG, Band VI, 08/2018, Art. 101 A. Rn. 4; *Rixen,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band IV, § 133 Rn. 10.

169 *BVerfG,* Beschluss vom 16.04.1969 – 2 BvR 115/69, juris-Rn. 32; *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig, GG, Band VI, 08/2018, Art. 101 C. Rn. 30 f.; *Vogel,* jM 2018, S. 245, 247; *Papier*, NJW 1990, S. 8, 9.

170 *Staats,* Deutsches Richtergesetz, § 25 Rn. 11; *Papier*, NJW 1990, S. 8, 9; *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig, GG, Band VI, 08/2018, Art. 101 C. Rn. 32.

171 *Degenhart,* in: Sachs, GG, Art. 101 Rn. 2; *Wolff/Kluth,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 101 Rn. 6 m.w.N.

172 *BVerfG,* Kammerbeschluss vom 06.02.1998 – 1 BvR 1788/97, juris-Rn. 6 m.w.N.; *Höland/Welti,* SozSich 2021, S. 243, 243; *Wolff/Kluth,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 101 Rn. 4 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

men werden.[173] Für diese Arbeit von Belang ist Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, welcher besagt, dass alle Staatsgewalt vom Volke[174] ausgeht. Dies bedeutet, dass die Ausübung öffentlicher Gewalt unmittelbar oder mittelbar auf das Volk zurückführbar sein muss (demokratische Legitimation der staatlichen Gewalt[175]).[176] Die unmittelbare Ausübung der Staatsgewalt durch das Volk erfolgt durch Wahlen (Art. 20 Abs. 2 S. 2, 1. Alt. GG). So wird der Bundestag bzw. das Parlament, welches die Gesetze erlässt, vom Volk gewählt (Art. 38 Abs. 1 GG, § 1 Bundeswahlgesetz (BWahlG[177])). Mittelbar wird die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt (Art. 20 Abs. 2 S. 2, 2. Alt. GG).[178] Hinsichtlich der demokratischen Legitimation der Rechtsprechung ist zu sagen, dass sich diese grundsätzlich aus Art. 97 Abs. 1 GG ergibt.[179] Das Ziel der

173 *Honer/Rudloff*, DÖV 2020, S. 461, 461; *Rux*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 20 Rn. 61.

174 Das *BVerfG* (*BVerfG*, Urteil vom 31.10.1990 – 2 BvF 2/89, 2 BvF 6/89, juris-Rn. 54; *BVerfG*, Urteil vom 31.10.1990 – 2 BvF 3/89, juris-Rn. 36) und die Literatur (*Böckenförde,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band II, § 24 Rn. 26 ff.; *Honer/Rudloff*, DÖV 2020, S. 461, 462) verstehen unter Volk alle deutschen Staatsangehörigen i.S.v. § 116 Abs. 1 GG.

175 Zu den verschiedenen Arten demokratischer Legitimation: *Sommermann*, in: von Mangoldt, GG, Band 2, Art. 20 Rn. 163 ff. oder *Honer/Rudloff*, DÖV 2020, S. 461, 462 ff.

176 *BVerfG*, Urteil vom 05.05.2020 – 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, juris-Rn. 99; *BVerfG*, Beschluss vom 12.07.2017 – 1 BvR 2222/12, 1 BvR 1106/13, juris-Rn. 113; *BVerfG*, Ablehnung einstweilige Anordnung vom 12.09.2012 – 2 BvE 6/12, 2 BvR 1390/12, juris-Rn. 183; *Sommermann*, in: von Mangoldt, GG, Band 2, Art. 20 Rn. 163; *Sachs/von Coelln,* in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 35 ff.; *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 3 Rn. 43; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Band III, 01/2022, Art. 20 II. Rn. 12; *Dreier*, in: Dreier, GG, Band II, Art. 20 (Demokratie) Rn. 109 ff; zu der in diesem Zusammenhang bedeutsamen sogenannten Legitimationskettentheorie: *Böckenförde,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band II, § 24 Rn. 9 ff.; ebenso: *BVerfG*, Urteil vom 31.10.1990 – 2 BvF 3/89, juris-Rn. 38, *BVerfG*, Beschluss vom 24.05.1995 – 2 BvF 1/92, juris-Rn. 137 und *BVerfG*, Urteil vom 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, juris-Rn. 545.

177 Bundeswahlgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.07.1993 (BGBl. I, S. 1288, 1594), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 07.03.2024 (BGBl. 2024 I, Nr. 91).

178 *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 3 Rn. 43 f.; *Sachs/von Coelln,* in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 36; *Rux*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 20 Rn. 92 ff.

179 *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 3 Rn. 44; *Sachs/von Coelln,* in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 45; zur Frage der demokratischen Legitimation der Richter auch in personeller Hinsicht: *Rennert,* JZ 2015, S. 529, 529 ff.; *Groß*, ZRP 1999, S. 361, 362 ff.; V*oßkuhle/Sydow,* JZ 2002, S. 673, 673 ff.; *Rüthers,* JZ 2002, S. 365, 369; *Böckenförde,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band II, § 24 Rn. 24.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

demokratischen Legitimation staatlicher Gewalt ist also die Sicherstellung der Ausübung eines Einflusses des Volks auf diese.[180]

IV. Zusammenfassung

Grundsätzlich können aus dem Sozialstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG[181] oder aus einzelnen Grundrechten keine subjektiven Rechte[182] oder Ansprüche auf bestimmte sozialrechtliche Leistungen[183] abgeleitet werden.[184] Den bei einer gesetzlichen Krankenkasse Versicherten steht jedoch eine verfassungsmäßige Ausgestaltung und eine grundrechtsorientierte Auslegung des Leistungsrechts des SGB V zu.[185] Insbesondere im Zusammenspiel mit den Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1[186] und aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG[187] kann es Ausnahmen geben[188], in welchen aus der Verfassung subjektive Rechte abgeleitet werden. Das wird sich im Kapitel zum Off-Label-Use[189] noch zeigen.[190] Einzelne Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips, wie das Prinzip der Gewaltenteilung[191], der Vorbehalt des Gesetzes[192] und das Demokratieprinzip[193] werden insbesondere im Kapitel zur verfassungsrechtlichen Würdigung bzw. zur Einordnung genereller

180 *BVerfG*, Urteil vom 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, juris-Rn. 61 f.; *BVerfG*, Urteil vom 19.06.2012 – 2 BvE 4/11, juris-Rn. 113; *Böckenförde,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band II, § 24 Rn. 14.
181 B. I. 1.
182 *BVerfG*, Beschluss vom 03.12.1969 – 1 BvR 624/56, juris-Rn. 83.
183 *BVerfG*, Beschluss vom 29.05.1990 – 1 BvL 20/84, 1 BvL 26/84, juris-Rn. 83; *BSG,* Urteil vom 23.11.2006 – B 11b AS 1/06 R, juris-Rn. 45; *BVerfG*, Beschluss vom 12.03.1996 – 1 BvR 609/90, 1 BvR 692/90, juris-Rn. 62 m.w.N.; *BVerfG*, Beschluss vom 08.06.2004 - 2 BvL 5/00, juris-Rn. 96.
184 *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 154 und 167.
185 *BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 11.04.2017 – 1 BvR 452/17, juris-Rn. 23; *BVerfG*, Beschluss vom 10.11.2015 – 1 BvR 2056/12, juris-Rn. 20; *Axer,* SDSRV 67 (2018), S. 77, 91 f.
186 B. I. 2.
187 B. I. 3.
188 So leitet das *BVerfG* aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG ein Grundrecht auf die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ab (*BVerfG*, Beschluss vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, juris-Leitsatz Nr. 1 und Rn. 133 sowie 158), dazu *Seiler*, JZ 2010, S. 500, 500 ff.
189 Siehe insbesondere Kapitel D. II. 2. d.
190 *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 167.
191 B. II. 1.
192 B. II. 2. a. bb.
193 B. III.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Tatschen unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten[194] wichtig sein. Die Bindung der rechtsprechenden Gewalt an das Gesetz[195] wird im Kapitel zur Rechtsanwendung[196] bzw. zur Rechtsanwendung als Rechtsnormkonstruktion[197] von Bedeutung sein. Weiterhin spielt dieser Grundsatz vor dem Hintergrund der Frage nach der Bindung der Gerichte an bestimmte Regelwerke bzw. genereller Tatsachen und deren gerichtlichen Kontrolle eine wichtige Rolle[198]. In dieser Arbeit wird auch thematisiert, in welchen Fällen das *BSG* im Rahmen der Feststellung genereller Tatsachen im Krankenversicherungsrecht und im Vertragsarztrecht die aufgeführten Verfahrensgrundrechte[199] verletzt und wie Rechtsschutz dagegen erlangt werden kann[200].

Im nächsten Kapitel wird sich der Anwendung von Rechtsnormen zugewandt (C.).

194 Siehe: I. I.
195 B. II. 2. b.
196 Siehe: C. II. 1. b. ee. (2) (ii).
197 Siehe: C. II. 2. b.
198 Siehe insbesondere: F. IV. 1. c.
199 B. II. 4.
200 Siehe: I. II.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748968867 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

C. Anwendung von Rechtsnormen

In diesem Teil ist zu klären, was im weiteren Verlauf dieser Arbeit unter Recht bzw. Rechtsnormen zu verstehen ist (I.). und wie diese angewandt werden (II.). Außerdem ist auf die für diese Arbeit wichtige Abgrenzung zwischen Rechtsfragen und Tatsachenfragen einzugehen (III.).

I. Rechtsnormen

Um aufzuarbeiten, was Rechtsnormen sind, ist zunächst eine rechtsphilosophische Einordnung (1.) geboten. Zudem ist zu klären, was normativ-verbindliche Rechtsnormen und Rechtssätze sind (2.). Sodann sind nicht normativ-verbindliche Aussagesätze von Rechtsnormen abzugrenzen (3.).

1. Rechtsphilosophische Einordnung

a. Sein und Sollen

Was unter Recht zu verstehen ist, ist längst nicht eindeutig geklärt. Es gibt eine Fülle möglicher Definitionen[201]. Passend erscheint die Feststellung von *Immanuel Kant* (1724-1804), welcher wie folgt ausführte: „Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe *vom* (Hervorhebung im Original) Recht."[202] Wenn im Folgenden von Recht oder Rechtsnormen gesprochen wird, ist grundsätzlich das positive Recht gemeint, welches von außerrechtlichen Elementen abzugrenzen ist.[203] Zu unterscheiden sind also Sollensgesetze (Sollensnormen) von Seins- oder Naturgesetzen (Seinsnormen). Sollensgesetze beschreiben keine Tatsachen, sondern sind a priori

201 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 48 ff. m.w.N.; *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 2.1 Rn. 2 ff.; *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, S. 29 f.; *Hart,* Der Begriff des Rechts, S. 26 ff.

202 *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, Band 2, B 759/A731 Anmerkung (S. 625).

203 *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 92 f.; *Zippelius,* Rechtsphilosophie, S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

durch die Vernunft[204] bestimmt und ordnen konkrete Rechtsfolgen an. Die physische „Welt des Seins" beschreibt tatsächlich vorhandene oder empirisch nachgewiesene Beziehungen zwischen Dingen und Vorgängen, also Tatsachen. In diesem Bereich geht es um vom Menschen nicht beeinflussbare Gesetzmäßigkeiten in den Naturwissenschaften. Zu der Welt des Seins gehören auch Dinge und Vorgänge, z.B. Gefühlsreaktionen oder Denkvorgänge in der Psyche eines Menschen.[205] Wenn aus empirischen oder physischen Seinssätzen auf Sollenssätze geschlossen wird, wird von einem Sein-Sollen-Fehlschluss gesprochen, weil es keinen logischen oder unmittelbaren Übergang von deskriptiven zu normativen Aussagen gibt.[206] So erkannte der schottische Philosoph *David Hume* als erster, dass aus Seinsgesetzen keine Sollensgesetze abgeleitet werden können.[207] *Kant* griff diese Unterscheidung zwischen Sein und Sollen auf und stellte fest, dass es „[…] höchst verwerflich […]" sei, aus der Empirie rechtliche Verbindlichkeiten abzuleiten.[208] *Hans Kelsen,* (1881-1973), einer der bedeutendsten Rechtswissenschaftler des 20. Jahrhunderts[209], schloss sich dieser Ansicht *Kants* an und lehnte eine Vermischung zwischen Sein und Sollen ebenfalls ab. Die beiden Kategorien des Seins und des Sollens seien strikt voneinander zu trennen.[210] *Kelsen* stellte fest, „[…] daß daraus, daß etwas ist, nicht

204 *Kant* unterscheidet zwischen Vernunftprinzipien und Naturgesetzen (*Kant*, Kritik der reinen Vernunft, Band 2, B 570, 571/A 542, 543 ff. (S. 495 ff.).

205 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 95 und 468; *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.2.2 Rn. 114; *Zippelius,* Rechtsphilosophie, S. 12; *Zippelius,* Juristische Methodenlehre, S. 2; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 92; *Röhl/Röhl,* Allgemeine Rechtslehre, S. 129 ff.; *Popper,* Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Band I, S. 69 ff.; *Gröschner,* JZ 1985, S. 170, 170; *Zippelius*, in: Kunst/Grundmann, Evangelisches Staatslexikon, Band II, Rechtsphilosophie S. 2728; *Nelson,* Die Rechtswissenschaft ohne Recht, S. 11; Ausführlich zum Unterschied zwischen Sein und Sollen etwa: *Henkel,* Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 20 ff.

206 *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.2.1 Rn. 101 und 103; *Röhl/Röhl,* Allgemeine Rechtslehre, S. 129.

207 *Hume*, Ein Traktat über die menschliche Natur, Band II: Buch III. Teil I. S. 211 f.; *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.2.1 Rn. 101 f.; *Weinberger,* Rechtslogik, S. 225 f.

208 *Kant,* Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 387 f. (S. 3 ff.); *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, Band 1, B 375, 376/A 318, 319 (S. 325); *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.2.2 Rn. 114 f. und Kapitel 4.1.3.2 Rn. 173.

209 *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.3.2 Rn. 173; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 476.

210 *Kelsen,* Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, I. 5 ff. (S. 27 ff.) und V. 196 (S. 346 f.); *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheo-

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

folgen kann, daß etwas sein soll, so wie daraus, daß etwas sein soll, nicht folgen kann, daß etwas ist […]."[211] Laut *Kelsen* versuche beispielsweise die „Soziologie des Rechtes" bzw. die Rechtssoziologie, das Recht als einen Teil der sozialen Wirklichkeit zu verstehen. Die Rechtssoziologie als Tatsachenwissenschaft gehe induktiv vor, erfasse Tatsachen und folgere daraus Erklärungen oder Regeln für das menschliche Zusammenleben (soziale Regeln oder Regeln des Rechtslebens). Demgegenüber gehe es der normativen Rechtswissenschaft nicht darum, Erkenntnisse darüber zu gewinnen, was ist, sondern darüber, was aufgrund von Rechtsnormen sein soll.[212] Die konsequente Trennung zwischen Sein und Sollen ist nicht allgemein anerkannt. Es werden Ansichten vertreten, nach denen diese beiden Kategorien gleichgesetzt werden oder eine Trennung geleugnet wird[213].[214] Eine solche Sichtweise widerspricht der Existenz und den Aufgaben der Rechtsdogmatik, welche das positive Recht als Bezugspunkt hat und dieses abgeschirmt von Seinsnormen erklären will. Die Rechtsdogmatik schließt jedoch nicht aus, dass beide Bereiche auch in Beziehung zueinander stehen. Denn eine rechtsdogmatische Vorgehensweise beurteilt einzelne Ausschnitte aus dem Seinsbereich nach einzelnen Normen aus dem Sollensbereich.[215] Anknüpfend an die Trennung der beiden Kategorien des Seins und des Sollens wird nachfolgend auf den juristischen Positivismus (b.) und das Naturrecht (c.) eingegangen.

b. Juristischer Positivismus

Mit dem juristischen Positivismus ist an dieser Stelle der Gesetzes- und Richterpositivismus gemeint (bb.). Zur Hinführung zum juristischen Posi-

---

rie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.3.2 Rn. 173; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 69 und 71; *Zippelius,* Rechtsphilosophie, S. 12; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 476.

211 *Kelsen,* Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, I. 5 (S. 29) und V. 196 (S. 346).

212 *A.a.O.,* I. 3 ff. (S. 25 ff.); *Kelsen*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Kelsen/Ehrlich, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft, S. 3, 4 f.

213 So z.B.: *Geiger,* Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, S. 237 und 242 ff.

214 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 96 m.w.N.; *Popper,* Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Band I, S. 70 f.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 44 f.

215 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 44 f.; *Starck*, JZ 1972, S. 609, 612.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tivismus wird zunächst der philosophische Positivismus in knapper Form erläutert (aa.). Der rechtswissenschaftliche Positivismus und der naturrechtliche Positivismus werden dabei ausgeklammert.[216]

aa. Der philosophische Positivismus

Der philosophische Positivismus ist zurückzuführen auf *Auguste Comte* (1798-1857)[217], welcher wissenschaftlich gesicherte Aussagen nur aus logisch-mathematischen Denkmustern erlaubte. Die Wissenschaft sollte von jeglichen externen oder metaphysischen Einflüssen wie z.B. gewissen Werten, theologischen oder politischen Zwecken abgegrenzt werden.[218] Diese Erkenntnistheorie reduziert das Erkennbare, also die „Welt", auf Tatsachen, also auf all jenes, was empirisch bewiesen werden kann. Dieser klassische Positivismus spricht wie die Rechtswissenschaft von Gesetzen. Hierbei muss jedoch beachtet werden, dass darunter Seins- oder Naturgesetze zu verstehen sind. Diese Gesetze, wie sie der philosophische Positivismus versteht, beschreiben also ein Sein und können niemals ein Sollen vorschreiben.[219]

bb. Der Gesetzes- und Richterpositivismus

Der Gesetzes- und Richterpositivismus ist ein Ausfluss des philosophischen Positivismus. Mitte des 19. Jahrhunderts wurden die Gedanken des philosophischen Positivismus auf die Rechtswissenschaft übertragen. Den Stellenwert, welchen Tatsachen für den philosophischen Positivismus einnahmen, hatten nun Gesetze für die Rechtswissenschaft.[220] Der Gesetzes- und Richterpositivismus geht davon aus, dass Recht allein das verfassungsgemäß

216 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 492.
217 Kritisch zu *Comte* etwa: *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 467 ff. und *Kołakowski*, Die Philosophie des Positivismus, S. 82 ff.
218 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 466 ff. und 492; *Kołakowski*, Die Philosophie des Positivismus, S. 66 ff. und 83 f.; *Zippelius*, in: Kunst/Grundmann, Evangelisches Staatslexikon, Band II, Rechtsphilosophie S. 2725.
219 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 468; *Mayer*, Der Tractatus als System, in: Vossenkuhl, Ludwig Wittgenstein: Tractatus logico-philosophicus, S. 11, 13 f.
220 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 470 und 492.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erlassene Gesetz, also das positiv gesetzte Recht, ist.[221] Juristische Entscheidungen kämen demnach durch logisches Ableiten aus Rechtsnormen zustande.[222] Der Gesetzgeber ist somit bei der Verabschiedung von Gesetzen an keine Gerechtigkeitsprinzipien oder ethischen Grundsätze gebunden. Eine Kontrolle oder Bewertung der Gesetze hinsichtlich solcher Prinzipien oder Grundsätze ist demnach auszuschließen.[223] Weiterhin ist eine Rechtsnorm nur als Rechtsnorm anerkannt und für die Gesellschaft verbindlich, das positive Recht beansprucht also Geltung, wenn es von einer staatlich übergeordneten Stelle aufgrund einer zur Normsetzung ermächtigenden Norm gesetzt worden ist.[224] Lediglich das positiv gesetzte Recht könne ein Sollen anordnen.[225] Demzufolge ist das positive Recht zu befolgen. Gerechtigkeitsempfindungen, moralische, ethische oder religiöse Prinzipien des Rechtsanwenders sind auszuklammern und das Recht von derartigen Prinzipien zu trennen.[226] Nicht durch das Gesetz geregelte Angelegenheiten sind folglich auch rechtlich unbedeutend.[227] Der Rechtspositivismus vertritt also einen Rechtsbegriff, welcher von jeglichen metaphysischen Einflüssen von Moralsystemen zu trennen ist. Wird dieser Ansicht streng gefolgt, sind auch moralwidrige, ungerechte und sogar verbrecherische Gesetze als gel-

221 *A.a.O.,* Rn. 471 und 492; *Bergbohm,* Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, S. 52; *Kaufmann,* Analogie und „Natur der Sache", S. 2; *Hart,* Recht und Moral, S. 15 ff.; *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.3 Rn. 152.

222 *Zippelius*, in: Kunst/Grundmann, Evangelisches Staatslexikon, Band II, Rechtsphilosophie S. 2724.

223 So etwa das *Reichsgericht (RG)* im Jahr 1927, in welchem dieses ausführte, dass der Gesetzgeber selbstherrlich und an keine anderen Schranken gebunden sei, als diejenigen, die er sich selbst in der Verfassung oder in anderen Gesetzen gezogen habe (*RG,* Urteil vom 04.11.1927 – III 60/27, juris (RGZ 118, 325, 327); *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 471; *Hart,* Recht und Moral, 15 ff.

224 *Kelsen,* Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, V. 197 (S. 348); *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.3.2 Rn. 174.

225 *Kelsen,* Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, V. 196 f. (S. 346 ff.); dazu passend ordnet *Kelsen* das positive Recht dem Begriff des Sollens zu (*Kelsen,* Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, III. 21 (S. 32 f.)); *Zippelius,* Rechtsphilosophie, S. 12*; Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 252.

226 *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 24 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 471 und 474; *Eichenhofer,* SGb 2021, S. 275, 275.

227 *Kaufmann,* Analogie und „Natur der Sache", S. 2 f.; *Bergbohm,* Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, S. 375 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tende Gesetze zu bezeichnen, vorausgesetzt sie wurden in einem rechtmäßigen Gesetzgebungsverfahren erlassen.[228] Einer der bekanntesten Vertreter rechtspositivistischer Ansichten ist der bereits erwähnte *Kelsen,* welcher mit seiner Reinen Rechtslehre[229] den Gesetzespositivismus vertrat.[230] Laut *Kelsen* kann die Rechtswissenschaft ihrem Anspruch als Normwissenschaft nur gerecht werden und unabhängig sein von beispielsweise wirtschaftlichen, politischen Interessen oder naturwissenschaftlichen Elementen, wenn sie sich „reinhält" von anderen Disziplinen, wie beispielsweise der Soziologie oder der Psychologie und eine Vermischung mit metaphysischen Elementen vermeidet.[231]

c. Naturrecht

aa. Positives Recht versus Naturrecht

Im Zusammenhang mit dem Begriff des „Naturrechts" werden auch Begriffe wie „Naturgesetz", „göttliches Recht", „ewiges Gesetz" oder „Vernunftrecht" aufgeworfen.[232] Nachfolgend wird der Begriff des „Naturrechts" verwendet, da dieser am ehesten verdeutlicht, dass damit Recht gemeint ist, welches unabhängig von positiv gesetztem Recht gültig ist und damit nicht von einem Gesetzgeber oder dem Staat gesetzt wurde, sondern in der bestehenden Weltordnung, in der Natur der Sache oder in der Natur

228 Den Rechtspositivismus vertretend: *Hart,* Recht und Moral, S. 39 ff. oder *Kelsen,* Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, II. 68 f. (S. 132 ff.) und V. 201 (S. 354); weiterhin dazu: *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 474; *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 24; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 72 f.

229 *Kelsen, Hans,* Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, hrsg. von Jestaed, Matthias, Studienausgabe der 1. Auflage 1934, Tübingen 2008 und *Kelsen, Hans,* Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, hrsg. von Jestaed, Matthias, Studienausgabe der 2. Auflage 1960, Tübingen 2017.

230 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 472; kritisch zu *Kelsens* Reiner Rechtslehre z.B. *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 73 ff.

231 *Kelsen,* Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, Vorwort zur ersten Auflage III. (S. 3) und I. 1 (S. 21 f.); *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 70 und 72; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 476 und 479.

232 *Höffe,* Gerechtigkeit, S. 40; *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.1 Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Menschen verankert ist. Das Naturrecht versucht die grundsätzliche Frage zu beantworten, ob in der Natur des Menschen oder der Natur der Sache, also im Seienden (Seinsgesetze), ein Maßstab des Richtigen für das positive Recht, also für das Gesollte (Sollensgesetze), zu finden ist.[233] Der Grundgedanke, weshalb es ein Naturrecht oder eine überpositive Kontrollinstanz geben sollte, ist darauf zurückzuführen, dass es in der Vergangenheit gesetzliches oder staatliches Unrecht[234] gab und in der Zukunft geben könnte.[235] Unerträgliche Beispiele hierfür sind im Nationalsozialismus zu finden.[236] Das Naturrecht folgert aus empirischen Beobachtungen oder Tatsachen normative Verbindlichkeit.[237] Weiterhin gehen einige Vertreter der Naturrechtslehre[238] davon aus, dass das Naturrecht dem positiven Recht übergeordnet sei. Ist das positive Recht nicht im Einklang mit dem Naturrecht oder verstößt dagegen, so verliere dieser Auffassung folgend das positive Recht seine Gültigkeit.[239] Das Naturrecht kann jedoch auch in negativer Weise eingesetzt werden. So wurde mit dem Naturrecht in der Antike bereits in *Platons Gorgias* gerechtfertigt, dass es in der Natur der Sache liege, dass jeglicher Besitz dem Stärkeren gehöre. Diese Ansicht führt der Sophist *Kallikles* in *Platons* (427 bis 337 vor Christus) Dialog Gorgias aus.[240] *Aristoteles* (384–322 vor Christus) folgerte aus dem Natur-

233 So schon: *Aristoteles,* Nikomachische Ethik, Fünftes Buch 1134b (S. 178 ff.); *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 95 und 263 und 411; *Höffe,* Gerechtigkeit, S. 41; *Zippelius,* Rechtsphilosophie, S. 72; *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.1 Rn. 8 f. und 11; *Ellscheid,* Strukturen naturrechtlichen Denkens, in: Hassemer/Neumann/Saliger, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 143, 185 f.

234 So *Radbruch* in einem viel beachteten Aufsatz in der Süddeutschen Juristen-Zeitung im Jahr 1946 (*Radbruch,* SJZ 1946, S. 105, 105 ff.).

235 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 262; *Höffe,* Gerechtigkeit, S. 41; *Dreier,* JZ 1997, S. 421, 421 ff.; *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 11.

236 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 262; *Rüthers,* NJW 1988, S. 2825, 2826 ff.

237 *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.2.2 Rn. 114.

238 Vertreter dieser Lehre sind aus der Antike z.B. *Marcus Tullius Cicero* (106-43 vor Christus) (*Cicero*, Der Staat, De re publica, Drittes Buch (S. 247)), *Augustinus Aurelius* (354-430) (*Augustinus*, De libero arbitrio, 1. Buch, 33. ff. (S. 87 ff.)) oder aus dem Mittelalter *Thomas von Aquin* (1225-1274) (*von Aquino*, Summe der Theologie, 95. Untersuchung, 2. Artikel (S. 473 ff.)).

239 *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.1 Rn. 14, Kapitel 4.1.1.1 Rn. 47 ff., Kapitel 4.1.1.2 Rn. 53 ff. und Kapitel 4.1.1.3 Rn. 61 ff.; *Zippelius,* Rechtsphilosophie, S. 32.

240 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 96; *Platon*, Gorgias, 484 a ff. (S. 47).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

recht, dass Frauen im Vergleich zu den Männern „geringerwertig" seien und von diesen beherrscht würden[241]. Weiterhin sah *Aristoteles* im Sklaven ein „beseeltes Werkzeug"[242].[243] Auch im Nationalsozialismus wurde das Naturrecht fehlinterpretiert und zu menschenverachtenden und verwerflichen Zwecken missbraucht, indem das deutsche Volk als eine höherwertige Lebensform dargestellt wurde, welches die Fortpflanzung von Menschen minderwertigen Erbguts zu verhindern hätte.[244] *Gustav Radbruch*, ehemaliger Justizminister in der Weimarer Republik und Rechtsphilosoph[245], kann zwar nicht zu den klassischen Anhängern der Naturrechtslehre gezählt werden[246], weil strittig ist, ob *Radbruch* bereits vor der Zeit des Nationalsozialismus Naturrechtler war[247], oder ob er aufgrund der unzähligen verbrecherischen Gesetze[248] des nationalsozialistischen Unrechtsstaats eine Wandlung vom Rechtspositivisten[249] hin zum Naturrechtler vollzogen hat[250]. Gesagt werden kann jedoch, dass auf *Radbruch* die sogenannte Radbruchsche Formel zurückgeht.[251] Dieser Formel folgend habe aus Gründen der Rechtssicherheit das positive Recht grundsätzlich Vorrang vor dem Naturrecht, auch wenn das positive Recht sachlich ungerecht sei. *Radbruch* führt jedoch weiter aus, dass das nicht für unerträglich ungerechte Gesetze gelte, welche als „unrichtiges Recht" der Gerechtigkeit zu weichen hätten und demzufolge ungültig seien. Weiterhin definiert *Radbruch* das positive

241 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Achtes Buch 1160 b-1161 a (S. 270 f.) und *Aristoteles*, Politik, Buch I Kapitel 5 1254 b (S. 11).
242 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Achtes Buch 1161 b (S. 273).
243 *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.1 Rn. 15 und Kapitel 4.1.1.1 Rn. 16 ff.
244 *Widmann,* in: Benz/Graml/Weiß, Enzyklopädie des Nationalsozialismus, Sozialdarwinismus, S. 805 f.; *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 30; eine etwas differenziertere Ansicht ist bei *Uwe Wesel* zu finden, welcher neben dem Naturrecht auch den Positivismus in dem aufgezeigten Zusammenhang nennt (*Wesel,* Juristische Weltkunde, S. 158 f.).
245 *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 12.
246 *Kaufmann,* Rechtsphilosophie, S. 41 f. m.w.N.; *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 12.
247 Dafür z.B.: *Dreier/Paulson,* Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs, in: Dreier/Paulson, Gustav Radbruch Rechtsphilosophie, S. 237, 243.
248 *Rüthers,* NJW 1988, S. 2825, 2825 ff.
249 Rechtspositivistische Ansichten *Radbruchs* sind z.B. bei *Radbruch,* Rechtsphilosophie, § 10 S. 178 oder *Radbruch*, § 10 Die Geltung des Rechts, in: Dreier/Paulson, Gustav Radbruch Rechtsphilosophie, § 10 S. 83 f. zu finden.
250 Dafür z.B. *Hart,* Recht und Moral, S. 40 oder *Lindner*, JURA 2016, S. 8, 14.
251 *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 12; *Lindner*, JURA 2016, S. 8, 14.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Recht als eine Ordnung, welche den Sinn habe, der Gerechtigkeit zu dienen.[252] Kritisch gesehen werden kann, dass die Radbruchsche Formel positives Recht und moralische Fragen miteinander vermischt.[253] *Robert Alexy* folgend, steige die Erkenntnis an, dass es sich um ein evident[254] ungerechtes Gesetz handele, je extremer die Ungerechtigkeit sei.[255] Die Anhänger der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus sind sich darüber einig, dass unerträglich ungerechte Gesetze aus moralischer Sicht nicht zu befolgen seien. Entgegen einer rechtspositivistischen Ansicht ist *Radbruch* jedoch der Meinung, dass Sanktionen aufgrund dieses Ungehorsams rechtswidrig seien.[256]

bb. Verrechtlichtes Naturrecht

Wenn nach naturrechtlichen Einflüssen im positiven Recht gefragt wird, können Grund- und Menschenrechte Antworten liefern. So ist Naturrecht, welches positiv gesetzt wurde, insbesondere in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte aus dem Jahr 1948 (AEMR[257]), in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh[258]), in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK[259]) oder im GG zu finden.[260] Das deutsche Grundgesetz enthält einige juristische Instrumente, um sich gegen Gesetze zur Wehr zu setzen, welche verfassungswidrig sein könnten, so z.B. die Verfassungsbeschwerde

252 *Radbruch,* SJZ 1946, S. 105, 107.
253 So etwa: *Hart,* Recht und Moral, S. 39 ff. oder *Kelsen*, welcher das Naturrecht ablehnt (*Kelsen,* Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, II. 402 ff. (S. 687 ff.)).
254 *BVerfG,* Beschluss vom 14.02.1968 – 2 BvR 557/62, juris-Rn. 30.
255 *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, S. 90 f.; *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 16.
256 *Radbruch,* SJZ 1946, S. 105, 107; *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 24 f.
257 UN-Dokument A/RES/217 A (III).
258 Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 07.06.2016 (ABl. EU C 202/389).
259 Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in der Fassung vom 22.10.2010 (BGBl. II, S. 1198), zuletzt geändert durch 15. EMRK-Protokoll vom 24.06.2013 (BGBl. 2014 II, S. 1034, 1035).
260 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 262 und 264 f. und 269 und 411; *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.1 Rn. 15 und Kapitel 5.2 Rn. 29 und 32.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gemäß Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG[261] sowie die konkrete (Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 80 ff. BVerfGG[262]) und die abstrakte Normenkontrolle (Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 und 2a GG, §§ 76 ff. BVerfGG[263]).[264] Darüber hinaus ist in Art. 20 Abs. 4 GG das Widerstandsrecht verankert, welches allen Deutschen das Recht einräumt, sich z.B. gegen unerträglich ungerechte Gesetze zur Wehr zu setzen und damit die Verfassung zu schützen.[265] Das Sozialrecht, welches Ausfluss des Sozialstaatsprinzips gemäß Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG ist, zielt auf den Ausgleich von Ungleichheiten bzw. die Sicherung der menschlichen Existenz in Würde, insbesondere durch den Staat, ab und kann als verrechtlichtes Naturrecht angesehen werden.[266] *Radbruch* führt zum Sozialrecht folgendermaßen aus: „[…] Indem das soziale Recht die gesellschaftliche Differenziertheit der Einzelnen, ihre soziale Macht- und Ohnmachtstellung sichtbar macht und dadurch ihre Berücksichtigung durch das Recht, die Stützung sozialer Ohnmacht und die Beschränkung sozialer Übermacht allererst ermöglicht, setzt es an Stelle des liberalen Gedankens der Gleichheit den sozialen Gedanken der Ausgleichung, bringt es an Stelle der kommutativen die distributive Gerechtigkeit zur Geltung, ersetzt es, da die Ausgleichung durch die distributive Gerechtigkeit notwendig eine übergeordnete Stelle über den Einzelnen voraussetzt, die Selbsthilfe durch Hilfe der organisierten Gesellschaft, insbesondere Staatshilfe."[267] In der Rechtsprechung oberster Gerichtshöfe, z.B. des *Bundesgerichtshofs*

261 Siehe bereits in Bezug auf Verfahrensgrundrechte: B. II. 4.
262 Siehe näher dazu unten: C. I. 2. e. aa. (1).
263 Siehe dazu näher unten: C. I. 2. e. aa. (2).
264 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 264 und 269.
265 *A.a.O.,* Rn. 262 und 269; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 171 ff.; *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 32.
266 *Eichenhofer,* SR 2022, S. 170, 187 und 189 f.; *Eichenhofer,* SGb 2011, S. 511, 511.
267 *Radbruch*, § 16 Privates und öffentliches Recht, in: Dreier/Paulson, Gustav Radbruch Rechtsphilosophie, § 16 S. 124 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(*BGH*)[268] und des *BVerfG*[269] hat das Naturrecht bzw. die Radbruchsche Formel[270] ebenfalls Eingang gefunden.[271]

d. Zwischenergebnis

Der Rechtspositivismus[272] hat gegenüber dem Naturrecht[273] den Nachteil, dass das positive Recht befolgt werden muss, ohne dass sich der Rechtsanwender kritisch mit diesem auseinandersetzen kann. Moralische Korrektheit und politisches Verantwortungsbewusstsein sind außerhalb des Rechts angesiedelt.[274] Rechtspositivismus und Naturrecht sollten nicht als sich ausschließende, sondern als sich gegenseitig ergänzende Positionen wahrgenommen werden.[275] Rechtliches Handeln aufgrund von rechtlichen Vorschriften hat sich insofern nicht an naturrechtlichen Überlegungen zu orientieren, jedoch kann es daran gemessen werden.[276] Eine absolute Trennung zwischen positivem Recht und Naturrecht ist also nicht zielführend. Das positive Recht ist in Anlehnung an *Heinrich Henkel* nicht komplett iso-

268 *BGH,* Gutachten vom 25.01.1952 – VRG 5/51, juris-Rn. 6; *BGH Großer Senat für Zivilsachen,* Beschluss vom 10.06.1952 – GSZ 2/52, juris-Rn. 36; *BGH,* Urteil vom 11.02.1953 – II ZR 51/52, juris-Rn. 14 ff.; *BGH,* Urteil vom 19.02.1953 – III ZR 208/51, juris-Rn. 25; *BGH Großer Senat für Strafsachen,* Beschluss vom 17.02.1954 – GSSt 3/53, juris-Rn. 10 ff.; *BGH Großer Senat für Zivilsachen,* Beschluss vom 20.05.1954 – GSZ 6/53, juris-Rn. 75; *BGH Großer Senat für Zivilsachen,* Beschluss vom 28.02.1955 – GSZ 4/54, juris-Rn. 17 ff.; eine Übersicht der Rechtsprechung des *BGH* dazu ist zu finden bei: *Weinkauff,* NJW 1960, S. 1689, 1689 ff.

269 *BVerfG,* Urteil vom 23.10.1951 – 2 BvG 1/51, juris-Rn. 154 und Leitsatz Nr. 27; *BVerfG,* Urteil vom 23.10.1952 – 1 BvB 1/51, juris-Rn. 37 f.; *BVerfG,* Urteil vom 01.07.1953 – 1 BvL 23/51, juris-Rn. 80; *BVerfG,* Urteil vom 17.12.1953 – 1 BvR 147/52, juris-Rn. 25; *BVerfG,* Urteil vom 18.12.1953 – 1 BvL 106/53, juris-Rn. 32; weitere Nachweise sind zu finden bei: *Müller, Gebhard,* Naturrecht und Grundgesetz, Zur Rechtsprechung der Gerichte, besonders des Bundesverfassungsgerichts, Würzburg 1967.

270 Explizit zur Radbruchschen Formel in der Rechtsprechung des BVerfG etwa: *BVerfG,* Beschluss vom 14.02.1968 – 2 BvR 557/62, juris-Rn. 30 f. und *BVerfG,* Beschluss vom 24.10.1996 – 2 BvR 1851/94, 2 BvR 1853/94, 2 BvR 1875/94, 2 BvR 1852/94, juris-Rn. 75 ff.

271 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 267; *Evers,* JZ 1961, S. 241, 241 ff.; *Dreier,* JZ 1997, S. 421, 421 ff.; *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 14 f.

272 C. I. 1. b.

273 C. I. 1. c.

274 *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 26.

275 *A.a.O.,* Rn. 34.

276 *Eichenhofer,* SGb 2021, S. 275, 275.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

liert von der realen Umwelt, also auch von außerrechtlichen Elementen wie beispielsweise medizinischen Forschungsergebnissen. Das positive Recht ist eingebettet in die „Ordnung des Seins" und das soziale Leben, für welches es gleichzeitig Geltung beansprucht[277].

2. Normativ-verbindliche Rechtsnormen und Rechtssätze

Nachfolgend wird nach dem Grund der Geltung des positiven Rechts gefragt. Fraglich ist also, weshalb Recht für sich überhaupt Geltung beansprucht[278]. Hierfür ist auf die staatliche Rechtsetzung (a.) auf der einen und die private Rechtsetzung (b.) auf der anderen Seite einzugehen. Sodann ist eine Unterscheidung zwischen Rechtsnormen und Rechtssätzen vorzunehmen (c.), um dann deren Struktur zu untersuchen (d.). Abschließend ist auf Normenkontrollverfahren (e.) einzugehen.

a. Staatliche Rechtsetzung

aa. Demokratisch legitimierte Entscheidung

Gesetzliche Vorschriften einer Rechtsordnung gelten und sind für die Gesellschaft, welche in dieser Rechtsordnung lebt, normativ-verbindlich, weil der Gesetzgeber aufgrund eines in der Verfassung[279] geregelten Verfahrens zur Normsetzung oder zur Anordnung der Geltung bestimmter Normen legitimiert bzw. ermächtigt ist.[280] Das Verfahren zur Rechtssetzung durch bestimmte Staatsorgane (Regierung und Parlament) ist in den Artt. 70 bis 82

277 *Henkel,* Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 27.

278 *Weinberger,* Rechtslogik, S. 259 f.; *Kelsen,* Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, V. 196 (S. 346).

279 Die Frage, weshalb die Verfassung gilt, beantwortet *Kelsen* mit einer fiktiven „Grundnorm". Diese „Grundnorm" bezeichnet laut *Kelsen* den letzten Grund der Geltung des positiven Rechts (*Kelsen,* Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, V. 198 ff. (S. 349 ff.). Diese Frage nach der Geltung der Verfassung ist eine rechtsphilosophisch sehr anspruchsvolle Frage, welche im Folgenden jedoch nicht weiter diskutiert werden muss. Weitere Nachweise und Kritik hierzu sind zu finden bei *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 478 f. und *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 74.

280 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 253; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 475; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 92.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

GG geregelt.[281] Gesprochen werden kann dann von einer demokratisch legitimierten politischen Entscheidung.[282] Das Kriterium der staatlichen Normsetzung durch bestimmte Staatsorgane ist das entscheidende Merkmal, um normativ-verbindliche Rechtsnormen von anderen Verhaltensregeln, Sitten oder Gebräuchen zu trennen.[283] Der Staat kann seine Macht zur Normsetzung auch auf andere staatliche oder private Akteure[284] übertragen. Die jeweiligen Stellen erlangen ihre Kompetenz zum Normerlass durch einen staatlichen Geltungsbefehl, wie z.B. eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage.[285]

bb. Beratung und Verkündung von Gesetzen

Im Folgenden werden Teilelemente eines Gesetzgebungsverfahrens dargestellt (Beratung von Gesetzen ((1)) sowie Verkündung von Gesetzen ((2))), welche für diese Arbeit von Bedeutung sein werden.

(1) Beratung von Gesetzen

Alle Vorlagen, welche im Bundestag beraten werden, werden als Drucksachen oder Bundestagsdrucksachen (BT-Drs.) herausgegeben, so insbesondere Gesetzesmaterialien bzw. Gesetzgebungsmaterialien.[286] Gemäß Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG gibt sich der Bundestag eine Geschäftsordnung. § 75 Abs. 1 Geschäftsordnung des Deutschen Bundestags (GO-BT[287]) listet auf, welche Vorlagen als Verhandlungsgegenstand auf die Tagesordnung des Bundestages gesetzt werden können, so z.B. Gesetzentwürfe gemäß § 75 Abs. 1 lit. a GO-BT, welche in drei Beratungen im Bundestag behandelt werden (§ 78 Abs. 1 S. 1 GO-BT).[288]

281 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 55 und 224 f.
282 *Keller,* SGb 2003, S. 254, 254; zum Demokratieprinzip, siehe: B. III.
283 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 55 ff.
284 Dazu gleich unten: C. I. 2. b.
285 *Axer,* Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, S. 50; *Nusser/Spellbrink*, SGb 2017, S. 550, 554 f.
286 *Deutscher Bundestag*, Drucksachen, Internetquelle.
287 Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages vom 25.06.1980 (BGBl. I, S. 1237), zuletzt geändert durch Beschluss des Bundestages vom 22. 02.2024 (BGBl. I, Nr. 64).
288 *Ossenbühl,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 102 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Verkündung von Gesetzen

Wenn ein Gesetz zustande gekommen ist, wird es vom Bundespräsidenten gegengezeichnet und ausgefertigt (Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG). Sodann folgt die rechtswirksame Verkündung dieser Rechtsnormen im Bundesgesetzblatt (BGBl.). Diese ist in Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG geregelt.[289] Gemäß § 60 S. 1 Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO[290]) leitet das Bundespräsidialamt das von der Bundespräsidentin oder dem Bundespräsidenten ausgefertigte Gesetz der Schriftleitung des Bundesgesetzblattes zur Verkündung im Bundesgesetzblatt zu. Bis zum 31.12.2022 erfolgte die amtliche Bekanntgabe von Gesetzen in den gedruckten Bundesgesetzblättern und zudem in elektronischer Form im Bundesanzeiger[291]. Seit dem 01.01.2023 erfolgt diese ausschließlich in elektronischer Form unter www.recht.bund.de[292]. Die Verkündung dient der Wahrung des Rechtsstaatsprinzips gemäß Art. 20 Abs. 3 GG und der Information des Volks, damit dieses erkennen kann, was geltendes Recht ist[293]. Die Verkündung ist zwingender Bestandteil des Gesetzgebungsverfahrens und Voraussetzung für die Geltung von Gesetzen. Die Geltung, also der Zeitpunkt der Anwendung, ist davon zu unterscheiden. Diese tritt erst mit Inkrafttreten des Gesetzes ein[294].

b. Private Rechtsetzung

Neben Normen, die durch staatliche Rechtsetzung zustande kommen, gibt es verbindliche Rechtsnormen, welche durch private Akteure im Rahmen privater Rechtsetzung erlassen werden. Damit sind z.B. Tarifverträge zwi-

289 *Pieper*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 82 Rn. 21 m.w.N.

290 Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien vom 26.07.2000 (GMBl. S. 526), zuletzt geändert durch Art. 1 des Beschlusses vom 15.05.2024 (GMBl. S. 386).

291 *BMJV*, Archiv des Bundesgesetzblatts vor dem Jahr 2023, Internetquelle; *BMJV*, Inhalte, Internetquelle; der Bundesanzeiger wird vom *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz* (*BMJV*) herausgegeben und ist das amtliche Bekanntmachungs- und Verkündungsorgan der Bundesrepublik Deutschland (*BMJV*, Was ist der Bundesanzeiger?, Internetquelle).

292 *BfJ*, Verkündung, Internetquelle.

293 *BVerfG,* Beschluss vom 22.11.1983 – 2 BvL 25/81, juris-Rn. 36 m.w.N.

294 *BVerfG,* Beschluss vom 22.03.1983 – 2 BvR 475/78, juris-Rn. 43; *BVerfG,* Beschluss vom 14.05.1986 – 2 BvL 2/83, juris-Rn. 85 ff.; *Pieper*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 82 Rn. 21; *Kissel,* Internet statt Bundesgesetz„blatt"?, in: Söllner et al., Gedächtnisschrift Heinze, S. 461, 461 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden gemäß §§ 1, 2 und 4 Tarifvertragsgesetz (TVG[295]) und Betriebsvereinbarungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber gemäß § 77 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG[296]) angesprochen. Die Verfassung schützt und befürwortet diese Art der privaten Rechtsetzung im Rahmen der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 GG. Diese Normen gelten dann innerhalb der jeweiligen Organisation oder für die jeweiligen Adressaten dieser Rechtsvorschriften.[297]

c. Rechtsnormen und Rechtssätze

aa. Rechtsnormen

(1) Begriffsbestimmung

(i) Formelle und materielle Gesetze

Rechtsnormen sind Gesetze und stellen insgesamt das Recht dar.[298] Unter Gesetzen im materiellen Sinne sind alle existierenden Rechtsnormen zu verstehen. Materielle Gesetze erzeugen unmittelbare Rechte und Pflichten für die Bürger[299]. Dazu gehören formelle Gesetze bzw. Parlamentsgesetze, welche in einem in der Verfassung geregelten Gesetzgebungsverfahren[300] zustande gekommen sind. Das können Bundes- und Landesgesetze sein. Materielle Gesetze sind ebenso Rechtsverordnungen und Satzungen.[301]

295 Tarifvertragsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.08.1969 (BGBl. I, S. 1323), zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes vom 20.05.2020 (BGBl. I, S. 1055).

296 Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.09.2001 (BGBl. I, S. 2518), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 19.07.2024 (BGBl. I, Nr. 248).

297 *Kirchhof,* Private Rechtsetzung, S. 52 f. und 107 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 56 und 229 ff.; *Wolff/Stephan,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 9 Rn. 13; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 13 Rn. 38 ff.; *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, S. 50.

298 *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 2 Rn. 19; *Weber,* in: Weber, Rechtswörterbuch, Gesetz Rn. 1; *Ossenbühl,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 100 Rn. 1.

299 *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 2 Rn. 18.

300 C. I. 2. a.

301 *Weber,* in: Weber, Rechtswörterbuch, Gesetz Rn. 1 und 3; *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 2 Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtsverordnungen und Satzungen zählen jedoch nicht zu den formellen Gesetzen, weil sie nicht in einem parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren zustande gekommen sind. Sie sind ausschließlich Gesetze im materiellen Sinne.[302] Rechtsverordnungen[303] werden aufgrund einer formellgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage von der *Bundesregierung*, einem *Bundesminister* oder den *Landesregierungen* erlassen (Art. 80 Abs. 1 GG). Sie enthalten normativ-verbindliche Regelungen für die in der jeweiligen Verordnung angesprochenen Normadressaten und binden zudem die Gerichte.[304] Hinsichtlich des oben dargestellten Wesentlichkeitsgrundsatzes[305] ist zu sagen, dass eine Delegation zum Normerlass durch eine gesetzliche Ermächtigung grundsätzlich ausgeschlossen ist, wenn eine Entscheidung als wesentlich eingestuft wird. Das bedeutet jedoch nicht, dass ergänzende Rechtsverordnungen gänzlich ausgeschlossen sind. Jedoch gelten hier eng umrissene Regeln.[306] Deshalb ist in Bezug auf den Erlass von Rechtsverordnungen in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG ein spezielles Bestimmtheitsgebot[307] zu finden. So müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß in der Ermächtigungsgrundlage im Gesetz bestimmt werden. So darf sich der Gesetzgeber auch bei der Delegation zum Normerlass nicht seiner Verantwortung entziehen und muss bereits in der Ermächtigungsgrundlage klar ausführen, was durch die Rechtsverordnung geregelt werden soll.[308] Satzungen[309] werden von einem Hoheitsträger mittelbarer Staatsverwaltung mit Satzungskompetenz, also z.B. Körperschaften des öffentlichen Rechts, erlassen. Dazu gehören z.B. gesetzliche Krankenkassen, Landkreise und Gemeinden (Art. 28 GG) oder

302 *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 2 Rn. 19 f.; *Weber,* in: Weber, Rechtswörterbuch, Gesetz Rn. 3*; Michael/Morlok,* Grundrechte, § 43 Rn. 821.

303 Dazu ausführlich: *Ossenbühl,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 103.

304 *A.a.O.,* Rn. 1; *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 2 Rn. 19.

305 B. II. 2. a. bb.

306 *BVerfG*, Urteil vom 19.09.2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15, juris-Rn. 195 m.w.N; *Brenner*, in: von Mangoldt, GG, Band 2, Art. 80 Rn. 37.

307 Siehe dazu: B. II. 3.

308 *BVerfG,* Beschluss vom 08.01.1981 – 2 BvL 3/77, 2 BvL 9/77, juris-Rn. 41; *BVerfG*, Urteil vom 19.09.2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15, juris-Rn. 199 ff. m.w.N.; *Ossenbühl,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 103 Rn. 20; in Bezug auf die Voraussetzungen an die sogenannte Subdelegation gemäß Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG, also die Weiterübertragung der Ermächtigung zum Normerlass: *BVerfG*, Urteil vom 19.09.2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15, juris-Rn. 206 ff.

309 Zum Satzungsrecht: *Ossenbühl,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 105.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auch Universitäten und Hochschulen.[310] Im Hinblick auf den Vorbehalt des Gesetzes[311] ist zu sagen, dass untergesetzliche Normen wie Rechtsverordnungen und Satzungen[312] auf einer formellen gesetzlichen Grundlage beruhen müssen.[313]

(ii) Formelles und materielles Recht

Gesetze wurden bereits mit Blick auf die jeweilige erlassende Stelle unterschieden.[314] Dazu ergänzend ist eine Unterscheidung nach der jeweiligen inhaltlichen Vorgabe einer Rechtsnorm vorzunehmen. So können Rechtsnormen in der Gestalt von Verfahrensvorschriften in Erscheinung treten. Damit ist das formelle Recht oder das Verfahrensrecht angesprochen. Diese Art von Rechtsnormen gibt vor, wie das Verfahren auszugestalten ist, um Leistungsansprüche durchsetzen zu können. Konkrete Regelungen dazu sind insbesondere in den jeweiligen Verfahrensgesetzen, wie dem SGG zu finden. Das materielle Recht regelt hingegen die Voraussetzungen bestimmter Leistungsansprüche. Dazu gehört z.B. das SGB V.[315]

(2) Charakteristika von Rechtsnormen

Der Begriff der Norm kommt neben den Rechtswissenschaften auch in anderen Wissenschaften, wie in den Sozialwissenschaften, der Theologie, der Sozialphilosophie und den Naturwissenschaften vor.[316] In dieser Arbeit ist die Rede von Normen als staatlich gesetztes und anerkanntes Recht.[317] Rechtsnormen sind einerseits verbindliche Verhaltensnormen für den Bürger und gleichzeitig verbindliche Entscheidungsnormen für den Rechtsan-

310 *BVerfG,* Beschluss vom 09.05.1972 – 1 BvR 518/62, juris-Rn. 103; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 228; *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, S. 188; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 13 Rn. 34 ff.
311 B. II. 2. a. bb.
312 *Michael/Morlok,* Grundrechte, § 43 Rn. 821.
313 *Nusser/Spellbrink*, SGb 2017, S. 550, 555.
314 C. I. 2. a. und C. I. 2. b.
315 *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 13 Rn. 54 f. und 56 ff.
316 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 94.
317 *A.a.O.,* Rn. 56a ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wender.[318] Rechtsnormen sind generell-abstrakt verfasst[319] und beziehen sich damit auf eine unbestimmte Anzahl von Menschen, für unbestimmt viele Sachverhalte. Rechtsnormen richten sich also nicht an eine bestimmte Person und zielen nicht auf einen begrenzten Einzelfall. Solche, den Einzelfall regelnde Vorschriften, welche von Rechtsnormen abzugrenzen sind, stellen konkret-individuelle Regelungen in der Form von Einzelakten[320] dar. Eine Rechtsnorm ordnet normativ-allgemeinverbindlich[321] an, was gelten soll. Dies entspricht nicht immer den realen Umständen.[322] Rechtsnormen sind also von der Wirklichkeit grundsätzlich entkoppelt[323], Sie beinhalten eine hoheitliche Anordnung und knüpfen an einen Tatbestand Rechtsfolgen[324]. Ebenso könnte von einer Rechtsregel oder einer Rechtsvorschrift gesprochen werden.[325] Die generell-abstrakte Eigenschaft von Rechtsnormen bedeutet, dass die entsprechende Norm für alle Einzelfälle gleichsam gilt, welche von ihrem Geltungsbereich erfasst werden.[326] Diese positiv gesetzten Normen ordnen, wie bereits gesagt wurde[327], ein „Sollen" an und sprechen eine Geltungsanordnung aus.[328] Unter Rechtsnormen sind z.B. Bundes- und Landesgesetze, Rechtsverordnungen, Satzungen, Tarifverträge sowie Betriebsvereinbarungen zu verstehen. Auch die allgemeinen Regeln des Völkerrechts gemäß Art. 25 GG, Europarecht, inklusive der unmittelbar anwendbaren Richtlinien, völkerrechtliche Verträge, welche

318 *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 92.
319 *Kramer/Arnet,* Juristische Methodenlehre, S. 40; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 5 Rn. 2; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 92; *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 2 Rn. 18.
320 *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, S. 37 f.
321 *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 2 Rn. 18.
322 *Nusser/Spellbrink*, SGb 2017, S. 550, 554.
323 *Wulfhorst*, Richterliche Konkretisierung sozialrechtlicher Normen mit Hilfe von Rechtstatsachen, in: Schulin/Dreher, Sozialrechtliche Rechtstatsachenforschung – Probleme und Perspektiven, S. 53, 53.
324 *May,* Die Revision, VI. A. Rn. 7; *Zippelius,* Juristische Methodenlehre, S. 23; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 162 Rn. 2; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 5.
325 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 250; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 196.
326 *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 92.
327 C. I. 1. a. und C. I. 1. b.
328 *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 92 f. und 95; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 250 ff.; *Weinberger,* Rechtslogik, S. 55 und 225 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gemäß Art. 59 GG[329] in innerstaatliches Recht überführt wurden, und ausländisches Recht sind Rechtsnormen.[330] Rechtsnormen bilden zusammengenommen eine Rechtsordnung ab.[331] Grundsätzlich keine Rechtsnormen sind hingegen Verwaltungsvorschriften, welche verwaltungsinterne Anweisung zum Gegenstand haben und regelmäßig keine verbindliche Außenwirkung entfalten[332]. Davon gibt es Ausnahmen, beispielsweise im Umweltrecht[333]. Ebenso stellen Richtlinien sowie behördeninterne Rundschreiben keine Rechtsnormen dar.[334] Im Hinblick auf die folgenden Ausführungen ist die sogenannte Rechtsquellenlehre interessant. Diese besagt, dass unterschiedliche Gesetze, auch eine unterschiedliche Herkunft haben, also unterschiedlichen Quellen entstammen. Die Rechtsprechung muss wissen, welche Vorschriften aus welchen Rechtsquellen erwachsen, um den Grundsätzen des Art. 20 Abs. 3 i.Vm. Art. 97 Abs. 1 GG[335] gerecht werden zu können. Je nachdem, aus welcher Quelle ein Gesetz hervorgeht, ist es in einer Normhierarchie einzuordnen.[336]

329 Beispielsweise die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) (*BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 18.12.2008 – 1 BvR 2604/06, juris-Rn. 23 m.w.N.).

330 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 3; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 5; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 29; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 162 Rn. 16; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 56 und 231 m.w.N.

331 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 92.

332 *BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 11.08.2009 – 2 BvR 941/08, juris-Rn. 19; *BVerfG,* Beschluss vom 31.05.1988 – 1 BvR 520/83, juris-Rn. 37 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 30.09.2009 – B 9 VS 3/09 R, juris-Rn. 33 m.w.N.; *BFH,* Urteil vom 09.07.2003 – I R 48/02, juris-Rn. 16 m.w.N.; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 4a; *Neumann/Korbmacher,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 137 Rn. 29 m.w.N.; *Buchheister*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 01/2024, § 137 Rn. 22 m.w.N.

333 *Neumann/Korbmacher,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 137 Rn. 32; *Buchheister*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 01/2024, § 137 Rn. 22.

334 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 3; *Ratschow,* in: Gräber, FGO, § 118 Rn. 10 m.w.N.

335 Siehe: B. II. 2. b.

336 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 217 ff.; *Ossenbühl,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 100 Rn. 1 ff.; *Wolff,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band I, § 15 Rn. 88.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(3) Normhierarchie von Rechtsnormen

Für den Rechtsanwender verbindliche Rechtsnormen können in eine Normhierarchie gebracht werden. Im Folgenden werden die wichtigsten Rechtsquellen, welche auch in der vorliegenden Arbeit von Bedeutung sind, in eine Normhierarchie eingeordnet. Dabei stehen das sogenannte Supra- und internationale Recht, zu welchem das Völkerrecht[337] und das Europarecht[338] gehören, an oberster Stelle. Darunter steht als höchste Norm des Bundesrechts die Verfassung. Sie ist insofern die Grundordnung Deutschlands. Unterhalb der Verfassung befinden sich die allgemeinen Regeln des Völkerrechts gemäß Art. 25 GG. Darunter sind Gesetze im formellen Sinne des Bundes einzuordnen. In der Normhierarchie unterhalb der formellen Gesetze befinden sich untergesetzliche Rechtsnormen des Bundes, also Rechtsverordnungen oder Satzungen. Im Rangverhältnis zwischen Rechtsverordnungen und Satzungen, sind Satzungen unterhalb von Rechtsverordnungen anzusiedeln. Unter dem Bundesrecht ist das Landesrecht zu finden (Art. 31 GG). Hier stehen an oberster Stelle die Landesverfassungen der Länder, gefolgt von formellen Landesgesetzen und Rechtsverordnungen sowie Satzungen auf Landesebene.[339]

bb. Rechtssätze

(1) Die Ansichten von *Eugen Ehrlich* und *Hans Kelsen* zu Rechtssätzen

Grundsätzlich kann gesagt werden, dass Rechtssätze oder Normsätze[340] bzw. Normtexte[341] überwiegend hypothetische Sollenssätze sind.[342] *Eugen Ehrlich* erkennt einen Unterschied zwischen Rechtsnormen und Rechtssätzen. Demzufolge sei ein Rechtssatz die „[…] zufällige, allgemeinverbindliche Fassung einer Rechtsvorschrift in einem Gesetze oder einem Rechtsbuch", während die Rechtsnorm „[…] der ins Handeln umgesetzte Rechts-

337 Siehe näher dazu: *Herdegen*, Völkerrecht, Kapitel 3.
338 Siehe näher dazu: *Herdegen*, Europarecht, § 8.
339 *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 2 Rn. 25 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 220 ff. und 272 f.
340 *Weinberger,* Rechtslogik, S. 55.
341 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 236.
342 *Engisch,* Einführung in das juristische Denken, S. 45; *Zippelius,* Juristische Methodenlehre, S. 2; *Henkel,* Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 42; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 252.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

befehl, […] auch ohne jede wörtliche Fassung […]" sei.[343] In diesem Sinne geben Rechtsnormen den Inhalt oder die Bedeutung von Rechtssätzen vor. Rechtsnormen müssen durch Rechtssätze nach außen erkennbar gemacht bzw. vermittelt oder ausgedrückt werden. Der Rechtssatz repräsentiert also die Rechtsnorm.[344] Kritik an dieser Unterscheidung ist bei *Kelsen* zu finden, welcher eine Trennung von Rechtsnorm und Rechtssatz ablehnt. Demnach seien Rechtsnormen und Rechtssätze identisch. Rechtsätze seien die sprachliche Form eines rechtlichen Sollens. *Kelsen* bezieht sich dabei auf *Otto von Gierke*, welcher das objektive Recht als den „Inbegriff der Rechtssätze" definiert. Weiterhin seien Rechtssätze „[…] Normen, die nach der erklärten Ueberzeugung einer Gemeinschaft das freie menschliche Wollen äußerlich in unbedingter Weise bestimmen sollen."[345].[346] Später änderte *Kelsen* dann seine Meinung und trennte Rechtsnormen und Rechtssätze voneinander. Rechtssätze seien demnach Aussagesätze der Rechtswissenschaft über den Inhalt eines Sollens. Rechtsnormen enthielten hingegen Gebote, Erlaubnisse und Ermächtigungen.[347]

(2) Einordnung

Wenn im Folgenden von Rechtsnormen oder Rechtssätzen bzw. Normsätzen gesprochen wird, sind normativ-verbindliche Rechtsnormen oder Rechtssätze gemeint. Rechtssätze haben die Erscheinungsform von Paragraphen oder Artikeln und bilden den Normtext oder den Wortlaut einer Rechtsnorm ab[348]. Rechtsnormen können sprachlich nur in der Erscheinungsform von Sätzen, also normativ-verbindlichen Rechtssätzen oder Normsätzen, zum Ausdruck kommen.[349] *Josef Isensee* stellte fest, dass Recht

343 *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 61.
344 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 92; *Rödig,* Einführung in eine analytische Rechtslehre, S. 45 f.; *Weinberger,* Rechtslogik, S. 55 f. und 225.
345 *Von Gierke,* Deutsches Privatrecht, Band I, S. 113.
346 *Kelsen*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Kelsen/Ehrlich, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft, S. 3, 12.
347 *Kelsen,* Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, I. 59 (S. 117 f.) und III. 73 ff. (S. 141 ff.); *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 75 und 250 (Fußnote 1); *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 5 Rn. 33.
348 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 14 f.
349 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 250 und 252 f.; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 93; *Weinberger,* Rechtslogik, S. 55 f.; *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 3.3 Rn. 26.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nur in und durch Sprache existiert.[350] In der Literatur werden Rechtsnormen und Rechtssätze zum Teil synonym verwendet, weil dadurch grundsätzlich keine größeren Abgrenzungsschwierigkeiten auftreten.[351] In dieser Arbeit wird in Anlehnung an *Friedrich Müller* und *Ralph Christensen* die dem Rechtspositivismus entgegengesetzte These vertreten, dass die vom Gesetzgeber positiv gesetzte Rechtsnorm mit dem Normtext bzw. mit dem Rechtssatz nicht identisch ist.[352] Wenn mit einer rechtspositivistischen Sichtweise[353] davon ausgegangen wird, dass Rechtsnorm und Rechtssatz identisch sind, dann hängt damit auch die Vorstellung zusammen, dass die Rechtsnorm als ein fertiges Konstrukt auf einen Fall, also den zugrunde liegenden Sachverhalt, angewandt werden kann. Im Normtext findet sich danach eine eindeutige Handlungsanweisung für den Juristen. Nach *Müller/Christensen* führen diese beiden Umstände (Identität zwischen Rechtsnorm und Rechtssatz sowie Eindeutigkeit der Rechtsnorm und des Rechtsatzes) dann dazu, dass die eigentliche juristische Tätigkeit am und mit dem Recht, also mit der sprachlichen Form der Rechtsnorm und somit mit dem Rechtssatz, untergehe.[354]

d. Die Struktur der Rechtsnorm oder des Rechtssatzes

Grundsätzlich können Rechtsnormen in drei Kategorien unterteilt werden: erstens in Normen, welche dem Menschen ein bestimmtes Verhalten vorschreiben (Konditionalnormen). Beispielsweise ordnet § 52 Abs. 2 SGB V die Beteiligung von Versicherten an Behandlungskosten an, wenn sich diese eine Krankheit u.a. durch eine medizinisch nicht indizierte ästheti-

350 *Isensee*, Diskussionsbeiträge, Redebeitrag von Josef Isensee, in: Grossfeld, Unsere Sprache: Die Sicht des Juristen, S. 49, 52.

351 So z.B. *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 250 (Fußnote 1) und *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 196.

352 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 250 f., Rn. 254 f. und 256; *Müller,* Strukturierende Rechtslehre, S. 253; ebenso: *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, S. 126 ff. und 158 ff.; eine nicht eindeutige Position ist bei *Peter Schneider* zu finden, welcher lediglich von der Möglichkeit der Divergenz von Ausdruck (Rechtssatz) und Auszudrückendem (Rechtsnorm) spricht (*Schneider,* Erster Beratungsgegenstand: Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, S. 1, 4 ff.).

353 C. I. 1. b.

354 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 250 ff. und Rn. 256; zu der Notwendigkeit einer Unterscheidung aus logischen und semantischen Gründen etwa: *Weinberger,* Rechtslogik, S. 55 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sche Operation zugezogen haben. Zweitens gibt es Rechtsnormen, welche in ihren Rechtsfolgen ein bestimmtes Ziel definieren (Finalnormen). Z.B. enthält § 1 S. 1 SGB V die Aufforderung an die Krankenversicherung, dass diese die Aufgabe erfüllen müsse, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder den Gesundheitszustand der Versicherten zu bessern. Eine dritte Kategorie wird durch konstitutive Normen oder Kompetenzvorschriften repräsentiert. Diese Art von Normen ist einerseits im öffentlichen Recht zu finden. Diese Normen sprechen Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsnormen aus, wie beispielsweise die Gesetzgebungskompetenzen gemäß Art. 70 ff. GG. Zu den konstitutiven Normen gehören andererseits Normen des Privatrechts, welche den Rechtssubjekten verschiedene Handlungsmöglichkeiten, wie z.B. den Abschluss von Verträgen gemäß der §§ 145 ff. BGB[355], ermöglichen. Aber auch Regelungen aus dem formellen Recht, wie z.B. Verfahrensvorschriften, welche den Gerichten Entscheidungskompetenzen einräumen, gehören dazu.[356]

aa. Vollständige oder selbständige Rechtsnormen

(1) Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge

Vollständige Rechtsnormen sind grundsätzlich in zwei Teile zu untergliedern: den Tatbestand und die Rechtsfolge. Weiterhin sind vollständige Rechtsnormen für sich allein anwendbar.[357] Im Tatbestand einer Rechtsvorschrift werden gesetzliche Tatbestandsmerkmale bzw. tatsächliche Vorgänge generell-abstrakt beschrieben und mit einer Rechtsfolge verknüpft.[358] Rechtsnormen oder Rechtssätze formulieren also generell Voraussetzun-

355 Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.01.2002 (BGBl. I, S. 42, 2909; BGBl. 2003 I, S. 738), zuletzt geändert durch Art. 14 des Gesetzes vom 23.10.2024 (BGBl. I, Nr. 323).

356 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 94 und 125 ff.; *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 35 und 261 ff.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 197 f.

357 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 196; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 251 f.; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 94; *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 261 (Fußnote 230).

358 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 252 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 122; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 5 Rn. 30; *Zippelius,* Juristische Methodenlehre, S. 23 ff.; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 94; *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 261 f.; *Nusser/Spellbrink*, SGb 2017, S. 550, 554; *Engisch,* Einführung in das juristische Denken, S. 39.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen einer Anordnung, welche bei Erfüllung eine generell und normativverbindliche Rechtsfolge für einen konkreten Fall auslösen.[359] Diese Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge hat eine Geltungsanordnung[360] zum Ziel. Das bedeutet, dass der Gesetzgeber mit dieser Verknüpfung die Rechtswirklichkeit steuert, also durch den Erlass der Norm in der Wirklichkeit einen bestimmten Erfolg anstrebt.[361] Dieses Verhältnis kann als ein „Wenn-Dann"-Schema beschrieben werden.[362]

(2) Grundsatz: Rechtsfolge als Rechte und Pflichten

Wenn die abstrakt formulierten Voraussetzungen im Tatbestand einer Rechtsnorm vorliegen, bzw. wenn sich der Tatbestand einer gültigen Norm verwirklicht, gilt die Rechtsfolge. Das Verwirklichen der tatbestandlichen Voraussetzungen ist also notwendige Bedingung für das Auslösen einer Rechtsfolge.[363] Eine Rechtsfolge legt rechtlich geltende oder normative Rechte und Pflichten fest. Dabei ist festzuhalten, dass mit Rechten automatisch auch immer Pflichten und mit Pflichten auch immer Rechte einhergehen. So können z.B. Versicherte auf der einen Seite verschiedene Rechte oder Ansprüche gegenüber einem Sozialversicherungsträger, wie z.B. der gesetzlichen Krankenversicherung, haben, welche rechtlich durchgesetzt werden können. Die gesetzliche Krankenkasse hat auf der anderen Seite bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen jedoch auch die Pflicht, die im Einzelfall begehrte Leistung zu erbringen. Wenn stets einem Recht eine Pflicht und einer Pflicht ein Recht zugeordnet werden kann, dann reicht es angelehnt an *Karl Engisch,* aus, zu sagen, dass Rechtsfolgen entweder

359 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 196; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 251 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 123; *Engisch,* Einführung in das juristische Denken, S. 41; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 94.

360 Siehe bereits oben: C. I. 2. c. aa. (2).

361 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 253; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 95.

362 *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 5 Rn. 30; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 251 f.; *Zippelius,* Juristische Methodenlehre, S. 23; *Röhl/Röhl,* Allgemeine Rechtslehre, S. 243.

363 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 251 ff.; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 5 Rn. 29 ff.; *Zippelius,* Juristische Methodenlehre, S. 23 ff.; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 95.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechte oder Pflichten bestimmen[364]. Weil Rechtssätze als hypothetische Sollenssätze zu verstehen sind, erscheint es jedoch zunächst passend, die in Rechtssätzen enthaltenen Rechtsfolgen als Pflichten einzuordnen. Diese rechtlich anerkannten Rechte und Pflichten sind von der Geltung von moralischen Normen zu trennen[365], welchen eine rechtliche Durchsetzbarkeit fehlt.[366] *Kelsen* vertrat die Ansicht, dass eine Rechtsnorm eine Zwangsnorm, im Sinne einer Zwang anordnenden Norm sei. So sei die Folge, welche im Rechtssatz an eine bestimmte Bedingung geknüpft sei, ein staatlicher Zwangsakt, welcher Rechte und Pflichten durchsetzen soll.[367]

bb. Unvollständige oder unselbständige Rechtsnormen

Unvollständige Rechtsnormen sind einerseits aus sprachlicher Sicht als vollständig, aber andererseits aus rechtlicher Sicht als unvollständig einzuordnen. Unvollständig bedeutet, dass die entsprechenden Normen nur im Zusammenhang mit anderen Rechtsvorschriften eine Tatbestands-Rechtsfolgen-Verknüpfung erreichen und damit als vollständig gelten und erst dann bestimmte Rechtsfolgen auslösen können. Sie erfüllen insofern eine Hilfsfunktion für andere Rechtsnormen. Wichtig hierbei ist, dass es sich bei den betreffenden Normen um normativ-verbindliche Rechtssätze handelt[368]. Diese Rechtssätze sind als Teile von Geltungsanordnungen zu sehen. Die unvollständigen Rechtssätze können in erläuternde ((1)), einschränkende ((2)) und verweisende ((3)) Rechtssätze untergliedert wer-

364 *Karl Engisch* unterscheidet einerseits zwischen der allgemeinen Anordnung des Rechtssatzes, also der Rechtsfolge als Bestandteil des Rechtssatzes und andererseits den im Rechtssatz selber angeordneten Rechtsfolgen, also den aus einem Rechtssatz resultierenden Rechten und Pflichten für die betroffenen Parteien selbst. Um Zweideutigkeiten in diesem Sinne zu vermeiden, schlägt *Engisch* vor, die Rechtsfolge, welche als Bestandteil des Rechtssatzes zu verstehen ist, als Rechtsfolgeanordnung oder als Rechtsfolgebefehl zu bezeichnen (*Engisch,* Einführung in das juristische Denken, S. 42 f.); in diesem Sinne auch *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 94.

365 *Zippelius,* Rechtsphilosophie, S. 20 f.

366 *Engisch,* Einführung in das juristische Denken, S. 41 und 44 ff.; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 94 f.; *Zippelius,* Juristische Methodenlehre, S. 23 f.

367 *Kelsen,* Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, III. 26 (S. 37); *Kelsen,* Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, IV. 116 f. (S. 212 f.); mit Verweis auf *Kelsen*: *Engisch,* Einführung in das juristische Denken, S. 44.

368 *Bierling,* Juristische Prinzipienlehre, S. 221 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den.[369] Sinn und Zweck dieser unvollständigen Normen bestehen darin, das Recht zu systematisieren bzw. übersichtlicher und verständlicher zu gestalten.[370]

(1) Erläuternde Rechtsnormen

Erläuternde Rechtsvorschriften definieren rechtliche Begriffe (umschreibender Rechtssatz) oder konkretisieren die Rechtsfolgen (ausfüllende Rechtssätze) anderer Rechtsnormen. Als Beispiele für umschreibende Rechtssätze können z.B. § 90 BGB, welcher den Begriff der Sache definiert, oder § 276 Abs. 2 BGB, welcher den Begriff der Fahrlässigkeit definiert, genannt werden. In Bezug auf ausfüllende Rechtssätze können die §§ 630b ff. BGB genannt werden. Die Rechtsfolgen des § 630a BGB sind durch diese Vorschrift nicht abschließend geklärt. Die §§ 630b ff. BGB haben den Sinn, die sich aus § 630a Abs. 1 BGB ergebenden Rechtsfolgen, also die Verpflichtung des Behandelnden zur Behandlung und des Behandelten zur Vergütung der Behandlung (§ 630a Abs. 1, 1. Hs. BGB), näher zu bestimmen[371]. Das Gesetz verfolgt mit den §§ 630b ff. BGB also das Ziel, dass diese Vorschriften zu den Rechtsfolgen eines Behandlungsvertrags auf diesen angewandt werden. Gleichzeitig ist § 630a BGB als eine sogenannte Typenbeschreibung darüber zu verstehen, was ein Behandlungsvertrag ist. § 630a BGB ist damit also ein umschreibender Rechtssatz, weil die Regelungen dazu, wie ein Vertrag letztendlich zustande kommt, nicht in § 630a BGB, sondern in den §§ 145 ff. BGB zu finden sind.[372]

(2) Einschränkende Rechtsnormen

Einschränkende Rechtssätze sind dadurch zu erkennen, dass die Rechtsnorm eine eigenständige negative Geltungsanordnung ausspricht (z.B. § 935

369 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 257 f.; *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 261; *Röhl/Röhl,* Allgemeine Rechtslehre, S. 231; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 97 f.; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 129; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 5 Rn. 33.

370 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 260; *Röhl/Röhl,* Allgemeine Rechtslehre, S. 231 f.; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 97.

371 *Leenen,* Typus und Rechtsfindung, S. 162 ff.

372 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 257 ff.; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 98.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

BGB). So kann eine bestimmte Rechtsfolge einer Norm (z.B. §§ 932 ff. BGB) durch Hinzutritt eines besonderen Merkmals zu dem gesetzlichen Tatbestand dieser Norm ausgeschlossen werden (z.B. § 935 BGB). Einschränkende Rechtssätze entfalten also nur in Verbindung mit anderen positiven Geltungsanordnungen ihre Rechtsfolgen. Die Reichweite eines Rechtssatzes wird also erst unter Heranziehung aller in Betracht kommenden einschränkenden Normen ersichtlich.[373]

(3) Verweisende Rechtssätze

Verweisende Rechtssätze beziehen sich zum einen auf die entsprechende Anwendung anderer Rechtsnormen. Beispielsweise regelt § 202 S. 1 SGG, dass das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG[374]) und die Zivilprozessordnung (ZPO[375]) im sozialgerichtlichen Verfahren entsprechend anzuwenden sind. Zum anderen kann durch verweisende Rechtsnormen geregelt werden, dass die Rechtsfolge einer Norm durch den Verweis auf eine Rechtsfolge einer anderen Rechtsvorschrift bestimmt wird. So verweist z.B. § 823 Abs. 2 S. 1 BGB auf § 823 Abs. 1 BGB, welcher eine Schadensersatzpflicht unter bestimmten Voraussetzungen festlegt.[376]

e. Normenkontrollverfahren

In diesem Kapitel wird dargestellt, wie Rechtsschutz gegen Rechtsnormen erfolgen kann. Bestimmte Gerichte können Rechtsvorschriften einer Kontrolle unterziehen, ob diese mit höherrangigem Recht vereinbar sind. Hierfür ist auf die konkrete und abstrakte Normenkontrolle (aa.) sowie die prinzipale und inzidente Normenkontrolle (bb.) einzugehen. Insbesondere

373 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 259 f.; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 98.

374 Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 09.05.1975 (BGBl. I, S. 1077), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 07.10.2024 (BGBl. I, Nr. 302).

375 Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 05.12.2005 (BGBl. I, S. 3202; BGBl. 2006 I, S. 431; BGBl. 2007 I, S. 1781), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 24.10.2024 (BGBl. I, Nr. 328).

376 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 260 f.; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 98.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

durch diese Kompetenz der Judikative, Akte der Legislative zu verwerfen[377], wird die besondere Bedeutung der rechtsprechenden Gewalt (Art. 92 GG) innerhalb des Prinzips der Gewaltenteilung[378] deutlich[379].

aa. Konkrete und abstrakte Normenkontrolle

Im Rahmen der konkreten (Art. 100 Abs. 1 GG) und abstrakten (Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG) Normenkontrolle erhält das *BVerfG* die Möglichkeit, Parlamentsgesetze rechtlich zu überprüfen. Damit obliegt dem *BVerfG* ein Verwerfungsmonopol[380] für Rechtsvorschriften. Somit liegt die endgültige Entscheidung darüber, ob ein Gesetz ungültig ist[381] allein beim *BVerfG*.[382] In beiden Verfahren geht es nicht um subjektivrechtliche Interessen, sondern um den objektiven Schutz der Verfassung.[383]

(1) Konkrete Normenkontrolle gemäß Art. 100 Abs. 1 GG

Die Fachgerichte sind an förmliche Gesetze gebunden (Art. 20 Abs. 3, 2. Hs. i.V.m. Art. 97 Abs. 1, 2. Hs. GG)[384]. Demnach haben sie lediglich eine Prüfungs- und keine Verwerfungskompetenz, wenn die Verfassungsmäßigkeit von Parlamentsgesetzen geklärt werden muss.[385] Wenn ein Fachgericht al-

377 Siehe zur Verwerfung von Akten der Exekutive: B. II. 4. a.

378 B. II. 1.

379 *Radtke*, Die Bedeutung der rechtsprechenden Gewalt für das Funktionieren des demokratischen Rechtsstaats, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S. 179, 185 und 187.

380 *BVerfG,* Beschluss vom 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, juris-Rn. 78; *BVerfG,* Beschluss vom 11.12.2018 – 2 BvL 4/11, 2 BvL 5/11, juris-Rn. 70.

381 *BVerfG,* Beschluss vom 31.01.1978 – 2 BvL 8/77, juris-Rn. 51.

382 *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 100 Rn. 2; *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 94 Rn. 15; *Michael/Morlok,* Grundrechte, § 43 Rn. 820; *Kment,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 100 Rn. 2.

383 *BVerfG*, Urteil vom 20.03.1952 – 1 BvL 12/51, 1 BvL 15/51, juris-Rn. 40 ff.; *BVerfG*, Urteil vom 05.04.1952 – 2 BvH 1/52, juris-Rn. 43; *BVerfG*, Urteil vom 08.02.2001 – 2 BvF 1/00, juris-Rn. 59; *BVerfG*, Beschluss vom 07.06.1977 – 1 BvR 108/73, 1 BvR 424/73, juris-Rn. 36; *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 100 Rn. 2; *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 94 Rn. 16; *Detterbeck,* in: Sachs, GG, Art. 93 Rn. 52 f.; *Wolff/Kluth,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 93 Rn. 11.

384 B. II. 2. b.

385 *BVerfG*, Urteil vom 20.03.1952 – 1 BvL 12/51, 1 BvL 15/51, juris-Rn. 17 und 45; *BVerfG*, Urteil vom 12.05.1992 – 1 BvL 7/89, juris-Rn. 14 f.; *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 100 Rn. 1 f.; *Kment,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 100 Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

so ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig erachtet, hat dieses die Pflicht, den Rechtsstreit auszusetzen und eine konkrete Normenkontrolle gemäß Art. 100 Abs. 1 GG einzuleiten. Damit wird vom *BVerfG* überprüft, ob das entsprechende Gesetz mit der Verfassung in Einklang steht[386]. Am Verfahren Beteiligte können ein solches Verfahren nicht einleiten. Dabei kann dem *BVerfG* die Frage vorgelegt werden, ob Bundes- oder Landesgesetze mit dem Grundgesetz kollidieren (Art. 100 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. GG) oder ob ein Landesgesetz mit einem Bundesgesetz unvereinbar ist (Art. 100 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. GG). Weiterhin kann einem *Landesverfassungsgericht* die Frage vorgelegt werden, ob ein Landesgesetz mit der jeweiligen Landesverfassung kollidiert (Art. 100 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. GG).[387] Vorgelegt werden können also nur Parlamentsgesetze des Bundes und der Länder. Weiterhin überprüfbar sind Rechtsnormen einer Landesverfassung.[388] Nicht vorlagefähig sind hingegen Rechtsverordnungen[389] sowie alle weiteren untergesetzlichen Rechtsvorschriften.[390] Das Verfahren der konkreten Normenkontrolle ist in § 13 Nr. 11 i.V.m. §§ 80–82 BVerfGG geregelt.[391] Gemäß § 82 Abs. 1 i.V.m. § 78 BVerfGG kann das *BVerfG* die überprüfte Rechtsnorm für nichtig erklären.[392] Nach dem Gesagten wird insbesondere durch Art. 100 Abs. 1 GG das oben angesprochene Kernelement der Gewaltenteilung, der gegenseitigen Kontrolle und Begrenzung der Macht der drei Staatsgewalten[393], verwirklicht.[394]

386 Beispielhaft: *BVerfG*, Urteil vom 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, juris, *BVerfG,* Beschluss vom 11.07.2006 – 1 BvL 4/00, juris oder *BVerfG,* Beschluss vom 03.04.2001 – 1 BvL 32/97, juris.

387 *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 100 Rn. 2 f.

388 *BVerfG*, Beschluss vom 29.01.1974 – 2 BvN 1/69, juris-Rn. 33; *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 100 Rn. 9.

389 *BVerfG*, Urteil vom 20.03.1952 – 1 BvL 12/51, 1 BvL 15/51, juris-Rn. 51 ff *BVerfG*, Beschluss vom 27.07.1971 – 2 BvL 9/70, juris-Rn. 23.

390 *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 100 Rn. 10; *Michael/Morlok,* Grundrechte, § 43 Rn. 821.

391 *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 100 Rn. 4.

392 *A.a.O.,* Rn. 23.

393 B. II. 1.

394 *Radtke*, Die Bedeutung der rechtsprechenden Gewalt für das Funktionieren des demokratischen Rechtsstaats, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S. 179, 181 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Abstrakte Normenkontrolle gemäß Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG

Bei der abstrakten Normenkontrolle gemäß Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG i.V.m. § 13 Nr. 6 BVerfGG kann auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Viertels der Mitglieder des Bundestags die Prüfung der Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit der Verfassung oder von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht beim *BVerfG* eingeleitet werden.[395] Dieses Antragsrecht besteht unabhängig von einem aktuellen Rechtsstreit. Es genügen Meinungsverschiedenheiten über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Rechtsnormen mit dem Grundgesetz.[396] Grundsätzlich wird z.B. nicht geprüft, ob untergesetzliches Bundesrecht (Bundesrechtsverordnungen) mit Bundesgesetzen kollidiert. Maßstab ist hier allein das Grundgesetz.[397] Der Überprüfungsgegenstand der abstrakten Normenkontrolle ist weiter als derjenige der konkreten Normenkontrolle. Grundsätzlich überprüfbar ist das Bundes- und Landesrecht jeglicher Rangstufe. So sind neben Parlamentsgesetzen, z.B. auch untergesetzliche Normen wie Rechtsverordnungen[398] überprüfbar. Nicht überprüfbar sind hingegen z.B. Verwaltungsvorschriften, weil sie keine Rechtsnormen[399] darstellen.[400] Das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle ist in den §§ 76–79 BVerfGG geregelt.[401] Gemäß § 78 S. 1 BVerfGG hat das *BVerfG* die überprüfte Rechtsnorm für nichtig zu erklären, wenn die Prüfung ergibt,

395 *Wolff/Kluth,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 93 Rn. 11 ff.; *Kment,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 93 Rn. 92; *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 94 Rn. 17 und 19; *Wieland*, in: Dreier, GG, Band III, Art. 93 Rn. 68.

396 Beispielhaft: *BVerfG,* Beschluss vom 20.03.2013 – 2 BvF 1/05, juris; *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 94 Rn. 16; *Detterbeck,* in: Sachs, GG, Art. 93 Rn. 52; *Wolff/Kluth,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 93 Rn. 11; *Wieland*, in: Dreier, GG, Band III, Art. 93 Rn. 62.

397 *Kment,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 93 Rn. 99.

398 *BVerfG*, Beschluss vom 27.06.2002 – 2 BvF 4/98, juris-Rn. 47 ff.; *BVerfG*, Urteil vom 20.03.1952 – 1 BvL 12/51, 1 BvL 15/51, juris-Rn. 49.

399 Siehe: C. I. 2. c. aa. (2).

400 *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 94 Rn. 21; *Walter*, in: Maunz/Dürig, GG, Band VI, 06/2017, Art. 93 Rn. 237; *Michael/Morlok,* Grundrechte, § 43 Rn. 821; *Wieland*, in: Dreier, GG, Band III, Art. 93 Rn. 66; *Detterbeck,* in: Sachs, GG, Art. 93 Rn. 55; *Wolff/Kluth,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 93 Rn. 13 (mit weiteren Beispielen); *Kment,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 93 Rn. 92 ff. (ebenso mit weiteren Beispielen).

401 *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 100 Rn. 4; *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 94 Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dass die beanstandete Norm mit dem Grundgesetz oder mit Bundesrecht unvereinbar ist.[402]

bb. Prinzipale und inzidente Normenkontrolle

In diesem Kapitel ist auf die prinzipale ((1)) und inzidente ((2)) Normenkontrolle einzugehen. Der grundlegende Unterschied dieser Verfahren zu den im Grundgesetz geregelten Normenkontrollverfahren[403] ist, dass sich Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 und Art. 100 Abs. 1 GG auf formelle Gesetze beziehen. Das Normenkontrollverfahren gemäß § 47 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO[404]) und die inzidente Normenkontrolle im Rahmen eines laufenden Gerichtsverfahrens beinhalten hingegen die Prüfung, ob untergesetzliche Rechtsnormen gegen höherrangiges Recht verstoßen.[405]

(1) Prinzipale Normenkontrolle gemäß § 47 VwGO

§ 47 VwGO statuiert die sogenannte prinzipale oder abstrakte Normenkontrolle. Diese verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle hat die gerichtliche Überprüfung von bestimmten Satzungen (§ 47 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. VwGO) und Rechtsverordnungen (§ 47 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. und Nr. 2 VwGO) hinsichtlich deren Gültigkeit, also deren formeller und materieller Rechtmäßigkeit, zum Gegenstand. Maßstab ist hierfür das Bundes- oder Landesrecht. Abzugrenzen ist ein solches prinzipales Normenkontrollverfahren, bei welchem die Überprüfung der Gültigkeit von Rechtsvorschriften der unmittelbare Verfahrensgegenstand ist, von anderen verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in welchen beispielsweise Verwaltungsakte einer Behörde einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen werden.[406] § 47 VwGO ist

402 *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 94 Rn. 18.

403 C. I. 2. e. aa.

404 Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.03.1991 (BGBl. I, S. 686), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 24.10.2024 (BGBl. I, Nr. 328).

405 *Giesberts,* in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 47 Rn. 8; *Unruh,* in: Fehling/Kastner/Störmer, VerwR, VwGO § 47 Rn. 3 f.

406 *BVerwG*, Beschluss vom 18.07.1989 – 4 N 3/87, juris-Rn. 27; *BVerwG*, Beschluss vom 04.06.1991 – 4 NB 35/89, juris-Rn. 26; *Giesberts,* in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 47 Rn. 1 und 1.1; *Panzer/Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 02/2016, § 47 Rn. 8; *Unruh,* in: Fehling/Kastner/Störmer, VerwR, VwGO § 47 Rn. 6; *Ziekow,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 47 Rn. 5; *Michael*, ZJS 2012, S. 756, 759.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lediglich auf Rechtsverordnungen auf Landesebene, nicht aber auf Bundesrechtsverordnungen anwendbar.[407] Zuständig für die Überprüfung ist auf Antrag von jeder natürlichen oder juristischen Person (§ 47 Abs. 2 S. 1 VwGO) das Oberverwaltungsgericht, welches bei Feststellung der Rechtswidrigkeit der entsprechenden Rechtsnorm gemäß § 47 Abs. 5 S. 2, 1. Hs. VwGO deren generelle Unwirksamkeit erklärt und diese Normen nicht anwendet. Diese Entscheidung wirkt über den Rechtsstreit hinaus und ist gemäß § 47 Abs. 5 S. 2, 2. Hs. VwGO allgemein verbindlich.[408] Gemäß § 132 Abs. 1, 2. Alt. VwGO ist gegen Beschlüsse aufgrund eines Normenkontrollverfahrens gemäß § 47 Abs. 5 S. 1 VwGO die Revision an das *Bundesverwaltungsgericht (BVerwG)* zulässig.[409] Für das sozialgerichtliche Verfahren besteht mit § 55a SGG ein „dem Vorbild des § 47 VwGO" nachgebildetes Normenkontrollverfahren.[410]

(2) Inzidente Normenkontrolle

Wie oben gesagt wurde, sind untergesetzliche Rechtsvorschriften nicht im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle gemäß Art. 100 Abs, 1 GG vorlagefähig.[411] Weiterhin erstreckt sich die prinzipale Normenkontrolle gemäß § 47 VwGO nicht auf Bundesrechtsverordnungen.[412] Also muss Rechtsschutz gegen Bundesrechtsverordnungen auf anderem Wege gewährleistet sein. Bei untergesetzlichem Bundes- oder Landesrecht haben die Fachgerichte die Verwerfungskompetenz im Einzelfall und können diese Normen nicht anwenden, wenn diese nach Ansicht des jeweiligen Fachgerichts gegen höherrangiges Recht verstoßen.[413] Hier setzt die inzidente Normenkon-

407 *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 23 Rn. 825; *Michael/Morlok,* Grundrechte, § 43 Rn. 821.

408 *Giesberts,* in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 47 Rn. 3, Rn. 8, Rn. 13, Rn. 32, Rn. 79 und 83; *Panzer/Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 02/2016, § 47 Rn. 8; *Unruh,* in: Fehling/Kastner/Störmer, VerwR, VwGO § 47 Rn. 4; *Schenke/Schenke,* in: Kopp, VwGO, § 47 Rn. 10 und 38.

409 *Schenke/Schenke,* in: Kopp, VwGO, § 47 Rn. 179.

410 BT-Drs. 17/3404, S. 132; *Groß,* in: Berchtold, SGG, § 55a Rn. 1.

411 C. I. 2. e. aa. (1).

412 C. I. 2. e. bb. (1).

413 *BVerwG*, Urteil vom 28.06.2000 – 11 C 13/99, juris-Rn. 29; *BVerwG*, Beschluss vom 26.01.1995 – 8 B 193/94, juris-Rn. 7 ff.; *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 100 Rn. 2; *Unruh,* in: Fehling/Kastner/Störmer, VerwR, VwGO § 47 Rn. 4; *Giesberts,* in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 47 Rn. 8; *Michael/Morlok,* Grundrechte, § 43 Rn. 821.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

trolle an, bei welcher im Gegensatz zur prinzipalen Normenkontrolle die Prüfung der Rechtmäßigkeit bzw. Gültigkeit einer Rechtsnorm nicht den Hauptgegenstand, sondern lediglich eine Vorfrage zur Entscheidung einer anderen Rechtsstreitigkeit, etwa der Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines Einzelakts, in diesem konkreten Gerichtsverfahren darstellt.[414] Wenn die Norm verworfen wird, hat das keine rechtliche Wirkung über den Rechtsstreit hinaus, sondern bindet nur die Beteiligten dieses Rechtsstreits.[415] Wenn eine solche inzidente Prüfung der Fachgerichte nicht zur Beseitigung von subjektiven (Grund-)Rechtsverletzungen führt, eröffnet Art. 19 Abs. 4 GG den Rechtsweg[416] vor den Fachgerichten gegen Rechtsverordnungen im Rahmen einer Feststellungsklage[417]. Diese Möglichkeit steht auch in der Sozialgerichtsbarkeit zur Verfügung[418], wenn effektiver Rechtsschutz nicht im Wege von § 55a SGG oder im Rahmen einer inzidenten Normenkontrolle erreicht werden kann. Darüber hinaus kann Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG erhoben werden.[419]

3. Nicht normativ-verbindliche Aussagesätze

Rechtssätze können auch als Aussagesätze über das positive Recht (a.) oder als Aussagesätze über Tatsachen (b.) verstanden werden. Im Gegensatz zu den oben gemeinten normativ-verbindlichen Rechtssätzen stellen sie kein gültiges Gesetzesrecht dar, sondern beziehen sich auf ein Sein.[420] Diese beiden Arten von Aussagesätzen gilt es nachfolgend voneinander abzugrenzen.

414 *BVerwG*, Urteil vom 28.06.2000 – 11 C 13/99, juris-Rn. 29; *Ziekow,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 47 Rn. 5; *Unruh,* in: Fehling/Kastner/Störmer, VerwR, VwGO § 47 Rn. 4; *Panzer/Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 02/2016, § 47 Rn. 8; *Giesberts,* in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 47 Rn. 1, Rn. 1.1, Rn. 3 und 8; *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 23 Rn. 825; *Schenke/Schenke,* in: Kopp, VwGO, § 47 Rn. 1; *Michael*, ZJS 2012, S. 756, 760.

415 *Giesberts,* in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 47 Rn. 3; *Unruh,* in: Fehling/Kastner/Störmer, VerwR, VwGO § 47 Rn. 4; *Panzer/Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 02/2016, § 47 Rn. 8.

416 Der Rechtsweg gegen Parlamentsgesetze ist durch Art. 19 Abs. 4 GG nicht eröffnet (*Michael/Morlok,* Grundrechte, § 43 Rn. 820).

417 *BVerfG*, Beschluss vom 17.01.2006 – 1 BvR 541/02, 1 BvR 542/02, juris-Rn. 40 ff. und 50; *BVerwG*, Urteil vom 28.06.2000 – 11 C 13/99, juris-Rn. 29 f.

418 *BSG*, Urteil vom 13.01.1993 – 14a/6 RKa 67/91, juris-Rn. 30 ff. und 43 f.

419 *Michael/Morlok,* Grundrechte, § 43 Rn. 821; *Giesberts,* in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 47 Rn. 8 f.; *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 23 Rn. 825.

420 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 250 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zudem ist im Zusammenhang mit nicht normativ-verbindlichem Recht auf das sogenannte Richterrecht (c.) einzugehen, welches im Kapitel zum Off-label-Use von Arzneimitteln eine wichtige Rolle spielen wird[421].

a. Aussagesätze über das positive Recht

Aussagesätze über das positive Recht zielen auf Sätze ab, in welchen über Rechtsnormen und deren Anwendungsbereich gesprochen wird.[422] Aussagesätze über das positive Recht können beispielsweise aussagen, dass eine bestimmte Rechtsnorm gültiges Gesetzesrecht ist, also dass die Norm den im Grundgesetz aufgestellten Bedingungen genügt. Ein Aussagesatz über das positive Recht kann ebenfalls aussagen, wie ein Tatbestandsmerkmal eines Rechtssatzes auszulegen ist[423]. Diese Behauptungen über das positive Recht können wahr[424] oder falsch sein.[425] Bei Aussagesätzen geht es um tatsächliche Behauptungen über die Verknüpfung zwischen Objekten und deren Eigenschaften. Im Vergleich zu normativ-verbindlichen Rechtssätzen, welche stets normativen Charakter haben und bei welchen bei Erfüllung des Tatbestands eine Rechtsfolge sicher eintritt, ist diese Art von Aussagesätzen nicht verbindlich.[426]

b. Aussagesätze über Tatsachen

Aussagesätze über Tatsachen in Form einer Tatsachenfeststellung[427] beschreiben Vorgänge oder Zusammenhänge, welche tatsächlich so sind oder

421 Siehe Kapitel D. II. 2. c.

422 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 250 f.; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 93; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 5 Rn. 33.

423 Ähnlich *Artur May*, welcher von „konkretisierenden Zwischensätzen" spricht (*May,* Die Revision, VI. B. Rn. 383).

424 Zu philosophischen Wahrheitstheorien etwa: *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, Teil C, Kapitel 10 oder *Gloy, Karen*, Wahrheitstheorien, eine Einführung, Stuttgart 2004.

425 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 197 und 251 und 253; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 93; so auch bereits *Kelsen,* Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, III. 75 f. (S. 145); *Engisch,* Beiträge zur Rechtstheorie, S. 290 f.

426 *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 93; *Weinberger,* Rechtslogik, S. 259.

427 *Kelsen*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Kelsen/Ehrlich, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft, S. 3, 12.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

waren. Gesprochen werden könnte auch von der Ermittlung eines Lebenssachverhalts.[428] Aussagesätze über Tatsachen können ebenfalls wahr oder falsch sein. Ob ein Aussagesatz wahr ist, hängt davon ab, ob der betreffende Satz die Tatsachen in der Form beschreibt, wie sie tatsächlich sind.[429]

c. Richterrecht

Unter Richterrecht wird in dieser Arbeit das vom Gericht gesprochene Recht verstanden, welches nicht unmittelbar dem Gesetz zu entnehmen ist. Darunter sind die letztinstanzlichen Gerichtsurteile etwa des *BVerfG* oder der obersten Gerichtshöfe zu fassen. Diese Rechtsprechung ergeht insbesondere zur Entwicklung von Grundsätzen und zur Ausfüllung von durch das Gesetz nicht geregelten Lücken (Lückenbereich).[430] Die herrschende Meinung[431], welcher auch in dieser Arbeit gefolgt wird, spricht dem Richterrecht die Rechtsquellenqualität ab[432]. Das wird damit begründet, dass rechtsetzende Akte der Judikative dem Prinzip der Gewaltenteilung gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG[433] widersprechen. Ein weiteres Argument, welches die verbreitete Ansicht stützt, kann dem Demokratieprinzip gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG[434] entnommen werden. So werden positiv gesetzte Rechtsnormen von der Legislative in einem demokratischen Verfahren erzeugt[435], was auf Richterrecht nicht zutrifft. Dieses ist vielmehr gesprochenes Recht von der Judikative, auf welches das demokratische Gesetzgebungsverfahren

428 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 250 f.; *Weinberger,* Rechtslogik, S. 53 f.; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 93; *Engisch,* Beiträge zur Rechtstheorie, S. 289 f.

429 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 250 f.; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 93; *Weinberger,* Rechtslogik, S. 53 f.

430 *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 235 ff.; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 13 Rn. 17; *Bydlinski,* Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 123.

431 Beispielseise: *Wilke,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 112 Rn. 32, *Bydlinski,* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 502, *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 429 ff. oder *Bydlinski,* Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 128 ff.; a.A.: *Pense,* Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 58; ebenso kritisch in Bezug auf die herrschende Ansicht: *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 13 Rn. 17.

432 So auch in Bezug auf höchstrichterliche Urteile: *BVerfG*, Beschluss vom 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, juris-Rn. 42.

433 Siehe: B. II. 1.

434 Siehe: B. III.

435 Siehe: C. I. 2. a. aa.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

keine Zugriffsmöglichkeit hat[436]. Ein weiterer Einwand gegen die Rechtsnormqualität betrifft die Unterscheidung zwischen einer Rechtsnorm mit ihrer Eigenschaft der Allgemeinverbindlichkeit[437] und Richterrecht, welches durch neues Richterrecht wieder verdrängt werden kann. Gesagt werden muss jedoch, dass auch wenn Richterrecht kein gesetztes, positives Recht darstellt, viele Lebensbereiche nicht abschließend durch die Legislative geregelt werden. Die Judikative ist damit aufgefordert, mit Ihrer Rechtsprechung diese Lücke zu füllen[438]. Beachtet werden muss jedoch, dass es Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung gibt, welche von den Gerichten eingehalten werden müssen[439].

d. Zwischenergebnis

Aussagesätzen über das positive Recht und Aussagesätzen über Tatsachen kann die Eigenschaft wahr oder unwahr bzw. falsch zugesprochen werden.[440] Sie sind grundsätzlich der Tatsachensphäre zuzurechnen. Der Unterschied zwischen diesen beiden Aussagesätzen ist jener, dass Aussagesätze der ersten Art das Ergebnis einer normativen Prüfung einer Rechtsfrage und Aussagesätze der zweiten Art eine Tatsachenfeststellung darstellen[441]. Um diese Überlegung konkreter auszudrücken, kann konstatiert werden, dass Aussagesätze über das positive Recht richtig oder unrichtig und dass Aussagesätze über Tatsachen wahr oder unwahr sein können. Der Unterschied liegt darin, dass die Adjektive richtig oder unrichtig einen etwas geringeren Grad an Gewissheit ausdrücken als die beiden Adjektive wahr und unwahr. In der Rechtswissenschaft gibt es oftmals verschiedene Ansichten, wie eine Rechtsfrage zu beantworten ist, weshalb diese Unterscheidung

436 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 107 und 110 f.
437 Siehe: C. I. 2. c. aa. (2).
438 *BVerfG*, Beschluss vom 19.02.1975 – 1 BvR 418/71, juris-Rn. 35; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 236 ff. m.w.N.; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 13 Rn. 17; *Wilke,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 112 Rn. 32; *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 6.
439 *BVerfG*, Beschluss vom 03.11.1992 – 1 BvR 1243/88, juris-Rn. 20; *Wilke,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 112 Rn. 32 m.w.N.
440 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 250 f.; *Weinberger,* Rechtslogik, S. 53 f.; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 93; *Engisch,* Beiträge zur Rechtstheorie, S. 289 f.
441 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 197.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

treffend erscheint.[442] Die Eigenschaft wahr oder unwahr der beiden Arten von Aussagesätzen kann auf Rechtssätze nicht angewandt werden, da sie stets normativen Charakter haben. Rechtsnormen sind im Gegensatz zu Aussagesätzen nicht auf ihren Wahrheitsgehalt hin verifizierbar.[443]

4. Zusammenfassung

Grundsätzlich sind normativ-verbindliche Rechtsnormen und Rechtssätze, welche von einer zum Normerlass ermächtigten Stelle rechtsverbindlich gesetzt wurden (sollen)[444], von nicht normativ-verbindlichen Aussagesätzen (sein)[445] zu unterscheiden. Dies kann mit rechtsphilosophischen Theorien belegt werden[446]. Jedoch wird in Bezug auf diese Arbeit der Naturrechtsgedanke[447], dass außerrechtliche Elemente, welche unabhängig vom positiv gesetzten Recht in der Tatsachensphäre zu finden sind, in der Form übernommen, dass nicht positiv gesetzte Aussagesätze in das positive Recht hineingetragen werden. Der Autor der Arbeit geht deshalb davon aus, dass jedes positive Recht einen „Offenheitsbereich"[448] hat bzw., dass das positive Recht lückenhaft ist[449]. Dieser „Offenheitsbereich" oder die „Lückenhaftigkeit" des positiven Rechts tritt dem Rechtsanwender in der Gestalt von auslegungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriffen entgegen. Dadurch öffnet sich die Rechtsnorm insbesondere gegenüber nicht normativ-verbindlichen Elementen, also z.B. wissenschaftlichen Erkenntnissen der Medizin, um welche es in dieser Arbeit vordergründig geht. Die beiden Ebenen der Rechtsnorm und der Wirklichkeit stehen also in Beziehung zueinander und vertreten nicht zwei entgegengesetzte Positionen, wie es

442 *A.a.O.*, S. 198; *Engisch,* Beiträge zur Rechtstheorie, S. 287 f.
443 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 251 und 253; *Weinberger,* Rechtslogik, S. 55 und 227 f.; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 93; so auch bereits *Kelsen,* Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, III. 75 f. (S. 145).
444 C. I. 2.
445 C. I. 3.
446 C. I. 1. a. und C. I. 1. b.
447 C. I. 1. c.
448 *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, S. 118.
449 *Zippelius*, in: Kunst/Grundmann, Evangelisches Staatslexikon, Band II, Rechtsphilosophie S. 2725.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Rechtspositivismus verstanden haben will[450]. Passend dazu führt das *BVerfG* aus, dass das Recht nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch sei, sondern dass gegenüber dem positiven Recht auch ein „Mehr an Recht" bestehen könne, welches als Korrektiv gegenüber dem positiven Recht wirken könne. Weiterhin stehe die Norm ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen, auf die sie wirken solle[451]. Der Rechtspositivismus geht weiterhin davon aus, dass die Norm und der Normtext identisch seien sowie dass die Rechtsnorm und der Normtext als etwas vom Gesetzgeber fertig Vorgegebenes angesehen werden müssten. Diese Annahmen werden in dieser Arbeit nicht vertreten. Demnach sind Rechtsnorm und Rechtssatz zu trennen[452]. In diesem Sinne ist praktische Rechtsanwendung mehr als bloße Konfrontation der Rechtsnorm mit dem Fall. Die Rechtsnorm ist nicht zur Anwendung fertig vorgegeben. Die damit gemeinte Rechtsnormerzeugung bzw. Rechtsnormkonstruktion („Strukturierende Rechtslehre") wird im nachfolgenden Kapitel näher zu beleuchten sein[453].

II. Rechtsanwendung

In diesem Teil der Arbeit wird herausgearbeitet, was unter Rechtsanwendung zu verstehen ist. Dafür ist zu Beginn auf die klassische Methode einzugehen, wie Rechtsnormen angewandt werden (1.), um daran anschließend das für diese Arbeit grundlegende Konzept der „Strukturierenden Rechtslehre" vorzustellen (2.).

1. Die juristische Methode der Rechtsanwendung

Die Methode der Rechtsanwendung oder Rechtsfindung gibt dem Rechtsanwender die zu befolgende Vorgehensweise bzw. Technik vor, um den Inhalt von Rechtsvorschriften *lege artis* zu erkennen und das abstrakt ver-

450 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 235 und Rn. 248; *Müller,* Strukturierende Rechtslehre, S. 115; *Müller,* Normstruktur und Normativität, S. 19 f.; in diesem Sinne auch *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 289 ff.; so auch schon oben: C. I. 1. d.

451 *BVerfG,* Beschluss vom 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, juris-Rn. 38 und 41.

452 C. I. 2. c. bb. (2).

453 Siehe: C. II. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fasste Recht in die Praxis zu überführen bzw. eine rechtliche Entscheidung zu treffen.[454] So verstanden, ist die Lehre von der Methode der Rechtsanwendung eine „rechtsdogmatische Metadisziplin"[455] oder eine „Metawissenschaft"[456], welche den Weg zum Ziel vorgibt. Für den Rechtsanwender geht es also vordergründig darum, den meistens nicht eindeutig oder nicht endgültig fixierten Inhalt von Gesetzestexten zu verstehen.[457] Diese „Verstehensleistung" bzw. die Auslegung von Gesetzen (sogleich unter b.) ist eingebettet in das klassische Modell des juristischen Justizsyllogismus (a.). Bei der Rechtsanwendung kann weiterhin ein Ermessenspielraum und/oder ein Beurteilungsspielraum der Verwaltung bestehen (c.) und es können Rechtsanwendungsfehler begangen werden (d.).

a. Der Justizsyllogismus bzw. das juristische Subsumtionsmodell

aa. Der Akt der Rechtsanwendung

Der Akt der Rechtsanwendung von Rechtssätzen bzw. die Herbeiführung einer rechtlichen Entscheidung kann als „[…] denkende Anwendung von Rechtsnormen auf die Welt des Seins durch den Syllogismus […]" bezeichnet werden[458]. Durch diese Definition wird deutlich, dass die Anwendung von Recht das Zusammentreffen von abstraktem Denken und einem Sachverhalt oder der Wirklichkeit bedeutet. Zwischen der generell-abstrakten Norm und der individuell-konkreten Wirklichkeit besteht eine Distanz[459], weshalb eine Methode benötigt wird, um diese Distanz zu überbrücken[460]. Die Methode, welche den Akt der Rechtsanwendung strukturiert, wird

454 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 466; *Kramer/Arnet,* Juristische Methodenlehre, S. 44 f.; *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 9 und 14 f.; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 2 Rn. 25; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 5.

455 *Kramer/Arnet,* Juristische Methodenlehre, S. 44 f. und 53 f.; *Oberhammer*, AcP 214 (2014), S. 155, 165; *Fleischer*, RabelsZ 2011, S. 700, 702; *van Hoecke,* Norm, Kontext und Entscheidung, Die Interpretationsfreiheit des Richters, S. 52.

456 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 248; *Larenz/Canaris,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 69.

457 *Kramer/Arnet,* Juristische Methodenlehre, S. 44 f.

458 *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 4.

459 Siehe dazu bereits oben: C. I. 2. c. aa. (2).

460 *Bydlinski,* Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 18 und 24; *Larenz/Canaris,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 94.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

durch den sogenannten Justizsyllogismus[461] repräsentiert. Dieses theoretische Modell, gesprochen werden könnte auch vom juristischen Subsumtionsmodell[462], besteht aus Obersatz, Untersatz und Schlussfolgerung.[463] Unter diesem Justizsyllogismus bzw. dem juristischen Subsumtionsmodell versteht der Verfasser dieser Arbeit die Subsumtion im weiteren Sinne. Nachfolgend sind die Bestandteile dieses Syllogismus darzustellen (bb.).

bb. Bestandteile des Justizsyllogismus

(1) Der Obersatz

Im Obersatz befinden sich abstrakt vermittelte und normativ-verbindliche Rechtsideen, die der Welt des Sollens[464] zugehörig sind.[465] Um den Obersatz zu gewinnen, muss die rechtsanwendende Person die im Einzelfall anzuwendenden Rechtsvorschrift(en) und die im Tatbestand genannten Voraussetzungen identifizieren. Dies erfolgt anhand des festgestellten Sachverhalts oder Falles. Sodann ist der Inhalt eines vom Gesetzgeber abstrakt vorgegebenen und anzuwendenden Normtextes zu ermitteln. Damit ist die Auslegung von Rechtsnormen und deren Tatbestandsmerkmalen bzw. Rechtsbegriffen im Obersatz gemeint.[466]

---

461 Dazu ausführlich: *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 271 ff., *Larenz/Canaris,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 91 ff. oder *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 8 ff.

462 *Nierwetberg,* JZ 1983, S. 237, 238; *Rauscher,* SGb 1986, S. 45, 48.

463 *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 1; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 6 Rn. 19; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 101; *Bydlinski,* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 395; *Bydlinski,* Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 29; *Früh*, JuS 10/2021, S. 905, 906 f.; *Larenz/Canaris,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 92; *Nierwetberg,* JZ 1983, S. 237, 238; *Rauscher,* SGb 1986, S. 45, 48; *Mannheim*, Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiell-rechtlicher Verstösse im Strafverfahren, S. 38 f.

464 C. I. 1. a.

465 *Berchtold,* in: Berchtold/Karmanski/Richter, Prozesse in Sozialsachen, § 8 Rn. 246b; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 4.

466 *Bydlinski,* Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 29; *Engisch,* Einführung in das juristische Denken, S. 77 f.; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 6 Rn. 19; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 103; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 24; *May,* Die Revision, VI. B. Rn. 327; *Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 152; *Lennartz*, Dogmatik als Methode, S. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Der Untersatz

Der festgestellte Lebenssachverhalt ist fester Bestandteil des Untersatzes des theoretischen Modells der Rechtsanwendung.[467] Die Bildung des Untersatzes wird als Subsumtion bezeichnet.[468] Diese wird vom Verfasser als Subsumtion im engeren Sinne[469] verstanden, welche im Folgenden erläutert wird.

(i) Die Subsumtion im engeren Sinne

Die Subsumtion im engeren Sinne zeichnet sich dadurch aus, dass der Tatbestand bzw. der ausgelegte Rechtsbegriff einer Norm des formellen oder materiellen Rechts mit den ermittelten und festgestellten Einzeltatsachen auf deren Kongruenz abgeglichen wird.[470] Der ermittelte Lebenssachverhalt bzw. einzelnen Sachverhaltselemente werden also unter den ausgelegten Tatbestand einer Rechtsvorschrift im Wege eines logischen Schlussverfahrens subsumiert. Technisch ausgedrückt, kann gesagt werden, dass der Untersatz abschließend unter den Obersatz gezogen wird.[471] Ein Subsumtionsschluss ist dadurch gekennzeichnet, dass Begriffe von engerem Umfang, solchen von weiterem Umfang untergeordnet bzw. subsumiert wer-

467 *Bydlinski,* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 395; *Bydlinski,* Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 29; *Engisch,* Einführung in das juristische Denken, S. 78, S. 82 und 86; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 6 Rn. 19; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 104; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 4; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 271 ff.

468 *Engisch,* Einführung in das juristische Denken, S. 82, S. 86 und 97; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 6 Rn. 19; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 273; *Larenz/Canaris,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 94.

469 Ähnlich *Franz Reimer,* der jedoch hinsichtlich des Begriffs der Subsumtion zwischen dem Syllogismus insgesamt und der Bildung der Schlussfolgerung (Conclusio) unterscheidet (*Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 40).

470 *Lennartz*, Dogmatik als Methode, S. 6; *May,* Die Revision, VI. B. Rn. 335; *Müller,* Normstruktur und Normativität, S. 19 f.

471 *Larenz/Canaris,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 92 und 94; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 272; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 99; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 395 ff.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 24; *Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 152.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den.[472] Es handelt sich demnach um einen logischen Schluss[473], dass der im Einzelfall festgestellte Sachverhalt (Untersatz) ein Fall des Tatbestands der ausgelegten Norm (Obersatz) ist[474]. Fraglich ist, ob die Subsumtion deshalb lediglich ein „Vorgang logischen Denkens"[475] oder eine „logische Operation"[476] ist und deshalb keinen Rechtsanwendungsakt im engeren Sinne betrifft. Das führt zu der nachfolgend zu erörternden Frage, ob die Subsumtion im engeren Sinne zur Rechtsanwendung gehört.

(ii) Die Subsumtion im engeren Sinne als Rechtsanwendung

Die Mittel der juristischen Methodik zielen auf theoretisches Nachdenken ab[477] und erlauben es insofern nicht, Tatsachen zu erheben[478]. Das trifft auf die Auslegungstätigkeit, aber auch auf die Subsumtion zu. Wie gesagt, ist der Subsumtionsvorgang dadurch gekennzeichnet, dass ein Abgleich zwischen der abstrakten Norm und dem Einzelsachverhalt durchgeführt wird[479]. Das beinhaltet Elemente des logischen Denkens, aber auch das Wissen über die abstrakten Voraussetzungen der Norm, welche zur Wirklichkeit passen müssen. Die Erforschungs- und Ermittlungstätigkeit von Einzeltatsachen, um den Sachverhalt feststellen zu können, gehört nicht zur Rechtsanwendung[480], die Unterwerfung des festgestellten Sachverhalts unter den Rechtssatz dafür schon[481]. Bei einem Subsumtionsschluss wird also eine Norm auf den einzelnen Sachverhalt angewandt[482].

472 *Regenbogen/Meyer*, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, Stichwort: Subsum(p)tion (S. 642).
473 *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 99; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 273; *Larenz/Canaris,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 94.
474 *Larenz/Canaris,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 92; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 271.
475 *Grave/Mühle,* MDR 1975, S. 274, 275.
476 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 396.
477 C. II. 1. a. aa.
478 *Becker*, SGb 2007, S. 261, 265; *Breunig,* in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 86 Rn. 16 f.
479 C. II. 1. a. bb (2) (i).
480 *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 4; *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 90.
481 *May,* Die Revision, VI. B. Rn. 327.
482 *Berchtold,* in: Berchtold/Karmanski/Richter, Prozesse in Sozialsachen, § 8 Rn. 246.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(3) Schlussfolgerung (Conclusio)

Die erfolgreiche Subsumtion im engeren Sinne, also wenn sich die Norm im konkreten und festgestellten Lebenssachverhalt verwirklicht hat, geht über zu der Schlussfolgerung, dass für einen bestimmten Sachverhalt eine bestimmte Rechtsfolge gilt.[483]

cc. Zwischenergebnis

Das juristische Subsumtionsmodell ist ein syllogistisches Schlussverfahren, in welchem der Obersatz die Voraussetzung(en) für eine Folge benennt, welche für einen konkreten Sachverhalt gelten soll. Im Untersatz wird geprüft, ob sich diese abstrakten Voraussetzungen in einem Sachverhalt verwirklichen. Wenn die Voraussetzung(en) erfüllt sind, wird eine Schlussfolgerung gezogen.[484] Ober- und Untersatz sind demnach miteinander verbunden und stehen in einem gegenseitigen Wechselverhältnis.[485] Ebenso sind Gesetzesauslegung (Obersatz) und Rechtsfolge (Conclusio) miteinander verbunden. Denn erst wenn der Inhalt einer Norm ausgelegt bzw. klar umrissen wurde, kann eine mit dem Tatbestand einer Norm verknüpfte Rechtsfolge ausgesprochen werden.[486] Der Untersatz und die Schlussfolgerung stehen ebenfalls in einem engen Zusammenhang, da bei erfolgreicher Subsumtion eine Rechtsfolge ausgelöst wird. Die in dem Subsumtionsmodell auftauchenden juristischen Tätigkeiten der Auslegung, Subsumtion sowie Schlussfolgerung gehören zur Rechtsanwendung und lassen sich im Rahmen der praktischen Rechtsarbeit nicht voneinander trennen. Die Subsumtion kann unterteilt werden in die Subsumtion im weiteren Sinne[487] und in die Subsumtion im engeren Sinne[488]. Die Sachverhaltserforschung gehört nicht zur Rechtsanwendung und ist von dieser grundsätzlich zu trennen[489]. Die folgenden Ausführungen beleuchten den Hauptbestandteil des Obersatzes, die Gesetzesauslegung (b.).

483 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 271; *Larenz/Canaris,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 92; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 395.
484 *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 40.
485 *BSG,* Beschluss vom 23.02.2017 – B 5 SF 5/16 AR, juris-Rn. 18.
486 *Eichenhofer,* SGb 2011, S. 511, 512.
487 C. II. 1. a. aa.
488 C. II. 1. a. bb. (2).
489 C. II. 1. a. bb. (2) (ii).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Die Auslegung bzw. Konkretisierung von Gesetzen

In diesem Unterabschnitt ist zunächst der Begriff der Auslegung zu definieren (aa.). Bevor die einzelnen juristischen Auslegungsmethoden aufgezeigt werden (cc.), ist jedoch vorab auf zwei Theorien einzugehen, welche Aufschluss darüber geben sollen, was das Ziel der Auslegung einer Norm ist (bb.). Abschließend ist eine mögliche Rangordnung der einzelnen Auslegungskriterien zu erarbeiten (ee.).

aa. Definition von Auslegung

Jegliche Gesetzestexte sind der Auslegung zugänglich und bedürftig. Das liegt daran, dass die Sprache des Rechts oftmals vage und uneindeutig ist. So müssen insbesondere unbestimmte Rechtsbegriffe ausgelegt bzw. näher konkretisiert werden.[490] Aber auch bei auf den ersten Blick eindeutig formulierten Gesetzestexten, kann es vorkommen, dass sich die Bedeutung des jeweiligen Normtextes über die Zeit wandeln kann oder dass Rechtstexte nur in Verbindung mit anderen Normen verstanden werden können, welche dann dem ursprünglich vermeintlich eindeutigen Text wieder eine neue Bedeutung geben.[491] Grundsätzlich bezieht sich die Auslegungstätigkeit auf Rechtssätze. Sonstige nicht normativ-verbindliche Aussagesätze[492] sind nicht auszulegen, sondern richtigerweise kritisch zu würdigen.[493] Der Gesetzestext ist eine sprachliche Äußerung, welche vom Rechtsanwender verstanden werden muss. Bei der normativen Gesetzesauslegung[494] von Rechtstexten will sich die auslegende Person durch theoretisches Nachdenken[495] den Sinn oder die Bedeutung eines normativen

490 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 312 f.
491 *A.a.O.,* S. 205; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 156 ff., Rn. 171 ff., Rn. 731 ff. und 743.
492 Siehe: C. I. 3.
493 *BSG*, Urteil vom 23.04.2015 – B 2 U 10/14 R, juris-Rn. 23 m.w.N.; *Spellbrink/Karmanski*, SGb 2021, S. 461, 463 (Fußnote 16).
494 *BSG*, Urteil vom 03.03.1999 – B 6 KA 18/98 R, juris-Rn. 15 m.w.N.; *Dreher,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 798.
495 *Becker*, SGb 2007, S. 261, 265.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Textes erschließen.[496] Das ist Gegenstand der Hermeneutik, welcher es um das Interpretieren oder Verstehen von Texten geht.[497] Wie zu zeigen sein wird, erschöpft sich die Auslegungstätigkeit nicht normativ. Vielmehr steht die sogenannte tatsachengestützte Auslegung[498] im Mittelpunkt. In Bezug auf das Subsumtionsmodell[499] ist zu sagen, dass der Auslegungsvorgang so lange vorangetrieben wird, bis der jeweilige Rechtsbegriff so weit ausgelegt wurde, dass er zum festgestellten Sachverhalt passt und der Subsumtionsvorgang im engeren Sinne vollzogen werden kann[500]. Auch Verträge können gemäß § 69 Abs. 1 S. 3 i.V.m. §§ 133, 157 BGB ausgelegt werden. Solche Verträge sind z.B. bundesweit geltende, öffentlich-rechtliche Verträge zwischen dem *Spitzenverband Bund der Krankenkassen (GKV-Spitzenverband)* und der *Kassenärztlichen Bundesvereinigung (KBV)*, welche als Bestandteil des Bundesmantelvertrags (BMV) gemäß § 82 Abs. 1 SGB V[501] abgeschlossen werden[502]. Die klassischen Regeln der Auslegung von Rechtsvorschriften, welcher sich der Rechtsanwender bedient, sind im Jahr 1840 von *Friedrich Carl von Savigny*[503] entwickelt worden, der diese selbst als Kunst bezeichnete[504]. Diese sogenannten Kanones der Auslegung haben sich seither als Instrument bewährt, wenn Rechtsbegriffe auszulegen sind[505]. Diese Auslegungskriterien, -gesichtspunkte, -elemente, -methoden oder auch Konkretisierungselemente[506] werden grundsätzlich durch die

496 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 204 f. und 312 f.; zur Kritik der juristischen Auslegungsmethoden aus sprachwissenschaftlicher Sicht: *Baumann,* LeGes 6 (1995) 3, S. 11, 13 ff. m.w.N.

497 *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 1 Rn. 3 sowie § 4 Rn. 15 ff.; *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 6.3 Rn. 37 f.

498 *Dreher,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 798 f.

499 C. II. 1. a. bb.

500 *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 6 Rn. 14.

501 Zum Rechtsnormcharakter der Bundesmantelverträge: *Vogl/Engelhart-Au,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 82 Rn. 7 oder *Rompf*, Der Bundesmantelvertrag als Herzstück untergesetzlicher Normsetzung im Vertragsarztrecht, in: Katzenmeier/Ratzel, FS Dahm, S. 401, 408 f.

502 *BSG,* Urteil vom 03.03.1999 – B 6 KA 18/98 R, juris-Rn. 14.

503 *Von Savigny,* System des heutigen Römischen Rechts, Band 1, § 33 S. 212 ff.

504 *A.a.O.*, § 32 S. 211.

505 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 87; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 8; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 7; *Kramer/Arnet,* Juristische Methodenlehre, S. 66.

506 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 303.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sprachlich-grammatische, die systematische, die historische und genetische sowie die teleologische Auslegungsmethode repräsentiert[507].

bb. Subjektiver Wille des historischen Gesetzgebers oder objektiver Wille der Norm?

Hinsichtlich der Frage, wie Gesetze auszulegen sind, und auch in Bezug auf eine Rangfolge der einzelnen Auslegungskriterien[508], existieren zwei sich widerstreitende Theorien. Einerseits besagt die subjektive Theorie, dass das Ziel der Auslegung einer Norm in der Ermittlung des subjektiven Willens des historischen Gesetzgebers liege. Diese subjektive Vorstellung des historischen Gesetzgebers (subjektiv-teleologisches Auslegungsziel) ergebe sich in der Regel aus den Gesetzgebungsmaterialien mittels einer genetischen Auslegung. Die objektive Theorie sieht das Auslegungsziel in der Ermittlung des objektiven Willens der Norm selbst, also des aus heutiger Sicht normativen Sinns des Gesetzes. Dieser könne mit der grammatischen, der systematischen, der teleologischen und der historischen Auslegungsmethode herausgefiltert werden.[509] Die einzelnen Methoden sind dann als Mittel anzusehen, um das jeweilige Auslegungsziel zu erreichen. Demnach bestimmt sich der inhaltliche Schwerpunkt des jeweiligen Auslegungsarguments danach, ob der subjektiven oder objektiven Theorie gefolgt wird.[510]

507 So beispielsweise auch: *BSG*, Urteil vom 24.06.2010 – B 10 EG 12/09 R, juris-Rn. 20 m.w.N.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 24; *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 269; *Kramer/Arnet,* Juristische Methodenlehre, S. 66; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 133; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 319 ff.; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 7; *Deckert*, JA 1994, S. 412, 413.

508 Siehe sogleich unten: C. II. 1. b. ee.

509 *BVerfG*, Beschluss vom 17.05.1960 – 2 BvL 11/59, 2 BvL 11/60, juris-Rn. 16 f.; in Bezug auf die Auslegung von Verträgen mit normativer Wirkung gegenüber Dritten und der dabei zu ermittelnden objektiven Erklärungsbedeutung, anstatt des subjektiven Willens der Vertragspartner: *BSG*, Urteil vom 18.05.2021 – B 1 KR 34/20 R, juris-Rn. 21 oder *BSG*, Urteil vom 20.11.2012 – B 3 KR 10/11 R, juris-Rn. 20 m.w.N.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 24 und 442; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 5; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 796 f.; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 126 f.; *Deckert*, JA 1994, S. 412, 413 ff.; *Bydlinski,* Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 35 f.; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 316 ff.; *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 247; *Zippelius,* Juristische Methodenlehre, S. 17 ff.

510 *Deckert*, JA 1994, S. 412, 413; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bei der Auslegung handelt es sich also um einen Nachvollzug des Willens des Normgebers oder des Willens der Norm mittels der genannten Kriterien.[511] Das *BVerfG* positioniert sich auf der Seite der objektiven Theorie, wenn es ausführt, dass für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend sei. Dieser ergebe sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang. Nicht entscheidend sei hingegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Norm.[512] Die Gesetzgebungsmaterialien seien lediglich mit einer gewissen Zurückhaltung und unterstützend heranzuziehen, um den objektivierten Willen zu untermauern. Nicht zulässig sei es, die Vorstellungen der am Gesetzgebungsprozess beteiligten Akteure dem objektiven Inhalt des Gesetzes gleichzusetzen.[513] Die Entstehungsgeschichte der Norm sei für die Auslegung nur insofern von Bedeutung, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätige oder Zweifel behebe, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können.[514] Aus den Ausführungen des *BVerfG* zur objektive Theorie kann zunächst geschlossen werden, dass zumindest mit der Auslegung nach dem Wortlaut („Wortlaut der Gesetzesbestimmung") zu beginnen ist[515]. Weiterhin liegt besonderes Gewicht auf der systematischen und teleologischen Auslegung („Sinnzusammenhang").[516] Beachtet werden muss an dieser Stelle jedoch, dass es

511 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 24.

512 *BVerfG*, Urteil vom 21.05.1952 – 2 BvH 2/52, juris-Rn. 56; *BVerfG*, Beschluss vom 17.01.1957 – 1 BvL 4/54, juris-Rn. 73; *BVerfG*, Beschluss vom 15.12.1959 – 1 BvL 10/55, juris-Rn. 40; *BVerfG*, Beschluss vom 17.05.1960 – 2 BvL 11/59, 2 BvL 11/60, juris-Rn. 16; *BVerfG*, Beschluss vom 05.07.1972 – 2 BvL 6/66, juris-Rn. 90; *BVerfG*, Beschluss vom 09.05.1978 – 2 BvR 952/75, juris-Rn. 29; *BVerfG*, Beschluss vom 16.12.1981 – 2 BvR 898/79, 1 BvR 1132/79, juris-Rn. 59; ebenso: *BGH*, Urteil vom 30.06.1966 – KZR 5/65, juris-Rn. 13.

513 *BVerfG*, Beschluss vom 17.05.1960 – 2 BvL 11/59, 2 BvL 11/60, juris-Rn. 18 m.w.N.

514 *BVerfG*, Urteil vom 21.05.1952 – 2 BvH 2/52, juris-Rn. 56.

515 Ebenso: *BVerfG,* Urteil vom 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, juris-Rn. 66 und *BGH*, Urteil vom 30.06.1966 – KZR 5/65, juris-Rn. 13.

516 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 26; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 18; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 731 und 743; *Deckert*, JA 1994, S. 412, 414.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ebenso Entscheidungen des *BVerfG* gibt, in welchen das Gericht der Entstehungsgeschichte bei der Auslegung eine wichtige Rolle beimisst.[517]

cc. Die einzelnen Auslegungsmethoden

Weder die Anzahl noch eine Anwendungs(reihenfolge) bzw. eine Rangordnung der Kanones der Auslegung sind eindeutig festgelegt.[518] Die Auslegungsmethoden können also auf unterschiedliche Art und Weise verstanden werden.[519] Auch können sie nicht ohne Weiteres auf die Auslegung und Interpretation von Grundrechten angewandt werden, wie *Ernst-Wolfgang Böckenförde* mit seiner Sichtweise auf unterschiedliche Grundrechtstheorien eindrucksvoll bewiesen hat.[520]

(1) Sprachlich-Grammatische Auslegung

Die sprachlich-grammatische Auslegung umfasst den Auslegungsvorgang, welcher seinen Ausgangspunkt am Wortlaut des Gesetzes nimmt, und übergeht zu der Ermittlung des Wortsinns bzw. der Wortbedeutung (Semantik) eines Rechtsbegriffs. Die Ermittlung des Inhalts und der Bedeutung eines Begriffs stellt also das Ziel der sprachlich-grammatischen Aus-

517 Beispielsweise: *BVerfG*, Urteil vom 19.10.1982 – 2 BvF 1/81, juris-Rn. 88 f., *BVerfG*, Beschluss vom 09.05.1972 – 1 BvR 518/62, 1 BvR 308/64, juris-Rn. 90 ff. oder *BVerfG*, Beschluss vom 11.06.1980 – 1 PBvU 1/79, juris-Rn. 23 und 39; dazu ausführlich *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 27 ff.

518 *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 19 f.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 429; *Deckert*, JA 1994, S. 412, 414; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 18; *Bydlinski,* Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 27; auch *Savigny* selbst hatte keine Rangfolge festgelegt (*von Savigny,* System des heutigen Römischen Rechts, Band I, § 33 S. 215).

519 In Bezug auf eine ausführliche Aufarbeitung der Auslegungsmethoden sind insbesondere zu nennen: *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 67-67e; *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Kapitel C. II. 2., *Bydlinski,* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 3. Buch, 2. Teil oder *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Kapitel 4.

520 Grundlegend: *Böckenförde,* NJW 1974, S. 1529, 1529 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

legung dar.[521] Für ein Verständnis des jeweiligen Rechtsbegriffs ist zu beachten, dass dieses variieren kann. So kann ein Begriff unterschiedlich gebraucht werden, je nachdem ob auf den Sprachgebrauch vom Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes oder auf denjenigen Sprachgebrauch abgestellt wird, welcher von der Gesellschaft im Rahmen der aktuellen Anwendung der Norm zugrunde gelegt wird. Weiterhin kann ein Unterschied zwischen der juristischen Fachsprache und dem umgangssprachlichen Sprachgebrauch bestehen.[522] Für die Ermittlung des jeweiligen Sprachgebrauchs kann auf (juristische) Wörterbücher zurückgegriffen werden.[523] So griff z.B. das *Bundesarbeitsgericht (BAG)* für die Ermittlung der Bedeutung des Begriffs „einschließlich" in einem Tarifvertrag auf das Deutsche Wörterbuch von *Jacob Grimm und Wilhelm Grimm*[524] zurück.[525] Mit der Heranziehung von solchem Tatsachenmaterial wird tatsachengestützt ausgelegt.[526]

(2) Systematische Auslegung

Das systematische Auslegungselement stellt die auszulegende Norm in den Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung. Hierbei ist zu fragen, in welchem Kapitel oder Abschnitt eine Norm in dem jeweiligen Gesetz eingebunden ist. Auch ist die Norm in ihrem Zusammenhang oder in ihrem Zusammenwirken mit anderen Rechtsvorschriften dieses Gesetzes oder auch anderer Gesetze zu sehen. Dabei sind auch Widersprüche zwischen

521 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 351a, ebenso mit weiteren Ausführungen zu möglichen Problemen während des Wegs vom Gesetzestext zur Bedeutung der Vorschrift in Rn. 351b ff.; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 62; *Schwacke,* Juristische Methodik, S. 89; *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 281; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 320 f.; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 9 f.; *Kramer/Arnet,* Juristische Methodenlehre, S. 67.

522 *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 11; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 738 ff.; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 323 f.; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 134 ff. *Deckert*, JA 1994, S. 412, 414; *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, S. 166 f.; *Zippelius,* Juristische Methodenlehre, S. 35 f.

523 *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 11; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 738; *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 301 f.

524 *Grimm, Jacob/Grimm, Wilhelm*, Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm, herausgegeben vom Kompetenzzentrum - Trier Center for Digital Humanities, Trier 2024.

525 *BAG*, Urteil vom 25.04.2013 – 6 AZR 800/11, juris-Rn. 23.

526 C. II. 1. b. aa.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einzelnen Normen zu beachten und zu beseitigen. Zur systematischen Auslegung gehört ferner, dass höherrangiges Recht, also insbesondere die Verfassung, bei der Auslegung zu berücksichtigen ist. Der Rechtsanwender hat das Gesetz also verfassungskonform auszulegen.[527] *Karl Larenz* erkennt in der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen ein eigenständiges Auslegungselement.[528] Die systematische Auslegung erschöpft sich in der Regel in einer normativen Gesetzesauslegung. Tatsächliche Umstände spielen bei dieser Art der Auslegung eine untergeordnete Rolle. Vielmehr sind als Auslegungsmaterial die auszulegende Norm selbst und das gesetzliche System, in welches sie eingebettet ist, zu identifizieren. Darüber hinaus sind andere Gesetze, welche für das Verständnis der auszulegenden Norm hilfreich sind, sowie logische Zusammenhänge ausschlaggebend[529].

(3) Historische und genetische Auslegung

Bei der historischen Auslegung wird nach dem geschichtlichen Kontext der Rechtsnorm gefragt. Fraglich ist, welche Begebenheiten zur damaligen Zeit bei Erlass des Gesetzes vorherrschend waren und den Gesetzgeber, also das Parlament, dazu veranlasst haben, das entsprechende Gesetz zu verabschieden. Zu diesen Begebenheiten sind z.B. kulturelle, politische oder soziologische[530] Verhältnisse zu zählen.[531] Grundlage, um diese historischen Umstände zu ermitteln, können u.a. geschichtswissenschaftliche Erkenntnisse oder auch rechtswissenschaftliche Literatur zur damaligen Zeit sein.[532] Diese damals geltenden Umstände können sich im Laufe der Zeit jedoch ändern. Bei der Auslegung der aktuell geltenden Norm sind diese historischen Verhältnisse dann zu berücksichtigen und die Auslegung

527 *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 12 und 14; *Zippelius,* Juristische Methodenlehre, S. 36; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 324 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 744 ff.; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 144 ff.; *Bydlinski,* Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 32 ff.; *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 311 ff.; *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, S. 167.

528 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 339 ff.

529 *Bydlinski,* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 442.

530 *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, S. 105.

531 *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 15; *Deckert*, JA 1994, S. 412, 415 f.; *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 347 f.

532 *Deckert*, JA 1994, S. 412, 416; *Bydlinski,* Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weiterzuentwickeln.[533] Mit der historischen Auslegung eng verknüpft ist die genetische Auslegung[534] von Gesetzen. Als Auslegungsmaterial für diese Auslegungsmethode, welche die Entstehungsgeschichte einer Norm in das Zentrum der Auslegung stellt, dienen Gesetzgebungsmaterialien. Dazu zählen amtliche Dokumente im Zusammenhang mit dem Gesetzgebungsverfahren, wie z.B. Gesetzentwürfe, Beschlussempfehlungen, Ausschussberichte oder Parlamentsprotokolle.[535]

(4) Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegungsvariante stellt den Sinn und Zweck der jeweils auszulegenden Rechtsnorm in den Mittelpunkt. Sie fragt nach den Leitgedanken, welcher der Norm zugrunde liegen. Es geht um die von der Norm bezweckten Folgen oder Ziele für die Gesellschaft.[536] Die teleologische Auslegung kann weiterhin in die subjektiv-teleologische und die objektiv-teleologische Auslegung untergliedert werden.[537] Die subjektiv-teleologische Auslegung[538] stellt den Zweck bzw. die Zwecke in den Mittelpunkt, welchen bzw. welche der historische Gesetzgeber der Norm bei deren Erlass zugeschrieben hat.[539] Hingegen geht es der objektiv-teleologischen Auslegung um den Sinn und Zweck der Norm aus heutiger Sicht.[540] Hierbei

533 *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 15.

534 Dazu ausführlich im Rahmen einer Dissertationsschrift: *Sehl, Markus,* Was will der Gesetzgeber?, Baden-Baden 2019.

535 *A.a.O.*, S. 51; *Deckert*, JA 1994, S. 412, 416; *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, S. 2825, 2826; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 15; *Bydlinski,* Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 37; *Bydlinski,* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 449; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 330; *Spitzlei*, JuS 4/2022, S. 315, 315; *Schlehofer*, JuS 7/1992, S. 572, 575 f.; eine ausführliche Übersicht relevanter Materialien für die genetische Auslegung von Europarecht und nationalem Recht ist bei *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 350 zu finden; ebenso zu möglichen Anforderungen an für die genetische Auslegung relevanten Materialien und deren Einbindung in die Auslegung: *Wischmeyer*, JZ 2015, S. 957, 964 ff.

536 *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 16; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 156.

537 *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 156; *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 360.

538 Siehe oben: C. II. 1. b. bb.

539 *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 157.

540 *A.a.O.*, Rn. 158 ff.; *Früh*, JuS 10/2021, S. 905, 907.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kann, ausgehend vom ursprünglichen Verständnis des Gesetzgebers[541], auf objektiv-teleologische Kriterien[542] oder externe Zwecke[543] zurückgegriffen werden, welche über das aktuelle Verständnis der Norm Aufschluss geben. Dazu sind solche zu zählen, welche sich z.B. aus ethischen, ökonomischen oder wissenschaftlichen Gesichtspunkten ergeben.

dd. Zwischenergebnis

Der Einfluss der subjektiven und objektiven Theorie[544] ist in den jeweiligen Auslegungsmethoden zu erkennen. Diese können, je nachdem welcher Theorie im Einzelfall gefolgt wird, eingesetzt werden.[545] Die tatsachengestützte oder tatsachenbasierte Auslegung ist kein eigenes Auslegungskriterium. Vielmehr kann jede Auslegungsmethode, mit Ausnahme des systematischen Elements, unter Rückgriff auf Tatsachen angewandt werden.

ee. Rangordnung der Auslegungsmethoden

(1) Gesetzliche Bindung der juristischen Methode

In Bezug auf eine Rangordnung der einzelnen Auslegungsmethoden ist zunächst danach zu fragen, ob es normativ-verbindliche Vorgaben gibt, welche der rechtsanwendenden Person eine bestimmte Vorgehensweise vorschreibt, wie ein Rechtsfall zu lösen ist. Grundsätzlich gibt es im deutschen Recht keine solche gesetzliche Bindung der juristischen Methode.[546] Das liegt darin begründet, dass solche Rechtsvorschriften ihrerseits wiederum

541 *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 158.

542 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 333 ff.; *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 360.

543 *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 158; eher kritisch: *Rückert/Seinecke,* Zwölf Methodenregeln für den Ernstfall, in: Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, Rn. 32, 57 f.

544 C. II. 1. b. bb.

545 Mit Beispielen: *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 9-16.

546 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 429; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 704; insbesondere im österreichischen, schweizerischen und italienischen Zivilrecht sind solche positivrechtlichen Normen zu finden, welche die juristische Methodik erfassen (*Kramer/Arnet,* Juristische Methodenlehre, S. 45 ff. und 52 f.; *Bydlinski,* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 79 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

interpretationsoffen wären und es deshalb einer Methode bedürfte, welche die Interpretation der gesetzlich verankerten Interpretationsrichtlinien regeln würde.[547] Lediglich für völkerrechtliche Verträge bestehen mit Artt. 31-33 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (Wiener Vertragskonvention – WKV) Auslegungsregeln.[548] In Deutschland wurde die WKV gemäß Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG ratifiziert[549] und gilt demnach wie ein einfaches Bundesgesetz[550]. Folglich bleibt weiterhin fraglich, wie eine Rangordnung bzw. Rangfolge der Auslegungskriterien und damit auch eine rechtliche Entscheidung begründet werden kann.

(2) Ableitung einer Rangordnung im Einzelfall aus dem Verfassungsrecht

Anknüpfend an die beiden erläuterten Theorien des einerseits subjektiven und andererseits objektiven Auslegungsziels wird nachfolgend eine Rangfolge der einzelnen Auslegungselemente erarbeitet, welche insbesondere verfassungsrechtlich begründet werden kann.

(i) Grundsätzlicher Gleichrang der Auslegungsmethoden

Die einzelnen Auslegungsregeln sind grundsätzlich gleichrangig in den Auslegungsvorgang einzubeziehen. Sie sollen sich gegenseitig ergänzen und stützen sowie den objektiven Willen des Gesetzgebers herausfiltern.[551] Das

547 *Kramer/Arnet,* Juristische Methodenlehre, S. 52 f.; *Bydlinski,* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 79 f.; in Bezug auf das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch: *Mugdan,* Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I, II. Allgemeiner Theil, B. Motive der 1. Kommission, S. 15 (S. 365).

548 *EGMR*, Urteil vom 29.01.2008 – 13229/03, juris-Orientierungssatz Nr. 1; *Herdegen*, Völkerrecht, § 15 Rn. 31 ff.; *Nettesheim,* in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Einleitung Rn. 23; *Lagodny/Mansdörfer,* in: Erb/Schäfer, MünchKomm StGB, Band 7, Einleitung Rn. 44.

549 Gesetz zu dem Wiener Übereinkommen vom 23.05.1969 über das Recht der Verträge vom 03.08.1985 (BGBl. II, S. 926), Bekanntmachung über das Inkrafttreten vom 26.10.1987 (BGBl. II, S. 757).

550 *BVerfG*, Beschluss vom 29.01.2019 – 2 BvC 62/14, juris-Rn. 61.

551 *BVerfG*, Beschluss vom 17.05.1960 – 2 BvL 11/59, 2 BvL 11/60, juris-Rn. 18; *BVerfG,* Urteil vom 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, juris-Rn. 66; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 8 und 17; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 25; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 731 ff. und 743.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gilt, wenn sich die Kanones nicht komplett gegenseitig widersprechen bzw. kein Konfliktfall gegeben ist. Ein Konfliktfall liegt vor, wenn sich mehrere Auslegungsargumente gegenseitig komplett ausschließen. Ein Konflikt liegt also z.B. nicht vor, wenn sich zwei Deutungsmöglichkeiten des Normtextes nur teilweise, aber nicht komplett, widersprechen.[552] Wenn also im Einzelfall z.B. die Gesetzgebungsmaterialien im Gegensatz zu anderen Auslegungselementen ergiebiger sind, können sie bei der Auslegung ein bedeutendes Auslegungsargument sein.[553] Ebenso ist das Ergebnis eines Auslegungsvorgangs kein logisch zwingender Schluss, sondern die subjektive Entscheidung der auslegenden Person, eine für überzeugend erachtete Bedeutung des jeweiligen Rechtsbegriffs zu wählen. Beachtet werden muss jedoch, dass gewisse Rechtsbegriffe in ständiger Rechtsprechung, insbesondere durch höchstrichterliche Entscheidungen, bereits ausgelegt wurden und dass diese Ansicht bei der Anwendung der entsprechenden Rechtsbegriffe in die Entscheidung miteinbezogen wird.[554] Weil alle Erkenntnismöglichkeiten grundsätzlich gleichrangig in den Auslegungsvorgang einzubeziehen sind, spielt der geschilderte Streit zwischen der subjektiven und objektiven Methode[555] heute eine eher untergeordnete Rolle.[556] Jedoch kann im Einzelfall durchaus eine Rangfolge festgelegt werden ((ii)).

(ii) Vorrang der normtextbezogenen Auslegungsmethoden im Konfliktfall

Die in dieser Arbeit präferierte Vorgehensweise hinsichtlich einer Rangfolge zwischen den Auslegungsmethoden orientiert sich an *Müller/Christensen*, welche eine abstrakte Rangfolge der einzelnen Auslegungselementen unabhängig vom Bedeutungsgehalt der einzelnen Kriterien ablehnen. Stattdessen soll diesen im jeweiligen Einzelfall bei der Auslegung des Normtextes unterschiedliches Gewicht beigemessen werden, wenn sich die Auslegungsargumente untereinander widersprechen oder zueinander in Konflikt

552 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 433 f.

553 So z.B.: *BSG*, Urteil vom 31.10.1968 – 2 RU 139/67, juris-Rn. 17; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 444; zur Maßgeblichkeit der Entstehungsgeschichte bei der Auslegung: *BGH*, Entscheidung vom 30.06.1966 – KZR 5/65, juris-Rn. 21.

554 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 204.

555 C. II. 1. b. bb.

556 *Bydlinski,* Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 35 f.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 442 ff., insbesondere Rn. 445.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stehen.[557] Demnach würden im Konfliktfall die direkt normtextbezogenen Auslegungsmethoden, der grammatischen und systematischen Auslegung, denjenigen Auslegungsmethoden, welche nicht unmittelbar normtextbezogen sind (telelogische, historische und genetische Auslegung), vorgehen.[558] Die Begründung dieses Vorrangverhältnisses ist einerseits auf das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG)[559] zurückzuführen, weil der Normtext demokratisch erzeugt wurde. Weiterhin folgt dieses dargestellte Vorrangverhältnis aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG)[560] und insbesondere aus der daraus abzuleitenden Gesetzesbindung der Gerichte gemäß Art. 97 Abs. 1 GG[561] sowie aus dem Bestimmtheitsgebot[562].[563] In diesem Sinne bedeutet Gesetzesbindung der Gerichte die Beachtung des Normtextes.[564] Bei Konflikten zwischen den nicht unmittelbar normtextbezogenen Auslegungskriterien untereinander gibt es hingegen keine Rangfolge.[565]

(3) Wortlaut- bzw. Wortsinngrenze

Im Zusammenhang mit den bisher gemachten Ausführungen stellt sich auch die Frage nach einer Wortlaut- bzw. Wortsinngrenze, also der Frage, ob der Rechtsanwender diese bei der Auslegung überschreiten darf. In der überwiegenden Methodenliteratur wird von der Wortsinngrenze[566], statt

557 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 433, Rn. 437 und 444.
558 *A.a.O.*, Rn. 437 f., Rn. 439 f. und 445; generell eine Reihenfolge in diesem Sinne festlegend: *Früh*, JuS 10/2021, S. 905, 907.
559 B. III.
560 B. II.
561 B. II. 2. b.
562 B. II. 3.
563 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 439 und 445; *Hans-Joachim Koch* und *Helmut Rüßmann* sehen neben der Wortlautauslegung, auch das subjektiv-teleologische Auslegungsziel als vorrangig an und leiten ebenso wie *Müller/Christensen* eine mögliche Rangfolge aus staats- und verfassungsrechtlichen Grundsätzen ab (*Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, S. 176-184); ebenso eingehend zu einer Rangfolge der juristischen Auslegungsmethoden: *Gern*, VerwArch 1989, S. 415, 415 ff.; *Larenz* erkennt ebenfalls eine Rangfolge zwischen den verschiedenen Auslegungskriterien. Diesen komme ein unterschiedliches Gewicht zu (*Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 343 ff.).
564 *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, S. 179.
565 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 435 f.
566 Beispielhaft: *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 343; *Deckert*, JA 1994, S. 412, 415; *Kramer/Arnet,* Juristische Methodenlehre, S. 63.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

von der Wortlautgrenze[567] gesprochen. Jedenfalls ist festzuhalten, dass der Wortlaut einer Norm auch den ihr vom Rechtsanwender gegebenen Sinn umfasst[568]. Das *BVerfG* führt aus, dass wenn der Wortlaut des Gesetzes eindeutig sei und diesem Gesetz durch den Rechtsanwender ein entgegenstehender Sinn gegeben würde (Interpretation contra legem), die Auslegung als unzulässig zu verwerfen sei[569]. Auch müssten laut *BVerfG* Regelungsabsichten des Gesetzgebers, welche sich nicht in einem eindeutigen Normtext niederschlagen, bei der Auslegung unberücksichtigt bleiben[570].[571] Ungeachtet dessen, ob von einer Wortlaut- oder Wortsinngrenze gesprochen wird, muss die gerichtliche Entscheidung noch mit dem Wortlaut vereinbar sein. Das bedeutet nicht, dass sie am unmittelbaren Wortlaut haften muss. Wenn die Frage nach der Vereinbarkeit der Auslegungshypothesen mit dem Normtext nicht eindeutig verneint werden kann, dann besteht Spielraum für weitere Auslegung mit allen anerkannten juristischen Auslegungsmethoden.[572] Eine vertretbare Auslegung bewegt sich also grundsätzlich innerhalb der Grenzen des Normtextes bzw. des Wortsinns. Die Grenzen der Auslegung werden also durch Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 GG abgesteckt. Wenn über die Wortsinngrenze ausgelegt wird, ist nicht von

567 *Müller/Christensen* sprechen von der Wortlautgrenze (*Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 312); ebenso von der Wortlautgrenze sprechend, damit aber wohl die Wortsinngrenze synonym verwendend („Wortlaut im weitesten Sinne"): *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 20 f.

568 Siehe bereits: C. II. 1. b. cc. (1).

569 Beispielhaft: *BVerfG*, Beschluss vom 23.10.1958 – 1 BvL 45/56, juris-Rn. 28 oder *BVerfG*, Beschluss vom 11.06.1958 – 1 BvL 149/52, juris-Rn. 22.

570 Beispielhaft: *BVerfG*, Urteil vom 19.12.1961 – 2 BvL 6/59, juris-Rn. 42.

571 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 26; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 64.

572 Ebenso: *BVerfG*, Beschluss vom 30.03.1993 – 1 BvR 1045/89, 1 BvR 1381/90, juris-Rn. 67; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 312; *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 734 ff.; *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 62; zur Wortsinngrenze als unübersteigbare Hürde bei der Interpretation: *BVerfG*, Beschluss vom 10.01.1995 – 1 BvR 718/89, 1 BvR 719/89, juris-Rn. 46 (wohlgemerkt in Bezug auf Art. 103 Abs. 2 GG); ebenso *BVerfG*, Beschluss vom 23.10.1985 – 1 BvR 1053/82, juris-Rn. 16 und *BGH*, Urteil vom 30.06.1966 – KZR 5/65, juris-Rn. 13 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auslegung, sondern von richterlicher Rechtsfortbildung[573] die Rede.[574] Aus der Wortsinngrenze ergibt sich dann auch der Vorrang des grammatischen Arguments vor dem systematischen, also bei einem Streit zwischen zwei normtextbezogenen Auslegungsargumenten.[575]

ff. Zwischenergebnis

Neben die normative Gesetzesauslegung von Rechtsbegriffen tritt eine zweite Art der Auslegung, die tatsachengestützte Auslegungstätigkeit.[576] Die Frage, welche Auslegungsmethode im jeweiligen Einzelfall die passende ist, muss die rechtsanwendende Person selbst entscheiden. Hierfür gibt es auch keine gesetzlich normierte Beschreibung der Vorgehensweise.[577] Der Rechtsanwender hat grundsätzlich gleichrangig auf alle Auslegungskriterien zurückzugreifen. Dies gilt, wenn kein Konfliktfall[578] und keine Überschreitung des Wortsinns[579] vorliegt. Hinsichtlich einer Rangfolge der Auslegungsargumente untereinander ist stattdessen im Einzelfall und in Konfliktfällen aufgrund von Art. 20 Abs. 2 S. 1, Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG den direkt normtextbezogenen Auslegungskriterien der Vorrang einzuräumen[580].

573 C. I. 3. c.
574 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 343; *Deckert*, JA 1994, S. 412, 415; *Herresthal/Weiß,* Fälle zur Methodenlehre, Rn. 138 und 175; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 467 f.; *Kramer/Arnet,* Juristische Methodenlehre, S. 63; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 20 f.; *Meier/Jocham*, JuS 5/2016, S. 392, 393; zur Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung: *Becker/Martenson*, JZ 2016, S. 779, 779 ff.; a.A., welche eine Auslegung über den Wortlaut hinaus für möglich erachtet: *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 310 oder *Schlehofer*, JuS 7/1992, S. 572, 575, welcher den Wortsinn, nicht als absolute Grenze der Auslegung ansieht; zur Kritik hinsichtlich der Formulierung eines eindeutigen Wortsinns: *Kaufmann,* Analogie und „Natur der Sache", S. 3 ff.
575 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 445 ff. (insbesondere 447).
576 C. II. 1. b. dd.
577 C. II. 1. b. ee. (1).
578 C. II. 1. b. ee. (2) (i).
579 C. II. 1. b. ee. (3).
580 C. II. 1. b. ee. (2) (ii).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Ermessensspielraum und/oder Beurteilungsspielraum

aa. Ermessensspielraum

Wenn der Verwaltung bei der Rechtsanwendung Entscheidungsspielräume eröffnet werden, ist von Ermessensverwaltung oder nicht-gebundener Verwaltung die Rede. Die Ermessensverwaltung ist zu erkennen an Wörtern, wie z.B. „kann", „soll", „darf" oder „in der Regel". Auch bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen hat die Verwaltung die Wahl unter verschiedenen Möglichkeiten, z.B. welche Art von Rechtsfolge eintreten soll oder auch, ob die Verwaltung überhaupt tätig wird (z.B. § 66 Abs. 1 SGB I).[581] Zwei Arten des Ermessens sind zu unterscheiden: Erstens existiert das Entschließungsermessen. In einem solchen Fall kann die Verwaltung entscheiden, ob sie tätig wird oder nicht. Zweitens gibt es das Auswahlermessen. In diesem Fall muss die Verwaltung handeln, kann aber zwischen mehreren Auswahlvarianten entscheiden. Die Verwaltung entscheidet hier also, wie sie tätig wird.[582] Ermessen findet auf der Rechtsfolgenseite einer Rechtsnorm statt.[583] Hinsichtlich der gerichtlichen Kontrolle eines Ermessenspielraums ist lediglich zu prüfen, ob die Verwaltung das Ermessen fehlerfrei, d.h. entsprechend dem Zweck der Ermächtigung und unter Beachtung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens ausgeübt hat (§ 40 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG[584]) i.V.m. § 114 VwGO bzw. § 39 SGB I i.V.m. § 54 Abs. 2 S. 2 SGG). Ein Verstoß macht die Ermessensentscheidung rechtswidrig und anfechtbar.[585] Von der Ermessensverwaltung abzugrenzen ist die gebundene Verwaltung. Diese ist zu erkennen durch Wörter im Gesetz, wie z.B. „ist", „hat zu", „muss" oder „hat Anspruch auf". Hier ist die jeweils eintretende Rechtfolge fest vorgeschrieben. Wenn die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, bleibt der Verwaltung also nur eine Entscheidungsmöglichkeit (§ 38 SGB I).[586] In dieser Arbeit ist vordergründig nicht der Ermessensspielraum der Behörde, sondern derjenige der Rechtsprechung interessant. Insbeson-

581 *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 22 Rn. 683 f. und 685 f.
582 *A.a.O.,* Rn. 685.
583 *A.a.O.,* Rn. 685 und 701; *Maurer/Waldhoff,* Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 26.
584 Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.01.2003 (BGBl. I, S. 102), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 15.07.2024 (BGBl. I, Nr. 236).
585 *BVerwG*, Urteil vom 12.02.1991 – 1 C 4/89, juris-Rn. 27; *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 22 Rn. 687 ff.
586 *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 22 Rn. 683 und 685.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dere der Ermessenspielraum der Tatsachen-[587] oder Revisionsinstanz[588] bei deren Beweiswürdigung und (generellen) Tatsachenfeststellung sowie die Überprüfbarkeit dieses Ermessens durch ein nachfolgendes Gericht[589] werden im weiteren Verlauf der Arbeit bedeutsam sein.

bb. Unbestimmte Rechtsbegriffe und Beurteilungsspielraum

Rechtsnormen enthalten oftmals unbestimmte Rechtsbegriffe, welche durch den Rechtsanwender näher ausgelegt werden müssen. Bei der Auslegung und Anwendung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe kann der Verwaltung ein Beurteilungsspielraum oder eine Einschätzungsprärogative zustehen.[590] Im Gegensatz zum Ermessen tauchen unbestimmte Rechtsbegriffe und Beurteilungsspielräume grundsätzlich auf der Tatbestandsseite von Rechtsnormen auf.[591] Grundsätzlich ist jedoch anzumerken, dass der Behörde kein Beurteilungsspielraum zusteht, weil effektiver Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 GG[592] in diesen Bereichen möglich sein muss.[593] So ist die Auslegung und Anwendung dieser Begriffe in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht gerichtlich uneingeschränkt überprüfbar.[594] Anhand des jeweiligen Gesetzes ist deshalb zu prüfen, ob die Behörde in Ausnahmefällen zur abschließenden Beurteilung und Entscheidung ermächtigt wurde.[595] Wenn in diesem Sinne ein unbestimmter Rechtsbegriff mit Beurteilungs-

587 Siehe unten, insbesondere: E. II. 2. b.
588 Siehe unten, insbesondere: F. IV. 2.
589 Siehe unten, insbesondere: E. II. 2. b. cc. und F. VI. (in Bezug auf die Berufungsinstanz) sowie F. VII. (in Bezug auf die Revisionsinstanz).
590 *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 22 Rn. 699 f.; *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, S. 241, 241 f.
591 *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 22 Rn. 701; *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, S. 241, 241; *Maurer/Waldhoff,* Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 26.
592 B. II. 4. a.
593 *BVerfG*, Beschluss vom 16.12.1992 – 1 BvR 167/87, juris-Rn. 44 ff.; *BVerfG*, Beschluss vom 28.06.1983 – 2 BvR 539/80, 2 BvR 612/80, juris-Rn. 45; *BVerfG*, Beschluss vom 08.07.1982 – 2 BvR 1187/80, juris-Rn. 79; *BVerwG*, Urteil vom 27.04.2017 – 9 C 5/16, juris-Rn. 29; *BVerwG*, Urteil vom 25.07.2013 – 2 C 12/11, juris-Rn. 25; *BVerwG*, Urteil vom 16.05.2007 – 3 C 8/06, juris-Rn. 35; *BVerwG,* Urteil vom 21.12.1995 – 3 C 24/94, juris-Rn. 29; *BVerwG*, Urteil vom 25.11.1993 – 3 C 38/91, juris-Rn. 22.
594 *BSG,* Urteil vom 20.02.2014 – B 14 AS 10/13 R, juris-Rn. 42; *BSG,* Urteil vom 14.12.2021 – B 14 AS 21/20 R, juris-Rn. 29; *BVerwG,* Urteil vom 25.11.1993 – 3 C 38/91, juris-Rn. 22; *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, S. 241, 242; *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 22 Rn. 702.
595 *Ossenbühl,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 104 Rn. 32; *Maurer/Waldhoff,* Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 33 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

spielraum besteht, bedeutet das, dass der öffentlichen Verwaltung eine gesetzlich normierte Befugnis zur Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs und zur Subsumtion eines Sachverhalts unter diesen Rechtsbegriff eingeräumt wird (Letztentscheidungsrecht der Verwaltung[596]). Eine solche Entscheidung zieht dann eine nur eingeschränkte gerichtlich Kontrolldichte nach sich[597]. Ein Beurteilungsspielraum besteht regelmäßig z.B. im Prüfungsrecht[598], im Beamtenrecht[599] oder im Sozialrecht hinsichtlich der Frage, ob gemäß § 101 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB V ein besonderer Versorgungsbedarf für die Besetzung eines zusätzlichen Vertragsarztsitzes in einem Versorgungsbereich besteht[600].[601] Hinsichtlich der vom Gericht zu prüfenden Punkte, wenn ein Beurteilungsspielraum bejaht wurde, kann auf die oben geschilderten Grundsätze bei der eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle von Ermessensentscheidungen[602] verwiesen werden, da sich diese überwiegend ähnlich sind[603]. Dazu gehört dann z.B. auch die Nachprüfung, ob die Behörde von einem korrekten Rechtsbegriff ausgegangen ist.[604] In Bezug auf diese Arbeit sind mögliche Beurteilungsspielräume interessant, welche sich daraus ergeben, dass das Gesetz auf wissenschaftliche Sachverhalte, also z.B. auf den Stand der Wissenschaft oder Technik verweist[605]. Bei diesen Entscheidungen, in welchen regelmäßig naturwissenschaftliche bzw. medizinwissenschaftliche Wertungen und Abwägungen eine Rolle spielen, soll

596 *BVerfG,* Beschluss vom 31.05.2011 – 1 BvR 857/07, juris-Leitsatz Nr. 2 und Orientierungssatz Nr. 2d.

597 *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Viertes Kapitel Rn. 69 ff.; *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 22 Rn. 704 und 710; *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, S. 241, 241 f.

598 *BVerfG,* Beschluss vom 17.04.1991 – 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, juris-Rn. 53 ff.; *BVerfG,* Beschluss vom 17.04.1991 – 1 BvR 1529/84, 1 BvR 138/87, juris-Rn. 70 ff.; *BVerwG,* Urteil vom 12.11.1997 – 6 C 11/96, juris-Rn. 22 m.w.N.; *VGH Baden-Württemberg*, Urteil vom 11.10.2023 – 9 S 1759/22, juris-Rn. 21 m.w.N.; in Bezug auf die juristische Staatsprüfung: *Zimmerling/Brehm*, DVBl. 2012, S. 265, 265 ff.

599 *BVerwG,* Urteil vom 25.07.2013 – 2 C 12/11, juris-Rn. 29.

600 *BSG,* Urteil vom 28.06.2017 – B 6 KA 28/16 R, juris-Rn. 21 m.w.N.; *Kaltenborn/Kießling,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 101 Rn. 5.

601 *Maurer/Waldhoff,* Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 31 m.w.N.; *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 22 Rn. 704.

602 C. II. 1. c. aa.

603 *BVerfG,* Beschluss vom 17.04.1991 – 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, juris-Rn. 56; *GmS-OGB,* Beschluss vom 19.10.1971 – GmS-OGB 3/70, juris-Rn. 21.

604 *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 22 Rn. 710 m.w.N.; *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, S. 241, 243.

605 Siehe unten, insbesondere: G. II. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dann die Verantwortung bei der Verwaltung liegen.[606] Weiterhin erfolgt die Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe oftmals mit Hilfe der Feststellung genereller Tatsachen.[607] Dies ist auch verfassungsrechtlich verankert. So folgt aus Art. 19 Abs. 4 GG, dass die Tatsachengerichte zur Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen, welche auf Erkenntnisse der Fachwissenschaft und -praxis verweisen, sich dieser Erkenntnisse bedienen müssen.[608] Dies trägt weiterhin zur genaueren Bestimmung einer Norm (Bestimmtheitsgebot) bei.[609]

d. Rechtsanwendungsfehler

Unter einem Rechtsanwendungsfehler oder einer Gesetzesverletzung ist gemäß § 202 S. 1 SGG i.V.m. § 546 ZPO eine Nichtanwendung oder eine nicht richtige Anwendung einer im Einzelfall einschlägigen Rechtsnorm des formellen oder materiellen Rechts zu verstehen. Eine unrichtige Rechtsanwendung kann weiterhin in Interpretations- bzw. Auslegungsfehler (Fehler im Obersatz) und Subsumtionsfehler (Fehler im Untersatz/Schlusssatz) unterteilt werden. Bei der Auslegung[610] und der Subsumtion[611] des Sachverhalts unter die korrekt ausgelegte Norm kann das Gericht also Fehler begehen. So kann ein Auslegungsfehler vorliegen, wenn ein Rechtsbegriff des Tatbestands oder der Rechtsfolge einer Rechtsnorm unrichtig ausgelegt bzw. falsch verstanden wurde. Ein Subsumtionsfehler liegt vor, wenn der

606 *OVG Berlin*, Urteil vom 25.11.1999 – 5 B 11.98, juris-Rn. 27; *Ossenbühl,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 104 Rn. 30; *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 02/2019, § 114 Rn. 170.
607 Siehe näher dazu unten, insbesondere: F. IV. 2.
608 *BVerfG,* Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris-Rn. 19.
609 B. II. 3.
610 Siehe: C. II. 1. b.
611 Siehe: C. II. 1. a. bb. (2).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

festgestellte Sachverhalt zu Unrecht unter die korrekt ausgelegte Norm subsumiert wird.[612]

e. Zwischenergebnis

Das klassische Modell der Rechtsanwendung[613] ist gekennzeichnet durch schlichte Deduktion: Aus der generell-abstrakten Norm wird insofern auf den Einzelfall deduziert[614]. Fraglich ist, ob der praktische juristische Entscheidungsvorgang durch dieses Modell abschließend repräsentiert wird.[615] Nachfolgend wird deshalb eine weiterentwickelte Konzeption der klassischen Rechtsanwendungsmethode vorgestellt. Diese kann als Theorie der Rechtsanwendung i.S.v. Rechtsnormerzeugung bzw. Rechtsnormkonstruktion gesehen werden[616]. Diese ist für diese Arbeit grundlegend.

2. „Strukturierende Rechtslehre"

Die ursprünglich von *Friedrich Müller* entwickelte „Strukturierende Rechtslehre"[617] verfolgt die Strukturierung der Rechtsanwendung bzw. der

612 *BSG,* Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 12; *BSG,* Beschluss vom 23.02.2017 – B 5 SF 5/16 AR, juris-Rn. 16 ff. m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 24.02.2016 – B 13 R 31/14 R, juris-Rn. 14; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 8; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 162 Rn. 25 f.; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 5; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 170 Rn. 8; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 162 Rn. 2; *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 162 Rn. 34 f.; *Neumann/Korbmacher,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 137 Rn. 14; *Ratschow,* in: Gräber, FGO, § 118 Rn. 6 und 23 m.w.N.; *Lange*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 11/2023, FGO § 118 Rn. 90 ff.; *Kessal-Wulf,* in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 546 Rn. 6; *May,* Die Revision, VI. A. Rn. 75 und 172 sowie B. Rn. 327; *Rauscher,* SGb 1986, S. 45, 48 m.w.N.

613 C. II. 1.

614 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 395 f.; *Bydlinski,* Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 29; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 4 Rn. 25.

615 Kritisch dazu: *Müller/Christensen,* Juristische Methodik, Band I, Rn. 24 und 248 oder *Haft*, Juristische Rhetorik, S. 87.

616 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 156 und 471.

617 *Müller, Friedrich,* Normstruktur und Normativität, Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, Berlin 1966; darauf aufbauend: *Müller, Friedrich,* Strukturierende Rechtslehre, 2. Aufl., Berlin 1994.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tatsächlichen Vorgänge der Rechtsprechungspraxis und der juristischen Argumentation.[618]

a. Theorie der Rechtsnormerzeugung als juristische Argumentationstheorie

Aus der philosophischen Argumentationstheorie[619] oder Argumentationslehre können Erkenntnisse hinsichtlich des juristischen Argumentierens und Begründens gerichtlicher Entscheidungen gewonnen werden. Die philosophische Argumentationstheorie beschäftigt sich mit dem Gebrauch und dem Einsatz von Argumenten, um moralische Fragen oder Fragen der Vernunft zu klären.[620] Rechtswissenschaft und Rechtspraxis kommen nicht ohne Wertungen aus. Juristische Argumentationstheorien[621] verfolgen damit einhergehend das Ziel, einzelne Wertungen und subjektive Überzeugungen eines Rechtsanwenders zu objektivieren.[622] Es existieren verschiedene Theorien juristischen Argumentierens.[623] Hervorzuheben sind sicherlich

618 *Müller,* Strukturierende Rechtslehre, S. 313 und 431 f.; *Müller/Christensen,* Juristische Methodik, Band I, Rn. 548 ff. und 556 ff.; *Windisch*, „Abwägung" als Relationsnorm-Konstruktion, Konstruktive Überlegungen zur Abwägung im Kontext der Strukturierenden Rechtslehre, in: Müller/Mastronardi, „Abwägung", Herausforderung für eine Theorie der Praxis, S. 19, 21; *Laudenklos,* „Juristische Methodik" bei Friedrich Müller (geb. 1938), in: Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, Rn. 1081, 1096.

619 Zur philosophischen Argumentationstheorie siehe z.B. den Sammelband *Wohlrapp, Harald* (Hrsg.), Wege der Argumentationsforschung, Stuttgart 1995, insbesondere den Beitrag von *Lueken*, Konsens, Widerstreit und Entscheidung, in: Wohlrapp, Wege der Argumentationsforschung, S. 358, 358 ff.

620 *Christensen/Kudlich,* Theorie richterlichen Begründens, S. 233; *Müller/Christensen,* Juristische Methodik, Band I, Rn. 256; *Neumann,* Juristische Argumentationstheorie, § 1 Rn. 3 f.

621 Zur Entwicklung juristischer Argumentationstheorien etwa: *Kreuzbauer*, Kleine Einführung in die Forschungsgeschichte der juristischen Argumentationstheorie, in: Kreuzbauer/Augeneder, Der juristische Streit, S. 9, 9 ff.

622 *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 21 ff. und 27 f.

623 *Neumann,* Juristische Argumentationstheorie, § 1 Rn. 1 f.; eine Übersicht zu verschiedenen Theorien der juristischen Argumentation ist etwa bei *Horn/Berster*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Rn. 601 bis 612 zu finden.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die von *Jürgen Habermas*[624] und *Alexy*[625] entwickelten juristischen Diskurs- bzw. Argumentationstheorien.[626] Die noch näher zu erläuternde Theorie der Rechtsnormerzeugung bzw. -konstruktion stellt die Begründung und Argumentation gerichtlicher Entscheidungen in den Mittelpunkt. Deshalb kann die Theorie der Rechtsnormerzeugung bzw. Rechtsnormkonstruktion ebenfalls als eine Theorie der juristischen Argumentation bezeichnet werden.[627]

b. Rechtsanwendung als Rechtsnormerzeugung bzw. Rechtsnormkonstruktion

Es existieren verschiedene Konzeptionen wie die Methode der Rechtsanwendung verstanden werden kann.[628] Anknüpfend an die bereits oben vertretene These, dass Rechtsnorm und Rechtssatz nicht identisch sind[629], geht der Autor dieser Arbeit von der theoretischen Annahme aus, dass Rechtsanwendung Rechtsnormerzeugung bzw. Rechtsnormkonstruktion, Rechtsnormproduktion oder auch Rechtsnormkonkretisierung ist.[630] Demnach wird der Normtext über verschiedene operative Tätigkeiten des Rechtsanwenders, also durch juristisches Handeln bzw. juristische Argumentation, zur Rechtsnorm geformt. Dahinter verbirgt sich die These, dass Rechtsanwendung nicht nur die normative Auslegungstätigkeit des geltenden Rechts mit Hilfe der von *Savigny* entwickelten klassischen Auslegungskunst sowie

624 *Habermas, Jürgen,* Theorie des kommunikativen Handelns, Band 1 und Band 2, 11. Aufl., Frankfurt am Main 2019.

625 *Robert Alexy* entwickelt in diesem Zuge die sogenannte Sonderfallthese, nach welcher der juristische Diskurs ein Sonderfall von praktischen (Anwendungs-)Diskursen sei (*Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 33 f. und insbesondere Kapitel C. I.); weiterhin dazu etwa: *Horn/Berster*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Rn. 608 f., *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 254 f. und *Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle, S. 34 f. und 144 ff.; Kritik an der Sonderfallthese ist insbesondere bei *Jürgen Habermas* (*Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 283 ff. und 286) zu finden.

626 *Goebel,* Rechtsgespräch und kreativer Dissens, S. 88.

627 *Neumann,* Juristische Argumentationstheorie, § 4 Rn. 1 und 5.

628 Verschiedene Theorien juristischer Methodik sind zu finden bei: *Rückert, Joachim/Seinecke, Ralf* (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 4. Aufl., Baden-Baden 2024.

629 Siehe: C. I. 2. c. bb. (2).

630 Dazu bereits einleitend: A. IV. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den Subsumtionsvorgang umfasst.[631] Der jeweilige Rechtsfall kann nicht allein durch Deduktion gelöst werden. Der Normtext kann nur mit Bezug zur Wirklichkeit verstanden werden. Andersherum erschließt sich der Sachverhalt erst mit Bezug zu den einschlägigen Rechtsnormen.[632] Dazu passt eine Aussage von *Engisch*, welcher in Bezug auf Rechtsanwendung von einem „Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt" spricht.[633] Der sogenannte hermeneutische Zirkel spiegelt das wider. Dieser besagt, dass das Verständnis einer Person mit deren Vorverständnis eng verknüpft ist. Das bedeutet, dass für das Verständnis eines Normtextes immer auch ein fallbezogenes Vorverständnis vorhanden sein muss. Andersherum ist für das Verstehen der juristischen Bedeutsamkeit des Falles immer auch ein Vorverständnis des Normtextes notwendig.[634] Damit werden dieser These entgegengesetzte rechtspositivistische Ansichten sowie ein enges Verständnis von Rechtsanwendung im Sinne einer gesetzespositi-

631 *Müller/Christensen,* Juristische Methodik, Band I, Rn. 248, Rn. 252 f. und 471; *Windisch,* „Abwägung" als Relationsnorm-Konstruktion, Konstruktive Überlegungen zur Abwägung im Kontext der Strukturierenden Rechtslehre, in: Müller/Mastronardi, „Abwägung", Herausforderung für eine Theorie der Praxis, S. 19, 22 f.; *Seelmann/Demko*, Rechtsphilosophie, § 3 Rn. 44; *Hans-Joachim Strauch* zeichnet ein ähnliches Bild von Rechtsanwendung. Er versteht darunter einen „kohärenztheoretischen Ansatz" (*Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 36 ff. und insbesondere Teil B); ebenso in diese Richtung weisend *BVerfG,* Beschluss vom 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, juris-Rn. 38.

632 *BSG,* Beschluss vom 23.02.2017 – B 5 SF 5/16 AR, juris-Rn. 18; *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 6.3 Rn. 44 f.; *Hruschka*, Die Konstitution des Rechtsfalles, S. 9; *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 587 ff.; *Windisch,* „Abwägung" als Relationsnorm-Konstruktion, Konstruktive Überlegungen zur Abwägung im Kontext der Strukturierenden Rechtslehre, in: Müller/Mastronardi, „Abwägung", Herausforderung für eine Theorie der Praxis, S. 19, 20 ff.; eine ähnliche Ansicht vertritt *Theodor Viehweg*, welcher das sogenannte „topische" Denken begründet hat, siehe dazu: *Viehweg, Theodor,* Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl., München 1974; ausführlich zur topischen Argumentationstheorie und deren Weiterentwicklung etwa: *Ulfrid Neumann* (*Neumann,* Juristische Argumentationstheorie, § 3).

633 *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 15.

634 *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 587 f. m.w.N.; *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 6.3 Rn. 43 ff.; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 4 Rn. 18; *Starck*, JZ 1972, S. 609, 612; *Hruschka*, Die Konstitution des Rechtsfalles, S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vistischen Begriffsjurisprudenz[635] abgelehnt.[636] In diesem Sinne vertreten *Müller/Christensen* die Ansicht, dass die positivistische Annahme zu kurz greife, eine anzuwendende Rechtsnorm sei schon vor der Konfrontation mit dem Sachverhalt vorgegeben und anwendbar (lex ante casum). Zu sagen ist, dass lediglich Rechtssätze fertig vorgegebene Konstrukte sind.[637] *Müller/Christensen* folgend, gehöre mehr dazu, als dass die Norm lediglich deduzierend, vom Abstrakten auf das Konkrete, hin angepasst bzw. zugeschnitten und somit auf den Sachverhalt angewandt werde. Rechtsanwendung könne nicht auf den Nachvollzug von einer im Normtext bereits vorvollzogenen Entscheidung zukünftiger Fälle beschränkt bleiben. Damit ist der Nachvollzug des subjektiven oder objektiven Willens des Normgebers oder der Norm mittels Auslegung mit den oben genannten Auslegungsmethoden[638] sowie die sich daran anschließende Subsumtion gemeint. Die Arbeit am und mit dem geltenden Recht beinhaltet hingegen produktive bzw. schöpferische[639] Elemente und ist nicht ein rein kognitives Problem. In diesem Sinne bringt der Rechtsanwender das Gesetz „zum Sprechen" und entlockt ihm seinen fallbezogenen Anwendungsbereich[640]. So wird ein Rechtsproblem nicht durch Rechtsnormen oder methodische Vorgaben, sondern durch den handelnden Juristen entschieden[641]. Die Arbeit am und mit dem Recht ist in diesem Sinne Textarbeit mit dem Ziel, die Norm erst herzustellen[642]. Die bloße, quasi-automatische Anwendung von Rechtsnormen wird also durch Rechtsnormerzeugung bzw. Rechtsnormkonstruktion ersetzt. Das Recht oder die Rechtsnorm wird erst im (gerichtlichen) Ver-

635 Zu diesem Begriff: *Seinecke,* Methode und Zivilrecht beim „Begriffsjuristen" Jhering (1818-1892), in: Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, Rn. 352, 352 ff. oder *Groh,* in: Weber, Rechtswörterbuch, Begriffsjurisprudenz.

636 *Laudenklos/Rohls/Wolf,* Resümee, in: Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, Rn. 1511, 1511.

637 *Müller/Christensen,* Juristische Methodik, Band I, Rn. 284.

638 C. II. 1. b. cc.

639 Das *BVerfG* spricht von „schöpferischer Rechtsfindung" (*BVerfG,* Beschluss vom 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, juris-Rn. 39).

640 *Kunz/Mona,* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 6.3 Rn. 44; *Kaufmann,* Rechtsphilosophie, S. 89 f.

641 *Müller/Christensen,* Juristische Methodik, Band I, Rn. 284.

642 *A.a.O.*, Rn. 528.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fahren erzeugt bzw. produziert (lex in casu).[643] Mit gerichtlichem Verfahren ist der Fall oder die Wirklichkeit bzw. die prozessuale Situation gemeint, welche bei der so verstandenen juristischen Methodik grundlegend ist[644]. Die Rechtsanwendung wird also vom Verfahren her bestimmt.[645] Beachtet werden muss, dass der oben geschilderte Grundsatz der Gesetzesbindung der Gerichte gemäß Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 GG[646] insofern die Grenze dieser Rechtsnormerzeugung darstellt.[647] Da darunter keine enge gesetzespositive Bindung am Normtext zu verstehen sein kann, hat sich die Rechtsnormerzeugung am Normtext zu orientieren.[648]

aa. Ablaufmodell der Rechtsnormerzeugung

(1) Einzelne Elemente der Rechtsnormerzeugung

Der nachfolgend aufzuzeigende Ablauf der Rechtsnormerzeugung bzw. der Rechtsnormkonkretisierung[649] ist nicht als Methode der Sozialwissenschaft einzuordnen, sondern als Methode der Rechtswissenschaft. Mit der Rechtsnormerzeugung werden keine Erkenntnisse erhoben. Gegenstand ist das Aufzeigen des Ablaufs der juristischen Entscheidung bzw. des Entscheidungsvorgangs[650], es geht also um Rechtsanwendung. So ist der Prozess der Herstellung der Rechtsnorm, also der Weg vom Rechtssatz zur fertigen

643 *A.a.O.*, Rn. 24, Rn. 67b ff., Rn. 213, Rn. 235 ff., Rn. 248 ff., Rn. 256, Rn. 274 f., Rn. 282, Rn. 470 f., Rn. 473 und 577 f.; ebenso: *Windisch,* „Abwägung" als Relationsnorm-Konstruktion, Konstruktive Überlegungen zur Abwägung im Kontext der Strukturierenden Rechtslehre, in: Müller/Mastronardi, „Abwägung", Herausforderung für eine Theorie der Praxis, S. 19, 20 f., *Wulfhorst*, Richterliche Konkretisierung sozialrechtlicher Normen mit Hilfe von Rechtstatsachen, in: Schulin/Dreher, Sozialrechtliche Rechtstatsachenforschung – Probleme und Perspektiven, S. 53, 54 und *Pense,* Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 26; in diesem Sinne ebenfalls: *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 6, *Kaufmann,* Rechtsphilosophie, S. 89 und *Kaufmann,* Analogie und „Natur der Sache", S. 1 ff.

644 Siehe bereits zum Verhältnis zwischen Norm und Wirklichkeit: C. I. 4.

645 *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 172 f.

646 B. II. 2. b.

647 *Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung?, S. 21 f.; *Pense,* Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 25 f.

648 *BVerfG,* Beschluss vom 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, juris-Rn. 38; *Pense,* Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 26.

649 *Wolfgang Hoffmann-Riem* stellt ebenso in Anlehnung an *Müller/Christensen* den Ablauf der Rechtsnormkonkretisierung dar (*Hoffmann-Riem,* VERW 2016, S. 1, 2 ff.).

650 *Müller/Christensen,* Juristische Methodik, Band I, Rn. 238, Rn. 483 und 578.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtsnorm, durch verschiedene Elemente oder Phasen gekennzeichnet. Damit sind der Sachbereich, das Normprogramm, der Normbereich und die Entscheidungsnorm gemeint. Diese Elemente sind Teil einzelner juristischer Operationen. Dieser Vorgang der Herstellung der Rechtsnorm ist im Folgenden darzustellen.

(2) Die Herstellung der Rechtsnorm

Die Elemente oder Phasen der Rechtsnormkonstruktion laufen wie folgt ab: Anhand des zu beurteilenden Sachverhalts werden durch den Rechtsanwender zunächst aus den Rechtssätzen des positiven Rechts diejenigen abstrakten Normtexthypothesen ausgewählt, welche für einschlägig erachtet werden. Der Sachbereich[651] bzw. der Lebenssachverhalt[652] in der Form von Tatsachenhypothesen wird zum Fallbereich verengt. Es werden also im Hinblick auf die rechtliche Entscheidung unwichtige Fakten von wichtigen Fakten getrennt[653]. Die Rechtsauslegung des Normtextes mittels der einzelnen Konkretisierungselemente[654] bestimmt sodann das sogenannte Normprogramm. Aus dem Sach- bzw. Fallbereich wird schließlich der sogenannte Normbereich[655] herausgefiltert. Der Normbereich ist demnach ein Ausschnitt aus dem Sach- bzw. Fallbereich und stellt die „Grundstruktur des Sachbereichs der Rechtsnorm" dar, auf welchen das Normprogramm angewandt wird. Der Normbereich umfasst die Summe der de iure entscheidungserheblichen Tatsachen, also z.B. soziale Verhältnisse, gesellschaftlich-politische Anschauungen oder auch Möglichkeiten des technischen oder medizinischen Fortschritts bzw. Erkenntnisstands. Die Auslegung bzw. Konkretisierung von Rechtsbegriffen hängt auch von deren Normbereich ab oder anders formuliert kann die Auslegung nur unter Rückgriff auf

651 Zum Sachbereich etwa: *BVerfG,* Beschluss vom 28.06.2022 – 2 BvL 9/14, juris-Rn. 52 f., welches vom „sachlichen Gehalt der Regelung" spricht, *BVerfG,* Urteil vom 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02, juris-Rn. 68 f., welches darunter gesellschaftliche Verhältnisse und bestimmte weltanschauliche Ansichten versteht oder *BVerfG,* Beschluss vom 08.04.1987 – 2 BvR 909/82, juris-Rn. 126, welches den „normativen Gehalt" einer Rechtsnorm vom Sachbereich abhängig macht.

652 *Müller,* Strukturierende Rechtslehre, S. 253 f.

653 *A.a.O.*, S. 254 f.

654 C. II. 1. b. cc.

655 Generell zur Verwendung des Begriffs etwa: *BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 19.01.2022 – 1 BvR 2513/18, juris-Rn. 5, *BVerfG,* Beschluss vom 11.03.2003 – 2 BvK 1/02, juris-Rn. 33 oder auch *BSG,* Urteil vom 18.03.2003 – B 2 U 13/02 R, juris-Rn. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den Normbereich gelingen. Veränderungen im Normbereich können Auswirkungen auf den Inhalt und die Auslegung dieser Begriffe haben[656]. Der Unterschied zwischen Sachbereich und Normbereich besteht darin, dass im Sachbereich einzelne sowie generelle Tatsachenelemente, im Normbereich hingegen lediglich generelle Tatsachenelemente zu finden sind[657]. Deshalb ist der Normbereich auch Strukturbestandteil[658] der Rechtsnorm[659]. Normprogramm und Normbereich repräsentieren die produzierte Rechtsnorm. Die Individualisierung der produzierten Rechtsnorm zur sogenannten Entscheidungsnorm stellt sodann die Subsumtion der Tatsachen unter die Rechtsvorschrift dar.[660] Aus diesem Grund, und weil sich der Ablauf der Normkonstruktion durchgehend an der Wirklichkeit orientiert, muss neben der Auslegung auch die Subsumtion zur Normkonstruktion gezählt werden.

bb. Begründung und Argumentation der gerichtlichen Entscheidung

Eine gerichtliche Entscheidung, welche durch produktive Rechtsnormerzeugung zustande kommt, bedarf einer rechtsstaatlich (Art. 20 Abs. 3 GG)

656 *BVerfG,* Beschluss vom 24.03.1987 – 1 BvR 147/86, 1 BvR 478/86, juris-Rn. 132 ff.; *BVerfG,* Beschluss vom 04.11.1986 – 1 BvF 1/84, juris-Rn. 96; *BVerfG,* Beschluss vom 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, juris-Rn. 38 und 41; weitere Nachweise der Überlegungen des *BVerfG* zum Normbereich sind bei *Müller/Christensen,* Juristische Methodik, Band I, Rn. 41 (Fußnote 49) oder Rn. 236 (Fußnote 223) zu finden.

657 Zur Abgrenzung zwischen Normbereich und Sachbereich weiterhin z.B. *BVerfG,* Beschluss vom 27.09.2022 – 1 BvR 2661/21, juris-Rn. 30 f. und Rn. 42 f. (Normbereich) sowie Rn. 27 und Rn. 31 (Sachbereich), *BVerfG,* Beschluss vom 07.03.2017 – 1 BvR 1314/12, juris-Rn. 99 (Normbereich) sowie Rn. 182 (Sachbereich) oder *BVerfG,* Urteil vom 10.02.2004 – 2 BvR 834/02, 2 BvR 1588/02, juris-Rn. 104 (Normbereich) sowie Rn. 96 f. und Rn. 142 ff. (Sachbereich); weitere Beispiele dazu bei *Müller/Christensen,* Juristische Methodik, Band I, Rn. 236 (Fußnote 223).

658 Die Entwicklung dieser These vom Normbereich als Strukturbestandteil einer Rechtsvorschrift anhand der Rechtsprechung des *BVerfG* ist bei *Müller,* Normstruktur und Normativität, S. 107 f., S. 117 f., S. 125 f., S. 131 ff., S. 137 ff., S. 142 ff., S. 184 ff. und S. 201 ff. zu finden.

659 *Müller/Christensen,* Juristische Methodik, Band I, Rn. 235a; *Müller,* Strukturierende Rechtslehre, S. 253.

660 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 16, Rn. 235a f., Rn. 281, Rn. 284, Rn. 468 und Rn. 482 bis 488; so auch: *Windisch,* „Abwägung" als Relationsnorm-Konstruktion, Konstruktive Überlegungen zur Abwägung im Kontext der Strukturierenden Rechtslehre, in: Müller/Mastronardi, „Abwägung", Herausforderung für eine Theorie der Praxis, S. 19, 22 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gebotenen Begründung, welche die sachlich korrekten Argumente[661] enthält, die zu dieser Entscheidung geführt haben. Die schon dargestellte Herstellung der Rechtsnorm[662] muss also hinsichtlich der einzelnen dort aufgeführten Schritte begründet werden. Die am Ende stehende juristische Entscheidung muss insofern nach außen hin transparent sowie nachprüfbar sein.[663] Zur Begründung muss jedenfalls die Offenlegung des festgestellten Sachverhalts, des Subsumtionsvorgangs[664] und in bestimmten Fällen auch der im Einzelfall herangezogenen Auslegungsmethoden bzw. Auslegungsargumenten[665] gehören. Deshalb ist es auch wichtig, dass im Einzelfall bei sich widersprechenden Auslegungsargumenten eine Rangfolge der Auslegungsmethoden festgelegt werden kann[666]. Die Begründung und Argumentation sind für die Legitimation gerichtlicher Entscheidungen grundlegend[667]. Die Richtigkeit juristischer Entscheidungen ist also an deren Kommunikationsbedingungen der Argumentation zu messen[668]. Es geht um die Verringerung der Distanz zwischen abstrakt-genereller Norm und konkretem Fall[669], welche umso kleiner wird, je dezidierter begründet und argumentiert wird. Eine überzeugende und richtige gerichtliche Entscheidung stimmt am Ende mit dem positiv gesetzten Recht überein[670].

c. Zwischenergebnis

Rechtsanwendung ist in dieser Untersuchung, im Vergleich zum klassischen Verständnis von Rechtsanwendung mittels schlichter Auslegung und Sub-

661 „Die Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen" (*BVerfG,* Beschluss vom 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, juris-Rn. 38).
662 C. II. 2. b. aa.
663 *Müller/Christensen,* Juristische Methodik, Band I, S. 11 (Vorwort zur achten Auflage) und Rn. 471; *Neumann,* Theorie der juristischen Argumentation, in: Hassemer/Neumann/Saliger, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 303, 303.
664 C. II. 1. a. bb. (2).
665 C. II. 1. b. cc.
666 C. II. 1. b. ee.
667 *Neumann,* Juristische Argumentationstheorie, § 4 Rn. 1 und 5; *Christensen/Kudlich,* Theorie richterlichen Begründens, S. 233 f.
668 *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 283.
669 C. II. 1. a. aa.
670 *Neumann,* Theorie der juristischen Argumentation, in: Hassemer/Neumann/Saliger, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 303, 303 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sumtion[671], als Rechtsnormerzeugung bzw. Rechtsnormkonstruktion, welche fallbezogen anhand verschiedener vom Rechtsanwender vorzunehmender Operationen arbeitet, zu verstehen.[672] Die Konstruktion der Rechtsnorm, welche in einer juristischen Entscheidung oder einem Gerichtsurteil mündet, ist als nachvollziehbar und legitim anzusehen, wenn dieser Weg vom Normtext zur Rechtsnorm ausreichend dargestellt, begründet und argumentiert wurde.[673] Dieser Vorgang wird der praktischen Rechtsarbeit eher gerecht, als das klassische Verständnis von Rechtsanwendung. Diese, dem Rechtspositivismus entgegengesetzte Position kritisiert diesen auf eine andere Art und Weise, als dies etwa aus einer naturrechtlichen Position[674] heraus erfolgt. Im nächsten Kapitel ist auf die mit der Anwendung von Rechtssätzen zusammenhängende Unterscheidung zwischen Rechtsfragen und Tatfragen bzw. Tatsachenfragen einzugehen. Sinn und Zweck dieser Abgrenzung ist die Funktionsteilung zwischen Revisions- und Berufungsinstanz[675].

III. Die Abgrenzung zwischen Rechtsfragen und Tatsachenfragen

Die Abgrenzungsproblematik resultiert einerseits daraus, dass Rechtsnormen in Beziehung zur Wirklichkeit gesetzt werden müssen, wenn sie angewandt werden.[676] Andererseits setzen die einzelnen Prozessordnungen, wie beispielsweise das SGG in § 160, § 162 oder § 163, diese Trennung voraus.[677] Diese nicht unproblematische Abgrenzung stellt in der Rechtswissenschaft einen viel beachteten Streitpunkt dar.[678] *Alexander Graf zu Dohna* verdeutlichte diese schwierige Abgrenzungsfrage bzw. vertrat insofern eine Untrennbarkeit[679] zwischen Rechts- und Tatsachenfrage, als er bereits in

671 C. II. 1.
672 C. II. 2. b.
673 C. II. 2. b. bb.
674 Dazu: C. I. 1. c. aa.
675 *Rauscher,* SGb 1986, S. 45, 45.
676 *Henke*, ZZP 1968, S. 196, 199; *Kuchinke*, Grenzen und Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 58 f., S. 61 f. und 227.
677 *Ratschow,* in: Gräber, FGO, § 118 Rn. 21; *May,* Die Revision, VI. B. Rn. 320 f. m.w.N.; *Kuchinke*, Grenzen und Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 58 ff.; *Nierwetberg,* JZ 1983, S. 237, 237.
678 *Keller,* jurisPR-SozR 3/2006, Anm. 5.
679 *Wilhelm Alexander Scheuerle* sieht in den in der Literatur vertretenen Vorschlägen hinsichtlich der Trennung zwischen Rechts- und Tatsachenfrage eine gewisse Untrennbarkeitstheorie vorherrschend *(Scheuerle,* AcP 157 (1958/1959), S. 1, 3).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den 1910er bzw. 20er Jahren ausführte, dass dieses Problem einen Knoten darstelle, „dessen Lösung allen Menschenwitz übersteigen würde“[680]. Nachfolgend wird die Trennung zwischen Rechts- und Tatsachenfrage optimistischer angegangen und deshalb werden zunächst die in der Literatur diskutierten Abgrenzungstheorien aufgearbeitet (1.). Daran anschließend wird konkret definiert, was unter Rechtsfragen einerseits und Tatsachenfragen andererseits zu verstehen ist (2.).

1. Theorien zur Abgrenzung zwischen Rechtsfragen und Tatsachenfragen

Die rechtswissenschaftliche Diskussion hinsichtlich des Problems der Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatsachenfragen hat ihren Ursprung beim zweiten Deutschen Juristentag in Dresden im Jahr 1861[681] gefunden.[682] Zu dieser Thematik gibt es seitdem eine Vielzahl an wissenschaftlichen Theorien und Ansichten, wie eine Abgrenzung möglich gemacht werden kann.[683] Hier haben sich zwei Richtungen herausgebildet: Eine Möglichkeit der Abgrenzung stellt die logisch-begriffliche Revisionsmethode (a.) dar. Zwei weitere Möglichkeiten bestehen in der teleologischen Methode (b.) und der

680 *Graf zu Dohna*, Das Strafprozessrecht, S. 198 f.

681 *Von Sternenfels,* Gutachten des Obertribunalraths von Sternenfels zu Stuttgart, in: Deutscher Juristentag e.V., Verhandlungen des Zweiten Deutschen Juristentages – Gutachten, S. 3, 29; *Planck,* Gutachten des Professors Dr. Planck zu Kiel, in: Deutscher Juristentag e.V., Verhandlungen des Zweiten Deutschen Juristentages – Gutachten, S. 66, 69 f.

682 *Henke,* ZZP 1968, S. 196, 200.

683 Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sind zu nennen: *Gottwald,* Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, S. 138 ff.; *Kuchinke, Kurt,* Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, Ein Beitrag zum Problem von Rechts- und Tatfrage, Bielefeld 1964; *Scheuerle,* AcP 157 (1958/1959), S. 1, 1 ff.; *Henke, Horst-Eberhard,* Die Tatfrage, Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität, Berlin 1966; *Rüßmann*, Zur Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage, in: Alexy et al., Elemente einer juristischen Begründungslehre, S. 299, 299 ff.; *Mitsopoulos*, ZZP 1968, S. 251, 251 ff.; *Nierwetberg, Rüdiger,* Die Unterscheidung von Tatfrage und Rechtsfrage, JZ 1983, S. 237-241; *Dreher, Wolfgang,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: Wulffen, Matthias von/Krasney, Otto Ernst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, Köln 2004, S. 791-811; *Stahl,* AcP 67 (1884), S. 94-153 u.v.m.; *Krüger,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 2, ZPO § 546 Rn. 2; *Ratschow,* in: Gräber, FGO, § 118 Rn. 21; *Hergenröder,* Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 348 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Leistungsmethode (c.).[684] Auf diese einzelnen Theorien oder Methode wird im Folgenden näher eingegangen.

a. Die logisch-begriffliche Revisionsmethode

Die logisch-begriffliche Revisionsmethode[685] geht davon aus, dass sich Rechts- und Tatsachenfragen begrifflich unterscheiden lassen. Demnach unterliegt die Subsumtion unter Rechtsbegriffe in den juristischen Obersätzen der Kontrolle des Revisionsrichters und ist demnach Rechtsfrage. Der Kontrolle entzogen ist hingegen die Subsumtion unter natürliche oder außerrechtliche Begriffe (Tatsachenfrage).[686] *Wilhelm Alexander Scheuerle* unterscheidet diesbezüglich zwischen natürlichen Begriffen und Rechtsbegriffen.[687] *Scheuerle* zufolge, kann eine Trennung von Rechts- und Tatsachenfrage begrifflich ausnahmslos durchgehalten werden.[688]

684 *Henke*, ZZP 1968, S. 196, 199.

685 Ausführlicher dazu: *a.a.O.*, 217 ff. oder *Henke,* Die Tatfrage, Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität, S. 138 ff.

686 *Henke*, ZZP 1968, S. 196, 217; *Eicher*, SGb 1986, S. 501, 505 f.; *Nierwetberg,* JZ 1983, S. 237, 239; Befürworter dieser Abgrenzungstheorie sind z.B. *Gottwald,* Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, S. 138 ff.; *Scheuerle,* AcP 157 (1958/1959), S. 1, 1 ff. oder *Rüßmann*, Logisch-strukturelle Analysen juristischer Entscheidungsbegründungen, Internetquelle m.w.N. (wobei gesagt werden muss, dass *Rüßmann* „zwischen Sätzen über die außersprachliche Realität (Sachverhalt, Tatfragen), Normsätzen und (Auslegungs-)Sätzen über die in den Normsätzen verwendeten Begriffe" unterscheidet); auch *Engisch* vertritt eine begriffliche Trennung zwischen Rechts- und Tatsachenfragen (*Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 96), kommt jedoch gleichzeitig zu dem Ergebnis, dass insbesondere bei unbestimmten Rechtsbegriffen die Trennung auf Schwierigkeiten stoße (S. 102 f.).

687 *Scheuerle,* AcP 157 (1958/1959), S. 1, insbesondere Abschnitt III; *Scheuerle*, Rechtsanwendung, S. 66 f.

688 *Scheuerle,* AcP 157 (1958/1959), S. 1, 73.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Die teleologische Revisionsmethode

Eine andere Meinung in der Literatur geht in die Richtung, dass eine begriffliche Trennung von Rechts- und Tatfrage nicht möglich sei.[689] Demnach könne eine Abgrenzung nicht auf begrifflichem Wege, also in der Gegenüberstellung eines rechtlichen und natürlichen bzw. außerrechtlichen Begriffssystems, gelingen. Das wird damit begründet, dass rechtliche (unbestimmte) Begriffe auch gleichzeitig natürliche oder außerrechtliche Begriffe sein können.[690] Die der begrifflichen Trennungsmethode entgegengesetzte teleologische Methode geht zurück auf *Erich Schwinge*, der bei der Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatsachenfragen auf den Zweck der Revision abstellte. Dieser bestehe in der Rechtsvereinheitlichung und der Rechtsfortbildung. Aufgabe des Revisionsgerichts sei es demnach, über die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu wachen.[691] Diese besonderen Zwecke oder Aufgaben der Revision sind entsprechend im jeweiligen Verfahrensrecht zu finden. Die Frage danach, ob sich ein bestimmter Sachverhalt ereignet hat, ist in Bezug auf die Ziele der Revision unbedeutend und wäre also Tatsachenfrage.[692] All jene Fragen, welche nicht über den einzelnen Fall hinaus von Bedeutung sind, seien als Fragen des Einzelfalls dem Tatsachenbereich zuzuordnen, da diese Fragen für die einheitliche

689 Vertreter dieser Ansicht sind z.B.: *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, S. 52 f.; *Hruschka*, Die Konstitution des Rechtsfalles, S. 22 ff., S. 47 und 59 ff.; *Kuchinke*, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 67-117, S. 118 f., S. 193, S. 215 und 222-223; *Rauscher,* SGb 1986, S. 45, 48; *Duske*, Die Aufgaben der Revision, S. 37; mit einem eigenen Lösungsansatz etwa: *Nierwetberg*, JZ 1983, S. 237, 239 f.; differenzierter etwa: *Henke*, der eine Trennung in der Mischung aus begrifflicher und teleologischer Methode als möglich ansieht (*Henke*, ZZP 1968, S. 196, 199 und 205 f.); erläuternd dazu: *Ratschow,* in: Gräber, FGO, § 118 Rn. 21; *Gottwald,* Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, S. 177 f.

690 *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, S. 52 f.; *Kuchinke*, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 67 ff. und 225; *Nierwetberg*, JZ 1983, S. 237, 239.

691 *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, S. 33, S. 48 ff. und 132; diese Ansicht bestätigend z.B. *Kuchinke*, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 58 ff.; *Bötticher*, Die Gleichheit vor dem Richter, S. 27 ff., *Duske*, Die Aufgaben der Revision, S. 38 und 64 ff. sowie *Hanack*, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, S. 88 f., S. 96 ff. und 141 ff.; näher dazu: *Henke*, ZZP 1968, S. 196, 199 und 203.

692 *Kuchinke*, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 223 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtsprechung unbedeutend seien.[693] Auch *Kurt Kuchinke* sieht die logisch-begriffliche Revisionsmethode kritisch. Er ist zwar grundsätzlich der Ansicht, dass eine Abgrenzung mit Hilfe juristischer und außerjuristischer Begriffe möglich sei[694], jedoch stoße diese Methode bei der Subsumtion von außerrechtlichen oder natürlichen Begriffen unter Rechtsbegriffe aufgrund von inhaltsgleichen Formulierungen im Ober- und Untersatz und der dadurch hervorgerufenen Verwischung der Grenze zwischen Rechts- und Tatsachenfrage auf Schwierigkeiten.[695] Als Beispiel, um die angesprochene Schwierigkeit von inhaltsgleichen Begriffen im Ober- und Untersatz zu verdeutlichen, kann § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V herangezogen werden. Diese Norm spricht von einer lebensbedrohlichen Erkrankung, was einerseits einen Rechtsbegriff und andererseits einen natürlichen Begriff darstellt. Beim juristischen Subsumtionsvorgang einer Tatsachenfeststellung (Untersatz) unter einen Rechtsbegriff (Obersatz) werden Rechts- und Tatsachenfragen miteinander verschmolzen. Dadurch wird deutlich, dass eine Trennung von Rechts- und Tatsachenfrage nicht auf begrifflichem, sondern nur auf teleologischem Wege zu erreichen ist[696].

c. Die Leistungsmethode

Die Leistungsmethode, welche sich aus den Besonderheiten des Strafprozesses entwickelt hat, stellt auf die Leistungsfähigkeit des Gerichts ab. Wenn eine neue Beweisaufnahme erforderlich ist, ist die betreffende Streitfrage eine Tatsachenfrage.[697]

693 *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, S. 50.
694 *Kuchinke*, Grenzen und Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 68.
695 *A.a.O.*, S. 70, S. 73 und 77; *Henke*, ZZP 1968, S. 196, 207.
696 *Kuchinke*, Grenzen und Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 113 f., 117, 215 und 222 f.; *Rauscher,* SGb 1986, S. 45, 48.
697 *Henke*, ZZP 1968, S. 196, 199 und 215 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d. Zwischenergebnis

Um Rechts- und Tatsachenfragen voneinander abzugrenzen, sollten sinnvollerweise Elemente der teleologischen[698] und der Leistungsmethode[699] herangezogen werden. In Bezug auf die teleologische Trennungsmethode wird deshalb das Element des Sinns und Zwecks der Revisionsinstanz, die Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung, als wichtig erachtet. In Bezug auf die Leistungsmethode wird das Element der Beweiserhebung von Einzeltatsachen als Abgrenzungsmerkmal zu Tatsachenfragen herangezogen.

2. Die Abgrenzung zwischen Rechtsfragen und Tatsachenfragen

a. Rechtsfragen

Grundsätzlich sind Rechtsfragen in den Obersatz des juristischen Subsumtionsmodells[700] einzuordnen.[701] Eine Rechtsfrage ist eine abstrakte Frage, welche nicht in Beziehung zu einem konkreten Einzelfall, sondern zum Anwendungsbereich einer Rechtsnorm des formellen oder materiellen Rechts steht, also die Rechtsanwendung betrifft und allein mit den Mitteln der juristischen Methodik geklärt werden kann.[702]

aa. Auslegungsfragen

Rechtsfragen können grundsätzlich als Auslegungsfragen, also als Fragen, welche auf die Bestimmung des Inhalts eines Rechtsbegriffs, also eines Tat-

698 C. III. 1. b.
699 C. III. 1. c.
700 C. II. 1. a. bb. (1).
701 *Zippelius,* Juristische Methodenlehre, S. 75.
702 *BSG,* Beschluss vom 19.12.2013 – B 9 V 53/13 B, juris-Rn. 3; *BSG,* Beschluss vom 07.10.2005 – B 1 KR 107/04 B, juris-Rn. 8; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 7; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 17; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 5; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 71; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 25; *Keller*, jurisPR-SozR 3/2006, Anm. 5; *Hauck*, in: Hennig, SGG, Band 3, 12/2018, § 163 Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bestandsmerkmals oder einer Rechtsfolge, abzielen, bezeichnet werden.[703] Das klassische Beispiel einer Auslegungsfrage ist die Auslegung des Begriffs der einfachen oder groben Fahrlässigkeit.[704] Während die einfache Fahrlässigkeit in § 276 Abs. 2 BGB legaldefiniert ist, findet sich eine Definition der groben Fahrlässigkeit nicht im Gesetz und ist hauptsächlich durch die Rechtsprechung definiert worden.[705]

bb. Subsumtionsfragen im engeren Sinne

Nachdem Auslegungsfragen als Rechtsfragen einzuordnen sind, ist vielmehr die Zuordnung der Subsumtion im engeren Sinne zur Rechtsfrage oder Tatsachenfrage fraglich. Dies wird nachfolgend zu prüfen sein.

(1) Subsumtion als Tatsachenfrage

Zunächst könnte darüber nachgedacht werden, die Subsumtion von Einzeltatsachen unter die Tatbestandsmerkmale einer Norm der Tatsachenfrage bzw. nicht der Rechtsfrage zuzuordnen.[706] So betrifft die Subsumtion unter unbestimmte Rechtsbegriffe vielfach tatsächliches Gebiet, so z.B. hinsichtlich der Frage, ob im Einzelfall leichte oder grobe Fahrlässigkeit vorliegt. Damit ist zu fragen, ob das tatsächliche Handeln der betroffenen Person dem ausgelegten Rechtsbegriff der Fahrlässigkeit zugeordnet wer-

703 *May,* Die Revision, VI. B. Rn. 327; *Hergenröder,* Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 351; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 3; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 25; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 162 Rn. 26; *Becker,* SGb 2007, S. 261, 265.

704 *BSG,* Urteil vom 11.06.1987 – 7 RAr 105/85, juris-Rn. 18; *BAG,* Urteil vom 19.03.1959 – 2 AZR 402/55, juris-Rn. 25 m.w.N.; *BAG,* Urteil vom 18.12.1970 – 1 AZR 177/70, juris-Rn. 6; *BGH,* Urteil vom 11.05.1953 – IV ZR 170/52, juris-Rn. 9; *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, S. 51 und 136; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 11; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 3a.

705 *Lorenz,* in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, § 276 Rn. 18 f.; *Lorenz,* in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, § 277 Rn. 2 f.

706 *BSG,* Urteil vom 11.06.1987 – 7 RAr 105/85, juris-Rn. 16; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 162 Rn. 4; *Zippelius,* Juristische Methodenlehre, S. 75.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den kann.[707] Dafür, dass die Subsumtion zur Tatsachenfrage gehört, spricht weiterhin die oben angesprochene Tatsache, dass die Subsumtion im Untersatz stattfindet[708]. Hinzukommen die ebenfalls bereits aufgezeigten Ansichten, welche die Subsumtion nicht als rein juristische Tätigkeit, sondern als einen logischen Vorgang sehen[709].

(2) Subsumtion als Rechtsfrage

In dieser Arbeit wird hingegen folgende Meinung vertreten: Rechtsfragen sind Rechtsanwendungsfragen[710]. Rechtsanwendung entfaltet sich in Auslegungsfragen[711] und in Subsumtionsfragen[712]. Neben der Auslegung ist also auch die Subsumtion folglich der Rechtsfrage zuzuordnen[713]. So ist z.B. die Frage, ob leicht oder grob fahrlässig i.S.d. Gesetzes gehandelt wurde, eine Subsumtionsfrage und demnach keine Tatsachen-, sondern eine Rechtsfrage.

b. Tatsachen

Im Folgenden geht es nicht um einen allgemeingültigen Tatsachenbegriff, sondern um denjenigen, welcher der sozialgerichtlichen Prozessordnung zugrunde liegt. Anknüpfungspunkt ist hiernach die Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatsachenfrage, wie sie vom Gesetz gefordert wird. In Bezug

707 *BSG,* Urteil vom 28.11.1978 – 4 RJ 130/77, juris-Rn. 9; *BSG,* Urteil vom 04.07.2000 – B 7 AL 4/00 B, juris-Rn. 7; *BSG,* Urteil vom 22.03.1999 – B 14 KG 17/98 B, juris-Rn. 3; *BGH,* Urteil vom 11.05.1953 – IV ZR 170/52, juris-Rn. 9; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 3a; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 431; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 162 Rn. 2.

708 Siehe oben: C. II. 1. a. bb. (2).

709 Siehe oben: C. II. 1. a. bb. (2) (i).

710 C. III. 2. a.

711 C. II. 1. b.

712 *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 6 Rn. 9 ff.; *Nierwetberg,* JZ 1983, S. 237, 238; siehe auch oben: C. II. 1. a. bb. (2) (ii) und C. II. 2. b. aa. (2).

713 Ebenso: *BSG,* Urteil vom 28.09.2017 – B 3 P 3/16 R, juris-Rn. 26 und *BSG,* Urteil vom 26.06.1980 – 5 RJ 70/79, juris-Rn. 62; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 6 Rn. 9 ff.; *Krüger,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 2, ZPO § 546 Rn. 13; *Ratschow,* in: Gräber, FGO, § 118 Rn. 23; *Gottwald*, Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, S. 155 ff.; *Feskorn,* in: Zöller, ZPO, § 546 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auf das sozialgerichtliche Verfahren, insbesondere das Revisionsverfahren, ist hier beispielsweise § 163 SGG zu nennen.[714]

aa. Definition von (Einzel-)Tatsachen

Der Tatsachenbegriff ist weder wissenschaftstheoretisch noch gesetzlich definiert[715], deshalb ist auf die in der Literatur und Rechtsprechung vorgeschlagenen Definitionen zurückzugreifen. So sind unter Tatsachen Umstände, Sachen, Erscheinungen, Zustände oder Geschehensabläufe zu verstehen, die im Rahmen der Rechtsanwendung benötigt bzw. aus rechtlicher Sicht bewertet werden[716] und welche bewiesen werden können[717]. Weiterhin kann zwischen Tatsachen als äußere oder innere Vorgänge differenziert werden, die einer sinnlichen Wahrnehmung durch Dritte zugänglich sind[718]. Zu den äußeren Tatsachen gehören konkrete, nach Raum und Zeit bestimmte, vergangene, gegenwärtige, zukünftige oder hypothetische[719] Geschehnisse und Zustände der Außenwelt, welche zum Zeitpunkt des Geschehens mit den menschlichen Sinnen wahrnehmbar sind bzw. wären, also z.B. die tatsächliche Erklärung eines Zeugen. Zu den inneren Tatsachen[720] gehören diejenigen Geschehnisse und Zustände des menschlichen Seelenlebens[721], welche zumindest dadurch erfahrbar sind bzw. wären, dass

714 *May,* Die Revision, VI. B. Rn. 320 f. und 323; in Bezug auf das zivilrechtliche Verfahren etwa: *BAG*, Urteil vom 08.12.1959 – 3 AZR 323/56, juris-Rn. 16.

715 *Hergenröder,* Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 348; *Ossenbühl*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Starck, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Band I, S. 458, 464.

716 *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 162 Rn. 2; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 3; *Kuchinke* spricht vom „Gegenstand möglicher Rechtsanwendung" (*Kuchinke*, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 64) und *Scheuerle* von den „Daten" oder dem „Material, „„an" dem sich die Rechtsanwendung vollzieht" (*Scheuerle*, Rechtsanwendung, S. 63).

717 *Knittel,* SGb 2016, S. 124, 134.

718 *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 49 Rn. 27; *Breunig,* in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 86 Rn. 16.

719 *BSG,* Urteil vom 07.04.1987 – 11b RAr 7/86, juris-Rn. 13; *BSG,* Urteil vom 22.03.1988 – 8/5a RKn 11/87, juris-Rn. 21 ff.

720 *BVerfG,* Kammerbeschluss vom 30.06.1993 – 2 BvR 459/93, juris-Rn. 26; *BVerfG,* Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, juris-Rn. 216.

721 *BGH,* Urteil vom 18.10.1973 – III ZR 192/71, DRiZ 1974, 27, 27; *BGH,* Urteil vom 26.03.1981 – IVa ZR 141/80, juris-Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auf ihr Vorhandensein oder ihr Fehlen aus wahrnehmbaren Geschehnissen geschlossen werden kann bzw. könnte. Dazu gehören z.B. Gedanken, der innere Wille[722] oder auch gesundheitliche Zustände, welche mit den menschlichen Sinnen nicht direkt ersichtlich sind. Innere und äußere Tatsachenarten werden durch das Recht zur Voraussetzung einer Rechtswirkung gemacht. Insgesamt handelt es sich bei Tatsachen also um bewiesene Feststellungen zum Vorhandensein, zum Fehlen und zur gegenseitigen Abhängigkeit von konkret-individuellen Tatsachen des Einzelfalls (Einzeltatsachen)[723]. Bezogen auf das juristische Subsumtionsmodell ist unter Tatsachen alles zu fassen, was den Tatbestand einer anzuwendenden Norm mit ihren Rechtssätzen repräsentiert[724]. Es geht also um Feststellungen, welche zur Bildung des richterlichen Untersatzes (Subsumtion[725]) notwendig sind[726]. Gesprochen werden kann von Subsumtionstatsachen[727].

bb. Tatsachenfragen

Tatsachenfragen sind Teil des Untersatzes[728] und betreffen Fragen tatsächlicher Art, also Fragen, welche die Ermittlung des Sachverhalts durch das Tatsachengericht betreffen[729]. Für die Beantwortung von Tatsachenfragen ist es grundsätzlich notwendig, Einzeltatsachen in Erfahrung zu bringen

722 *BSG,* Urteil vom 24.10.1975 – 5 RJ 84/75, juris-Rn. 25.

723 *BSG*, Urteil vom 29.10.1997 – 7 RAr 48/96, juris-Rn. 34; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 5; *May,* Die Revision, VI. B. Rn. 326 f. und 332 ff.; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 3; *Düring,* in: Jansen, SGG, § 163 Rn. 2; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 163 Rn. 2; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 426; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 112 Rn. 3; *Ratschow,* in: Gräber, FGO, § 118 Rn. 22 f.

724 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 112 Rn. 3.

725 C. II. 1. a. bb. (2).

726 *BSG*, Urteil vom 29.10.1997 – 7 RAr 48/96, juris-Rn. 34; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 4; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 163 Rn. 2.

727 *May,* Die Revision, VI. B. Rn. 335 ff.; *Hergenröder,* Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 349.

728 *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 6.

729 *Becker,* SGb 2007, S. 261, 265; *Ratschow,* in: Gräber, FGO, § 118 Rn. 23; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 3; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und Beweis zu erheben.[730] Demnach können Tatsachen nicht mit den Mitteln der juristischen Methodik erhoben werden.[731] Tatsachenfragen fragen danach, ob etwas wirklich so war, ist oder sein wird. In Bezug auf den Rechtsbegriff der Fahrlässigkeit ist also beispielsweise das tatsächliche Handeln der betreffenden Person von Bedeutung. Der Sachverhalt enthält weiterhin Feststellungen, die auf der Grundlage außerrechtlicher Begriffssysteme, wie beispielsweise der Politik, der Philosophie, der Wirtschaft oder der Gesundheitsökonomie[732], getroffen werden.[733] In Bezug auf weitere Beispiele möglicher Tatsachenfragen kann aus dem Unfallversicherungsrecht § 8 Abs. 1 S. 2 SGB VII[734] angeführt werden. Diese Norm fordert einen Kausalzusammenhang zwischen einem Arbeitsunfall und einer gesundheitlichen Schädigung. Die hierfür notwendigen medizinischen Feststellungen des Einzelfalls sind Tatsachenfrage. Die Frage danach, ob auf der Grundlage dieser Feststellungen ein Kausalzusammenhang im rechtlichen Sinne bejaht werden kann, ist eine Rechtsfrage.[735]

c. Zwischenergebnis

Eine Rechtsfrage[736] ist, vereinfacht ausgedrückt, eine Rechtsanwendungsfrage. Mit einem Verständnis von Rechtsanwendung wird also gleichsam die Grenze zwischen Rechtsfrage und Tatsachenfrage[737] gezogen[738]. Rechts-

730 *BSG,* Beschluss vom 04.07.2000 – B 7 AL 4/00 B, juris-Rn. 7; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 71; *Becker,* SGb 2007, S. 261, 265; *Welti*, Diskussionsbeitrag Nr. 18/2013, S. 2; *Hauck*, in: Zeihe, SGG, 08/2017, § 163 Rn. 3b.

731 *BSG,* Beschluss vom 19.12.2013 – B 9 V 53/13 B, juris-Rn. 3; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 6; siehe dazu bereits: C. II. 2. b. aa. (1).

732 Siehe dazu: *Stock, Stephanie/Lauterbach, Karl Wilhelm/Sauerland, Stefan* (Hrsg.), Gesundheitsökonomie, Lehrbuch für Mediziner und andere Gesundheitsberufe, 4. Aufl., Bern 2021.

733 *Kuchinke*, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 224 und 226 f.

734 Siebtes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Unfallversicherung – (Art. 1 des Gesetzes vom 07.08.1996, BGBl. I, S. 1254), zuletzt geändert durch Art. 66 des Gesetzes vom 23.10.2024 (BGBl. I, Nr. 323).

735 *BSG,* Urteil vom 05.07.2011 – B 2 U 17/10 R, juris-Rn. 27 ff. m.w.N.; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 162 Rn. 2; *Kunkel,* in: Ehmann/Karmanski/Kuhn-Zuber, Gesamtkommentar SRB, SGB VII § 8 Rn. 17.

736 C. III. 2. a.

737 C. III. 2. b. bb.

738 *Nierwetberg,* JZ 1983, S. 237, 238.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

anwendung wurde bereits als Rechtsnormerzeugung definiert[739], welche die juristische Entscheidungsfindung darstellt und demnach der Rechtsfrage zuzuordnen ist. Rechts- und Tatsachenfragen sind grundsätzlich theoretisch voneinander zu trennen[740]. So wird im weiteren Verlauf der Arbeit von folgenden theoretischen Trennungsmöglichkeiten ausgegangen: Rechtsfragen betreffen einerseits die Auslegung von Rechtsbegriffen und andererseits die Subsumtion von (Einzel-)Sachverhalten unter die ausgelegten Rechtsbegriffe, wenngleich die Subsumtion im Untersatz stattfindet[741]. Über solche Fragen kann mit juristischen Mitteln gestritten werden[742]. Tatsachenfragen betreffen die Erforschung des konkreten Lebenssachverhalts, es muss Beweis erhoben werden[743]. Im Rahmen der praktischen Rechtsanwendung sind diese Grenzen jedoch fließend und nicht immer durchzuhalten[744]. Das wird noch deutlicher, wenn generelle Tatsachen, welche vom Gericht festzustellen sind, in den Akt der Rechtsanwendung einbezogen werden.

IV. Zusammenfassung

Normativ-verbindliche Rechtsnormen[745] werden i.S.v. Rechtsnormerzeugung bzw. -konstruktion[746] angewandt, um rechtsverbindliche Folgen hervorzurufen. In diesem Zusammenhang wird weiter unten fraglich sein, wie generelle Tatsachen im Verhältnis zu Rechtsnormen einzuordnen sind[747] und wie sie in den Rechtsanwendungsakt einbezogen werden[748]. Das wird

739 C. II. 2.
740 C. III. 1.
741 C. II. 1. a. bb. (2).
742 C. III. 2. a.
743 C. III. 2. b. bb.
744 *BVerfG,* Beschluss vom 26.02.1954 – 1 BvR 537/53, juris-Rn. 20; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 426; *Ball*, in: Musielak, ZPO, § 546 Rn. 3; *Veit,* SGb 2019, S. 404, 407; *Kuchinke*, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 222; *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, S. 52 f.; *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 171; *Rauscher,* SGb 1986, S. 45, 48; *Kaufmann,* Rechtsphilosophie, S. 89; *Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 156; siehe auch bereits oben: C. II. 2. b.
745 C. I. 2.
746 C. II. 2.
747 Siehe unten, insbesondere: F. IV. 1. c.
748 Siehe unten, insbesondere: F. IV. 2. b.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dann auch insbesondere in der Analyse der Rechtsprechung des *BSG* zum Off-Label-Use von Arzneimitteln im Krankenversicherungsrecht und Vertragsarztrecht unter besonderer Berücksichtigung der Feststellung genereller Tatsachen Raum einnehmen[749]. Die Thematik der Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatsachenfragen[750] wird sich ebenfalls durch die Arbeit ziehen, insbesondere weil diese Unterscheidung die Aufgabenteilung zwischen Berufungs- und Revisionsinstanz im sozialgerichtlichen Verfahren bestimmt[751]. Weiterhin ist diese Abgrenzung bedeutsam, wenn die Frage gestellt wird, ob die Feststellung genereller Tatsachen zur Rechts- oder Tatsachenfrage gehört[752].

Im folgenden Kapitel ist jedoch zunächst auf den Off-Label-Use von Arzneimitteln im Sozialrecht einzugehen (D.).

749 Siehe Kapitel H.
750 C. III.
751 Siehe Kapitel E.
752 F. V.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748968867 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

D. Off-Label-Use von Arzneimitteln im Sozialrecht

In diesem Kapitel wird der Off-Label-Use von Arzneimitteln im Sozialrecht thematisiert. Zunächst ist hierfür auf den Anspruch auf Arzneimittelversorgung im SGB V einzugehen (I.). Sodann ist speziell der Anspruch auf Versorgung mit bestimmten nicht zugelassenen Arzneimitteln im Off-Label-Use aufzuarbeiten (II.), um daran anschließend haftungsrechtliche Fragen beim Off-Label-Use zu thematisieren (III.). Einzelne Passagen in diesem Teil der Arbeit wurden bereits in zwei Veröffentlichungen zum Thema[753] behandelt.

I. Anspruch auf Arzneimittelversorgung im SGB V

1. Leistungsrechtlicher Rahmen der Arzneimittelversorgung im Sozialrecht

§ 12 Abs. 1 SGB V enthält das sogenannte Wirtschaftlichkeitsgebot. Daneben ist § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V zu beachten, welcher ein sogenanntes Qualitätsgebot oder auch ein Wissenschaftlichkeitsgebot[754] statuiert. Beide Rechtsvorschriften sind als Grundsatznormen zu verstehen, die aufgrund ihrer systematischen Stellung im SGB V auf das komplette Leistungsrecht des SGB V Anwendung finden und als Vorschriften für die gebotene Wirtschaftlichkeit und Qualität von Leistungen zu berücksichtigen sind. Die Leistungsansprüche der Versicherten gemäß §§ 27 ff. SGB V werden demnach durch das Wirtschaftlichkeitsgebot gemäß § 12 Abs 1 SGB V (a.) und das Qualitätsgebot gemäß § 2 Abs 1. S. 3 SGB V (b.) eingeschränkt und konkretisiert. Damit wird der Versorgungsrahmen eines Anspruchs auf ein Arzneimittel im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung gemäß § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1

753 *Roesen*, FORUM 2024, S. 129, 129 ff. und *Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 147 ff.

754 *BSG,* Urteil vom 13.12.2005 – B 1 KR 21/04 R, juris-Rn. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und 3 i.V.m. § 31 Abs. 1 S. 1 SGB V durch diese beiden Normen abgesteckt.[755] Beide Normen sind rechtlich unbestimmt und müssen insbesondere durch die Richtlinien des *Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA*) (c. aa.) und durch Wirtschaftlichkeitsprüfungen (c. bb.) konkretisiert werden.[756]

a. Das Wirtschaftlichkeitsgebot gemäß § 12 Abs. 1 SGB V

aa. Rechtsdogmatische Einordnung

§ 12 Abs. 1 S. 1 SGB V besagt, dass die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein müssen und das Maß des Notwendigen nicht überschreiten dürfen. § 12 Abs. 1 S. 2 SGB V normiert damit zusammenhängend, dass Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, Versicherte nicht beanspruchen können, Leistungserbringer nicht bewirken und Krankenkassen nicht bewilligen dürfen. Dieses sogenannte Wirtschaftlichkeitsgebot im weiteren Sinne ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, welcher sich aus weiteren unbestimmten Rechtsbegriffen zusammensetzt.[757] Die Norm verfolgt den Zweck, dass die Versicherten auf der einen Seite den gesetzlich verbürgten Leistungsstandard erhalten, aber auf der anderen Seite Leistungen durch die ge-

755 *BSG*, Urteil vom 27.09.2005 – B 1 KR 6/04 R, juris-Rn. 24; *BSG,* Urteil vom 07.05.2013 – B 1 KR 44/12 R, juris-Rn. 23; *Axer*, in: von Koppenfels-Spies/Wenner, SGB V, § 2 Rn. 5 f.; *Waltermann,* in: Knickrehm/Roßbach/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, SGB V § 12 Rn. 1; *Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 148 f.; *Joussen,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 12 Rn. 1 f.; *Joussen,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 2 Rn. 4; *Kingreen*, NZS 2007, S. 113, 115.

756 *BSG,* Urteil vom 31.05.2006 – B 6 KA 13/05 R, juris-Rn. 39; *Waltermann,* in: Knickrehm/Roßbach/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, SGB V § 12 Rn. 1; *Schuler,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 2 Rn. 2; *Vossen*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Band 1, 06/2022, SGB V § 2 Rn. 8; *Noftz,* in: Hauck/Noftz, SGB V, Band 2, I/00, § 12 Rn. 8 und 14 f.; *Grötschel,* in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, SGB V § 2 Rn. 9; *Hollo,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 92 Rn. 1; *Stockmar*, ZMGR 2019, S. 268, 268; *Hase,* GesR 2012, S. 601, 602.

757 *Greiner/Benedix,* SGb 2013, S. 1, 1; *Waltermann,* in: Knickrehm/Roßbach/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, SGB V § 12 Rn. 2; *Schuler/Hellkötter-Backes,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 12 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

setzliche Krankenversicherung nicht uferlos erbracht werden können.[758] Im Tatbestand des § 12 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. SGB V werden demnach die Begriffe „ausreichend", „zweckmäßig" und „wirtschaftlich im engeren Sinne" genannt. In § 12 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. SGB V wird außerdem auf das „Maß des Notwendigen" abgestellt. Diese einzelnen Merkmale, die in einem untrennbaren inneren Zusammenhang stehen, stellen zusammengenommen das Wirtschaftlichkeitsgebot dar.[759] Alle vier Merkmale müssen demnach zusammen erfüllt sein, damit eine Leistung als wirtschaftlich gelten kann. Das Wirtschaftlichkeitsgebot mit seinen vier Bestandteilen räumt den gesetzlichen Krankenkassen nach herrschender Meinung keinen Ermessensspielraum[760] und keinen Beurteilungsspielraum[761] ein und ist demnach gerichtlich voll überprüfbar.[762]

bb. Die Tatbestandsmerkmale des Wirtschaftlichkeitsgebots

Ungeachtet dessen, was die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 12 Abs. 1 SGB V im Einzelnen bedeuten[763], kann das Wirtschaftlichkeitsgebot in zwei

758 *Waltermann,* in: Knickrehm/Roßbach/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, SGB V § 12 Rn. 1; zu diesem Spannungsverhältnis aus verfassungsrechtlicher Sicht: *Bockholdt*, Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der gesetzlichen Krankenversicherung – ein „Totschlagargument"?, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S. 377, 378.

759 *BSG,* Urteil vom 29.05.1962 – 6 RKa 24/59, juris-Rn. 47 f.; *Roters*, in: Körner et al., BeckOGK SGB V, 01.12.2018, § 12 Rn. 23; *Greiner/Benedix,* SGb 2013, S. 1, 1; *Noftz,* in: Hauck/Noftz, SGB V, Band 2, I/00, § 12 Rn. 17.

760 C. II. 1. c. aa.

761 C. II. 1. c. bb.

762 *BSG,* Urteil vom 24.11.1983 – 8 RK 6/82, juris-Rn. 20; *Dubiel/Kracke,* in: Ehmann/Karmanski/Kuhn-Zuber, Gesamtkommentar SRB, SGB V § 12 Rn. 1; *Greiner/Benedix,* SGb 2013, S. 1, 2; *Waltermann,* in: Knickrehm/Roßbach/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, SGB V § 12 Rn. 2; *Noftz,* in: Hauck/Noftz, SGB V, Band 2, I/00, § 12 Rn. 14; *Joussen,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 12 Rn. 2; *Wagner*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Band 1, 10/2007, SGB V § 12 Rn. 4; *Greiner,* in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, SGB V § 12 Rn. 6.

763 Dezidiert dazu, z.B.: *Bockholdt*, Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der gesetzlichen Krankenversicherung – ein „Totschlagargument"?, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S. 377, 382 ff., *Greiner/Benedix,* SGb 2013, S. 1, 1 ff., *Wagner*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Band 1, 10/2007, SGB V § 12 Rn. 4 ff. oder *Heinz*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 01.04.2025, § 12 Rn. 44-114.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Teilbereiche untergliedert werden.[764] Derjenige Teil, welcher die Begriffe „ausreichend" und „zweckmäßig" in § 12 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. SGB V sowie den Begriff „notwendig" in § 12 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. SGB V umfasst, spricht Effektivitäts- und Qualitätsgesichtspunkte einer Leistung bzw. eines Medikaments an. Weiterhin zielt dieser Teil des Wirtschaftlichkeitsgebots auf die medizinische Erforderlichkeit bzw. Notwendigkeit ab. Abwägungsentscheidungen, welche sich auf Kostengesichtspunkte von benötigten sozialrechtlichen Leistungen beziehen, werden mit diesen Begriffen nicht angesprochen.[765] Der zweite Teilbereich des Wirtschaftlichkeitsgebots, die sogenannte Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne nach § 12 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. SGB V, umfasst hingegen Abwägungsentscheidungen hinsichtlich der Kosten und des Nutzens von Leistungen.[766] Hierbei muss beachtet werden, dass die Kosten eines Mittels erst zum Tragen kommen, wenn mindestens zwei zweckmäßige, ausreichende und notwendige Leistungen zur Verfügung stehen. Wenn also nur eine wirksame Methode oder ein wirksames Arzneimittel in Frage kommt, sind die Kosten nicht relevant.[767] Das Wirtschaftlichkeitsgebot steht in einem engen Zusammenhang zum Qualitätsgebot nach § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V[768], worauf nachfolgend der Fokus gelegt wird.

764 *Huster*, Die Konkretisierung des Leistungsniveaus der sozialen Gesundheitsversorgung in Selbstverwaltung, in: Wallrabenstein/Ebsen, Stand und Perspektiven der Gesundheitsversorgung, S. 95, 99; *Huster,* VSSR 2013, S. 327, 333 ff.

765 *Huster*, Die Konkretisierung des Leistungsniveaus der sozialen Gesundheitsversorgung in Selbstverwaltung, in: Wallrabenstein/Ebsen, Stand und Perspektiven der Gesundheitsversorgung, S. 95, 99 f. und 104; *Scholz,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 12 Rn. 8; *Schuler/Hellkötter-Backes,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 12 Rn. 6 ff.

766 *Bockholdt*, Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der gesetzlichen Krankenversicherung – ein „Totschlagargument"?, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S. 377, 383 f.; *Heinz*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 01.04.2025, § 12 Rn. 103; *Scholz,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 12 Rn. 9; *Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 149; *Huster*, Die Konkretisierung des Leistungsniveaus der sozialen Gesundheitsversorgung in Selbstverwaltung, in: Wallrabenstein/Ebsen, Stand und Perspektiven der Gesundheitsversorgung, S. 95, 100 und 104; *Greiner/Benedix*, SGb 2013, S. 1, 3.

767 *BSG,* Urteil vom 03.07.2012 – B 1 KR 22/11 R, juris-Rn. 14 m.w.N.; *Roters*, in: Körner et al., BeckOGK SGB V, 01.12.2018, § 12 Rn. 41 ff.; *Wagner*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Band 1, 10/2007, SGB V § 12 Rn. 8; *Barkow von Creytz,* in: Spickhoff, Medizinrecht, SGB V § 12 Rn. 5; *Noftz,* in: Hauck/Noftz, SGB V, Band 2, I/00, § 12 Rn. 23.

768 *Bockholdt*, Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der gesetzlichen Krankenversicherung – ein „Totschlagargument"?, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S. 377, 384 f.; *Noftz,* in: Hauck/Noftz, SGB V, Band 2, I/00, § 12 Rn. 9; *Noftz,* in: Hauck/Noftz, SGB V, Band 1, 11/15, § 2 Rn. 39.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Das Qualitätsgebot gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V

aa. Rechtsdogmatische Einordnung

§ 2 Abs. 1 S. 3 SGB V normiert, dass Qualität und Wirksamkeit der Leistungen des SGB V dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse zu entsprechen und den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen haben. § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V öffnet insofern der Rechtsanwendung „ein Fenster in eine andere Welt – der Welt der Medizin“[769].[770] Wichtiger Bezugspunkt, welcher normativ-verbindliche Rechtsnormen und außerrechtliche medizinische Erkenntnisquellen miteinander verbindet, ist demnach der allgemein anerkannte Stand medizinischer Erkenntnisse i.S.v. § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V.[771] Sinn und Zweck des Qualitätsgebots gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V ist der Schutz der Versicherten vor unerprobten oder ungeeigneten[772] Maßnahmen und die Aufrechterhaltung der Finanzierbarkeit des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung.[773] Aus der Norm ist weiterhin abzuleiten, dass vorbehaltlich einzelner Ausnahmen die Finanzierung medizinische Forschung nicht zu den Aufgaben der gesetzlichen Krankenversicherung gehört.[774]

bb. Die Tatbestandsmerkmale der Wirksamkeit und des allgemein anerkannten Stands medizinischer Erkenntnisse

Besonderes Augenmerk wird im Folgenden auf den Rechtsbegriffen der Wirksamkeit ((1)) und des allgemein anerkannten Stands medizinischer Erkenntnisse ((2)) gelegt, da die Wirksamkeit von bestimmten Untersu-

769 *Roters*, SGb 2015, S. 413, 413.

770 *Joussen,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 2 Rn. 4; *Hase,* SDSRV 65 (2015), S. 31, 34 f.; *Vossen*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Band 1, 06/2022, SGB V § 2 Rn. 9; *Schuler,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 2 Rn. 2.

771 *Hase,* Sozialrecht und die Integration gesellschaftlichen Wissens, in: Masuch et al., Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Band 1, S. 423, 429 ff.; siehe bereits: C. I. 4.

772 *BSG*, Urteil vom 01.07.2014 – B 1 KR 15/13 R, juris-Rn. 11.

773 BT-Drs. 11/2237, S. 157; *Scholz,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 2 Rn. 3; *Schuler,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 2 Rn. 2; *Vossen*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Band 1, 06/2022, SGB V § 2 Rn. 8.

774 BT-Drs. 19/18048 S. 10; *Scholz,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 2 Rn. 3; *Schuler,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 2 Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chungs- und Behandlungsmethoden oder Arzneimitteln im weiteren Verlauf der Arbeit angesprochen werden wird. Weiterhin wird der allgemein anerkannte Stand medizinischer Erkenntnisse insbesondere durch generelle Tatsachen ausgefüllt, wie sich im weiteren Verlauf der Arbeit noch zeigen wird.

(1) Wirksamkeit

Mit Wirksamkeit ist die Geeignetheit oder die Fähigkeit des jeweils eingesetzten Mittels gemeint, die medizinischen Ziele bei der Behandlung einer Krankheit zu erreichen. Für die Wirksamkeit einer Leistung ist also ein Kausalzusammenhang zwischen dieser und dem Behandlungsziel erforderlich.[775] Eine unwirksame Leistung, welche nicht in der gebotenen Qualität erbracht wird, ist auch unwirtschaftlich i.S.v. § 12 Abs. 1 SGB V, weil durch die Inanspruchnahme einer solchen Leistung, das Behandlungsziel nicht erreicht wird und dadurch der Bedarf an weiteren Behandlungen steigt. Andersherum erhöht eine hohe Qualität der Gesundheitsleistungen dann deren Wirtschaftlichkeit.[776]

(2) Der allgemein anerkannte Stand der medizinischen Erkenntnisse

(i) Begriff

Es ist eine Auslegungsfrage, was unter dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse i.S.v. § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V oder dem medizinischen Standard[777] zu verstehen ist bzw. wann die Durchführung einer

775 *BVerwG,* Urteil vom 14.10.1993 – 3 C 21/91, juris-Rn. 30; *Roters*, in: Körner et al., BeckOGK SGB V, 01.12.2018, § 12 Rn. 34 m.w.N.; *Noftz,* in: Hauck/Noftz, SGB V, Band 1, 11/15, § 2 Rn. 57 f.; *Nebendahl,* in: Spickhoff, Medizinrecht, SGB V § 2 Rn. 5; *Scholz,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 2 Rn. 4; *Welti*, GesR 2006, S. 1, 6; in Bezug auf den damit verwandten Begriff der Zweckmäßigkeit i.S.v. § 12 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. SGB V*: Greiner/Benedix,* SGb 2013, S. 1, 3; ebenso Zweckmäßigkeit und Wirksamkeit gleichsetzend: *BSG,* Urteil vom 22.07.1981 – 3 RK 50/79, juris-Leitsatz Nr. 3 und Rn. 28 sowie *BSG,* Urteil vom 21.11.1991 – 3 RK 8/90, juris-Rn. 18.

776 *Bockholdt*, Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der gesetzlichen Krankenversicherung – ein „Totschlagargument"?, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S. 377, 384 f.

777 *Hase,* SDSRV 65 (2015), S. 31, 34; näher dazu z.B.: *Christoph Jansen*, welcher sich diesem Begriff in einer Dissertation widmet (*Jansen, Christoph,* Der Medizinische Standard, Berlin 2019).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Behandlungsmethode oder der Einsatz eines Medikaments diesem Standard entspricht und welche Meinungen und Erkenntnisse bei der Bestimmung dieses Standards einzubeziehen sind.[778] Nach ständiger Rechtsprechung ist das dann der Fall, wenn die überwiegende Anzahl an Fachleuten, wie Ärzte und Wissenschaftler, von dem Einsatz der Behandlung oder dem Medikament überzeugt sind. Es ist also erforderlich, dass sich in diesen fachlichen Kreisen ein Konsens[779] über die Zweckmäßigkeit der Therapie oder den Medikamenteneinsatzes herausgebildet hat. Einzelne Gegenmeinungen sind hierbei unbeachtlich. Unter dem Personenkreis, welcher in den Blick zu nehmen ist, wenn die überwiegende Anzahl an einschlägigen Fachleuten ermittelt werden soll, ist zu fassen, was sich im internationalen wissenschaftlichen Diskurs aufgrund der jeweiligen wissenschaftlichen Überzeugungskraft durchgesetzt hat. Damit zusammenhängend ist der allgemein anerkannte Stand medizinischer Erkenntnisse nicht auf eine Region beschränkt. So ist die Gesamtheit aller international zugänglichen Studien zu berücksichtigen[780]. Voraussetzung für die Identifikation der Mehrheitsmeinung ist, dass es zuverlässige und wissenschaftlich nachprüfbare Aussagen über die Qualität und Wirksamkeit der Behandlungsmethode oder des Medikaments gibt. Diese Aussagen müssen auf einwandfrei durchgeführte Studien zurückzuführen sein, welche über die Anzahl der behandelten Fälle und die Wirksamkeit der Methode oder des Arzneimittels Aufschluss geben. Weiterhin ist erforderlich, dass die in Frage stehende Methode oder das Medikament bereits in einer ausreichenden Anzahl an Behandlungsfällen erfolgreich war.[781] Mit dieser Definition wird deutlich, dass die Rechtsprechung für die Wirksamkeit von Behandlungsmethoden

778 *Padé,* NZS 2007, S. 352, 355 f. m.w.N.

779 Diese Auslegung ist u.a. zurückzuführen auf einen Aufsatz von *Wolfgang Enderlein (Enderlein,* VSSR 1992, S. 123, 143 ff.).

780 *BSG,* Urteil vom 16.08.2021 – B 1 KR 18/20 R, juris-Rn. 25; *BSG,* Urteil vom 13.12.2005 – B 1 KR 21/04 R, juris-Rn. 29.

781 *BSG,* Urteil vom 22.06.2022 – B 1 KR 19/21 R, juris-Rn. 21; *BSG,* Urteil vom 16.08.2021 – B 1 KR 18/20 R, juris-Rn. 10; *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 20/19 R, juris-Rn. 15; *BSG,* Urteil vom 08.10.2019 – B 1 KR 2/19 R, juris-Rn. 26; *BSG,* Urteil vom 30.03.2017 – B 2 U 6/15 R, juris-Rn. 18 f. m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 19.02.2002 – B 1 KR 16/00 R, juris-Rn. 24; *BSG,* Urteil vom 14.02.2001 – B 1 KR 29/00 R, juris-Rn. 11; *BSG,* Urteil vom 16.06.1999 – B 1 KR 4/98 R, juris-Rn. 22 f.; *BSG,* Urteil vom 17.12.2013 – B 1 KR 70/12 R, juris-Rn. 21; *BSG,* Urteil vom 13.12.2005 – B 1 KR 21/04 R, juris-Rn. 22; *BSG,* Urteil vom 21.03.2013 – B 3 KR 2/12 R, juris-Rn. 12 m.w.N.; *Hart*, MedR 2020, S. 895, 895; *Roters,* in: Körner et al., BeckOGK SGB V, 01.12.2018, § 12 Rn. 35; *Noftz,* in: Hauck/Noftz, SGB V, Band 1, 11/15, § 2 Rn. 62; *Nebendahl,* in: Spickhoff, Medizinrecht, SGB V § 2 Rn. 5; *Schuler,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V,

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

oder Arzneimitteln wissenschaftliche Belege bzw. Beweise (englisch: „evidence“[782]) fordert.[783] Der Rechtsbegriff des allgemein anerkannten Stands medizinischer Erkenntnisse gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V fasst dieses, sich immer weiterentwickelnde, medizinische Wissen zusammen und standardisiert dieses.[784] § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V verweist damit auf die sogenannte Evidence-based Medicine (Evidenzbasierte Medizin – EbM).[785] Der allgemein anerkannte Stand medizinischer Erkenntnisse ist also nach den Vorgaben der EbM zu ermitteln.[786]

(ii) Evidence-based Medicine (Evidenzbasierte Medizin – EbM)

Unter der Methode der EbM ist die Verwissenschaftlichung der Medizin gemeint.[787] Als Wegbereiter der EbM gilt *David Sackett,* welcher konstatierte, dass der Kern der EbM die Prüfung durch den Arzt sei, ob Studienergebnisse auf den zu behandelnden Einzelfall anzuwenden seien.[788] Unter EbM ist also „der gewissenhafte, ausdrückliche und vernünftige Gebrauch der gegenwärtig besten externen, wissenschaftlichen Evidenz für Entscheidungen in der medizinischen Versorgung individueller Patienten“[789] zu verstehen. Die Methodik der EbM kennt verschiedene Evidenzstufen oder Erkenntnisstufen, welchen ein unterschiedlicher Beweiswert beigemessen wird, wenn es darum geht, die Wirksamkeit oder den Nutzen einer neuen

§ 2 Rn. 2 m.w.N.; *Scholz,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 2 Rn. 4; *Ertl*, NZS 2016, S. 889, 890; *Welti*, GesR 2006, S. 1, 6; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 7c.

782 *Welti*, GesR 2006, S. 1, 6.

783 *Augsberg,* GesR 2012, S. 595, 596 f.; *Roters,* GesR 2012, S. 604, 607.

784 *Hase,* GesR 2012, S. 601, 602 f.

785 *Plagemann*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 01.04.2025, § 2 Rn. 55; *Hart*, MedR 2020, S. 895, 895 f.; *Noftz,* in: Hauck/Noftz, SGB V, Band 1, 11/15, § 2 Rn. 62.

786 *Axer*, in: von Koppenfels-Spies/Wenner, SGB V, § 2 Rn. 4; *Huster,* SDSRV 65 (2015), S. 9, 17; *Jansen*, Der Medizinische Standard, S. 17; *Vossen*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Band 1, 06/2022, SGB V § 2 Rn. 9; *Schuler,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 2 Rn. 2; *Hase,* GesR 2012, S. 601, 603 und daran anknüpfend *Roters,* SGb 2015, S. 413, 414, 419 und 422; ebenso *Welti*, GesR 2006, S. 1, 6.

787 *Hart,* MedR 2015, S. 1, 2; *Augsberg,* GesR 2012, S. 595, 596.

788 *Sackett et al.,* BMJ 312 (1996), S. 71, 71.

789 *Jansen*, Der Medizinische Standard, S. 17 f.; *Windeler*, ZaeFQ 2001, S. 88, 89; *Welti/Raspe*, NJW 2002, S. 874, 874.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Therapie oder eines Arzneimittels zu bestimmen.[790] Dabei wird einzelnen Expertenmeinungen oder auch der Konsense von mehreren Experten ein geringer Beweiswert beigemessen. Stattdessen gelten als sogenannter Goldstandard randomisierte[791] und kontrollierte (Doppelblind-[792])Studien (randomized controlled trials – RCTs). Diese Studien vergleichen zeitgleich mehrere Gruppen von Patienten in Bezug auf die Ergebnisse von mehreren an ihnen durchgeführten Behandlungen. Dabei werden die Probanden den jeweiligen Behandlungen zufällig zugeordnet.[793] Wie oben gesagt wurde, fordert die Rechtsprechung evidenzbasierte Belege für die Wirksamkeit bestimmter Methoden oder Arzneimittel.[794] Vielmehr kann jedoch gesagt werden, dass die Rechtswissenschaft und die Rechtsanwendung, insbesondere im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, auf dieses externe, medizinische Wissen angewiesen sind.[795] Erschwerend kommt hinzu, dass nicht vorausgesetzt werden kann, dass die EbM zu jeglichen Fragen, die sich bei der Rechtsanwendung hinsichtlich der Bestimmung eines medizinischen Standards stellen, eine Antwort hat. Möglich ist, dass entsprechendes wissenschaftlich-medizinisches Material nicht vorliegt.[796]

---

790 *Jansen*, Der Medizinische Standard, S. 19 m.w.N.; *Augsberg,* GesR 2012, S. 595, 598; *Hase,* Sozialrecht und die Integration gesellschaftlichen Wissens, in: Masuch et al., Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Band 1, S. 423, 431.

791 Die Patienten werden gemäß dem Zufallsprinzip der jeweiligen Gruppe (Behandlungs- oder Kontrollgruppe (Placebogruppe)) zugeteilt.

792 Weder Arzt noch Patienten wissen, welcher Gruppe die Patienten zugeordnet werden.

793 *Jansen*, Der Medizinische Standard, S. 19 f.; *Vossen*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Band 1, 06/2022, SGB V § 2 Rn. 9; *Clemens*, GesR 2011, S. 397, 402; *Hase,* Sozialrecht und die Integration gesellschaftlichen Wissens, in: Masuch et al., Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Band 1, S. 423, 431; *Augsberg,* GesR 2012, S. 595, 598; näher dazu z.B.: *Windeler et al.*, DÄ 2008, S. 565, 565 ff.

794 D. I. 1. b. bb. (2).

795 *Augsberg,* GesR 2012, S. 595, 596; *Hase,* Sozialrecht und die Integration gesellschaftlichen Wissens, in: Masuch et al., Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Band 1, S. 423, 429 ff. und 436; *Brockmann,* SDSRV 65 (2015), S. 73, 76 f.; auch das *BVerfG* erachtet das Konzept der EbM grundsätzlich als sinnvoll an, wenn es darum geht die Wirksamkeit und den Nutzen von im SGB V verankerten Leistungen einzuschätzen, so z.B.: *BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 30.06.2008 – 1 BvR 1665/07, juris-Rn. 10 oder *BVerfG*, Beschluss vom 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, juris-Leitsatz und Rn. 59.

796 *Hase,* Sozialrecht und die Integration gesellschaftlichen Wissens, in: Masuch et al., Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Band 1, S. 423, 429 ff.; *Roters,* SGb 2015, S. 413, 414 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Konkretisierung des Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsgebots

Nachfolgend ist auf die Richtlinien des *G-BA* gemäß § 92 SGB V (aa.) und auf Wirtschaftlichkeitsprüfungen des Behandlungs- und Verordnungsverhaltens der Vertragsärzte gemäß §§ 106 ff. SGB V (bb.) einzugehen.

aa. Richtlinien des *G-BA* gemäß § 92 SGB V

(1) Der *G-BA* und das *Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG)*

(i) Der *G-BA* gemäß § 91 SGB V

Gemäß § 91 Abs. 1 S. 1 SGB V bilden die *KBV,* die *Deutsche Krankenhausgesellschaft (DKG)* und der *Spitzenverband Bund der Krankenkassen (SPI-BU*) einen *Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA).*[797] Der *G-BA* beschließt gemäß § 91 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 SGB V eine Geschäftsordnung (GO-G-BA[798]) und gemäß § 91 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB V eine Verfahrensordnung (VerfO des G-BA[799]). Weiterhin ist der *G-BA* gemäß § 91 Abs. 1 S. 2 SGB V i.V.m. § 1 Abs. 2 GO-G-BA eine rechtsfähige juristische Person des öffentlichen Rechts[800].[801]

797 *Orlowski,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 91 Rn. 1; *Hollo,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 91 Rn. 10.

798 Geschäftsordnung des Gemeinsamen Bundesausschusses vom 17.07.2008 (BAnz. Nr.134 (S. 3 256) vom 04.09.2008), zuletzt geändert am 16.05.2024 (BAnz AT 12.09.2024 B2), in Kraft getreten am 13.09.2024.

799 Verfahrensordnung des Gemeinsamen Bundesausschusses vom 18.12.2008 BAnz. Nr. 84a (Beilage) vom 10.06.2009, zuletzt geändert am 18.07.2024 BAnz AT 18.11.2024 B3, in Kraft getreten am 19.11.2024.

800 Kritisch dazu: *Orlowski,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 91 Rn. 8 f.; zur Rechtsnatur des *G-BA* weiterhin: *Hollo,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 91 Rn. 11 m.w.N.

801 *Orlowski,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 91 Rn. 45 und 47; *Harney,* in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, SGB V § 91 Rn. 4; *Rixen*, MedR 2008, S. 24, 26.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(ii) Das *Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG)* gemäß §§ 139a-c SGB V

Die rechtlichen Grundlagen zum *Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG)* sind in den §§ 139a-c SGB V niedergeschrieben. Gemäß § 139a Abs. 1 S. 1 SGB V gründet der *G-BA* ein fachlich unabhängiges, rechtsfähiges und wissenschaftliches Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen und ist dessen Träger.[802] Das *IQWiG* ist gemäß § 139a Abs. 1 S. 2 SGB V i.V.m. § 2 Stiftungssatzung des *IQWiG*[803] eine Stiftung des Privatrechts.[804] Das *IQWiG* leitet dem *G-BA* Gutachten und Stellungnahmen[805] zu wissenschaftlich-medizinischen und gesundheitsökonomischen Fragestellungen zu, welche dieser für die Einschätzung von Angeboten von Leistungserbringern im SGB V benötigt. Die konkreten Aufgaben des *IQWiG* sind in § 139a Abs. 3 SGB V nicht abschließend normiert. Jedenfalls obliegt es dem *IQWiG* zu Fragen von grundsätzlicher Bedeutung für die Qualität und Wirtschaftlichkeit der im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung erbrachten Leistungen tätig zu werden.[806] Hierzu wird das Institut gemäß § 139b Abs. 1 SGB V entweder vom *G-BA* (§ 139b Abs. 1 S. 1 SGB V i.V.m. 1. Kapitel, §§ 15-22 VerfO des G-BA), vom *Bundesministerium für Gesundheit (BMG)*, von Patientenorganisationen oder von dem Patientenbeauftragten der Bundesregierung beauftragt.[807]

802 *Wallrabenstein,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 139a Rn. 1 und 4; *Rixen*, MedR 2008, S. 24, 26.

803 Satzung des Instituts für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen vom 21.08.2021, Änderung der Satzung genehmigt: 22.09.2021.

804 *Wallrabenstein,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 139a Rn. 4; *von Dewitz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 139a Rn. 10; *Rixen*, MedR 2008, S. 24, 26.

805 Zur Aussagekraft und der Überprüfung der Ausarbeitungen des *IQWiG*: *BSG*, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 7/10 R, juris-Rn. 75 ff. oder *Wenner*, Was „weiß" das BSG und woher weiß es etwas?, in: Buchner/Ladeur, FS Hase, S. 55, 58 f.

806 BT-Drs. 15/1525, S. 127; *BSG*, Urteil vom 13.12.2005 – B 1 KR 21/04 R, juris-Rn. 31; *Wallrabenstein,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 139a Rn. 1 und 6 f.; *von Dewitz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 139a Rn. 3 und 15; *Roters*, in: Körner et al., BeckOGK SGB V, 01.05.2020, § 139a Rn. 2; *Vossen*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Band 3, 08/2017, SGB V § 139a Rn. 2; *Barth,* in: Spickhoff, Medizinrecht, SGB V § 139a Rn. 4.

807 *Barth,* in: Spickhoff, Medizinrecht, SGB V § 139a Rn. 5; *Wallrabenstein,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 139b Rn. 4 ff.; *von Dewitz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 139b Rn. 2, Rn. 4 und 8.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Beschlüsse des *G-BA*

Der *G-BA* fungiert als oberstes Beschlussgremium der gemeinsamen Selbstverwaltung[808] und erlässt hierfür Beschlüsse. Damit sind grundsätzlich seine Richtlinien angesprochen[809]. Diese erlässt der *G-BA* gemäß § 92 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. SGB V zur Sicherung der ärztlichen Versorgung über die Gewähr für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten. Diese Richtlinien gestalten demnach Leistungsansprüche des gesamten Krankenversicherungsrechts aus.[810] Wichtig hierbei ist, dass der *G-BA* über die Frage, ob der Einsatz einer Methode oder eines Medikaments dem allgemein anerkannten Stand medizinischer Erkenntnisse entspricht, nicht selbst entscheidet. Der *G-BA* bewertet die entsprechende Behandlungsmethode oder das entsprechende Arzneimittel vielmehr in Zusammenarbeit mit dem *IQWiG* und bezieht dabei vorhandene Literatur, klinische Studien sowie Meinung in einschlägigen Fachkreisen ein. Anhand der Maßstäbe der EbM wird dieses Material bewertet und dann entschieden, ob ein Nachweis der Qualität und Wirksamkeit des entsprechenden Medikaments vorliegt.[811] Das Beschlussgremium oder Plenum (§ 3 GO-G-BA) des *G-BA* besteht gemäß § 91 Abs. 2 S. 1 SGB V aus 13 Personen. Diese Personengruppe setzt sich aus einem unparteiischen Vorsitzenden, zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern, einem von der *Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung (KZBV),* jeweils zwei von der *KBV* und der *DKG* und fünf von dem *SPIBU* benannten Mitgliedern zusammen. Für einen Richtlinienbeschluss des *G-BA* ist gemäß § 91 Abs. 7 S. 1 SGB V grundsätzlich die Mehrheit des Beschlussgremiums erforderlich. Damit sind also mindestens 7 Stimmen notwendig (§ 15 Abs. 1 GO-G-BA).[812] Daneben haben gemäß § 140f Abs. 2 S. 1 SGB V die für die Wahrnehmung der Interessen der Patientinnen und Patienten und der Selbsthilfe chronisch kranker und

808 *Hollo,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 91 Rn. 1; *Orlowski,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 91 Rn. 1.

809 *Hollo,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 91 Rn. 59.

810 *A.a.O.*, § 92 Rn. 5; *Orlowski,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 91 Rn. 1; *Ebsen*, MedR 2018, S. 931, 931.

811 *BSG,* Urteil vom 04.04.2006 – B 1 KR 12/05 R, juris-Rn. 30 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 19.02.2003 – B 1 KR 18/01 R, juris-Rn. 14; *Hollo,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 92 Rn. 5; *Schlegel*, MedR 2008, S. 30, 32; *Kingreen*, MedR 2007, S. 457, 461.

812 *Orlowski,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 91 Rn. 14 und 41; *Harney,* in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, SGB V § 91 Rn. 6; *Hellkötter-Backes,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 91 Rn. 13; *Hollo,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 91 Rn. 24.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

behinderter Menschen auf Bundesebene maßgeblichen Organisationen für Beschlüsse des *G-BA* Mitberatungsrechte. Das beinhaltet das Recht an dem Beschlussverfahren teilzunehmen, mitzuberaten und auch Anträge zu stellen (§ 140f Abs. 2 S. 5 SGB V). Die Bestimmung dieser Organisationen regelt § 140g SGB V.[813] Im Folgenden ist auf einzelne für diese Arbeit relevante Aspekte im Zusammenhang mit dem Erlass von Richtlinien durch den *G-BA* einzugehen ((i) bis (v)).

(i) Der Einbezug der EbM in die Richtlinienbeschlüsse des *G-BA*

Das Konzept unterschiedlicher Evidenzstufen[814] ist in der VerfO des G-BA zu finden. Die VerfO des G-BA macht insbesondere Vorgaben zu den Anforderungen, welche an die wissenschaftliche Qualität und Wirtschaftlichkeit von neuen Verfahren oder Arzneimitteln zu stellen sind, damit diese in Richtlinien aufgenommen werden können.[815] Die VerfO des G-BA verweist im 1. Kapitel, in § 5 Abs. 2 für die Konkretisierung bzw. Ermittlung des allgemein anerkannten Stands medizinischer Erkenntnisse auf die EbM.[816] Im 2. Kapitel, in § 11 Abs. 2 S. 1 VerfO des G-BA werden sodann zur Bewertung von diagnostischen (Abs. 2 S. 1 Nr. 1) und therapeutischen (Abs. 2 S. 1 Nr. 2) Methoden verschiedene Unterlagen und Nachweise bzw. Erkenntnisse aufgeführt und diese hinsichtlich Ihres wissenschaftlichen Werts unterschiedlichen Evidenzstufen zugordnet. Auf Evidenzstufe I a sind z.B. systematische Übersichtsarbeiten von Studien der Evidenzstufe I b (randomisierte kontrollierte Studien) anzusiedeln. Auf der untersten Stufe (Evidenzstufe IV) finden sich dann Assoziationsbeobachtungen, pathophysiologische Überlegungen, deskriptive Darstellungen, Einzelfallberichte, nicht mit Studien belegte Meinungen anerkannter Expertinnen und Experten, Berichte von Expertenkomitees und Konsensuskonferenzen.[817]

---

813 *Orlowski,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 91 Rn. 17; *Hellkötter-Backes,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 91 Rn. 11 f.

814 Siehe oben: D. I. 1. b. bb. (2).

815 *Roters*, in: Körner et al., BeckOGK SGB V, 01.12.2018, § 12 Rn. 35; *Orlowski,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 91 Rn. 45 f.; *Harney,* in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, SGB V § 91 Rn. 43; *Hollo,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 91 Rn. 50.

816 *Axer*, in: von Koppenfels-Spies/Wenner, SGB V, § 2 Rn. 4; *Schuler,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 2 Rn. 2; *Huster,* SDSRV 65 (2015), S. 9, 17.

817 *Vossen*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Band 1, 06/2022, SGB V § 2 Rn. 9; *Augsberg,* GesR 2012, S. 595, 598.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(ii) Bekanntmachung der Richtlinien des *G-BA*

Die Richtlinien des *G-BA* oder auch Änderungen sind gemäß § 94 Abs. 2 S. 1 SGB V i.V.m. 1. Kapitel, § 7 Abs. 2 und 3 VerfO des G-BA und § 17 Abs. 1 GO-G-BA im Bundesanzeiger und deren tragende Gründe im Internet bekannt zu machen[818]. Weiterhin muss gemäß § 94 Abs. 2 S. 2 SGB V aus Transparenzgründen[819] die Bekanntmachung der Richtlinien auch einen Hinweis auf die Fundstelle der Veröffentlichung der tragenden Gründe im Internet enthalten. Erst mit der Bekanntmachung der jeweiligen Richtlinie im Bundesanzeiger wird diese rechtswirksam.[820]

(iii) Demokratischen Legitimation des *G-BA* und rechtsdogmatische Einordnung der Richtlinien des *G-BA*

Die Frage nach der demokratischen Legitimation des *G-BA* für dessen umfassende Regelungskompetenz im SGB V und die rechtsdogmatische Einordnung seiner Richtlinien sind in Literatur und Rechtsprechung umstritten.[821] Die Aufarbeitung und abschließende Klärung dieser Diskussion[822] kann und muss nicht an dieser Stelle erfolgen. Es wird insofern auf die kaum überschaubare Menge an Veröffentlichungen und Rechtsprechung

818 Beispielhaft: *G-BA*, Tragende Gründe zum Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Erteilung eines Auftrags an die Expertengruppe nach § 35c Absatz 1 SGB V (Expertengruppe Off-Label): Rituximab bei schubförmig-remittierender Multipler Sklerose, S. 1 ff.

819 BT-Drs. 16/3100, S. 135.

820 *BSG*, Urteil vom 19.02.2002 – B 1 KR 16/00 R, juris-Leitsatz Nr. 1; *Roters*, in: Körner et al., BeckOGK SGB V, 15.02.2024, § 94 Rn. 16; *Daum,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, Stand: 01.03.2025, SGB V § 94 Rn. 5; *Hollo,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 94 Rn. 6; *Knittel*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Band 2, 09/2024, SGB V § 94 Rn. 14; *Barth,* in: Spickhoff, Medizinrecht, SGB V § 94 Rn. 5.

821 *Orlowski,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 91 Rn. 61; *Harney,* in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, SGB V § 91 Rn. 66; *Barth,* in: Spickhoff, Medizinrecht, SGB V § 91 Rn. 14 m.w.N.; *Hellkötter-Backes,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 92 Rn. 10 ff.

822 Eine Übersicht zu dieser Kontroverse ist bei *Ebsen*, MedR 2018, S. 931, 931-934 zu finden.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zum Thema verwiesen.[823] Gleichwohl nimmt der Verfasser an dieser Stelle knapp Stellung zu diesen Fragen. So wird in dieser Arbeit die Ansicht vertreten, dass die Richtlinien des *G-BA* medizinischen Sachverstand bündeln und diesen in Rechtssätze überführen. Das Krankenversicherungsrecht ist auf diese untergesetzliche Normgebung des *G-BA* mit seinen Ressourcen an medizinischem Wissen angewiesen, um die im SGB V verankerten Leistungsansprüche auszufüllen. Hierfür ist der *G-BA* jedenfalls mit Wirkung gegenüber denjenigen Akteuren legitimiert, welche im Beschlussgremium vertreten sind[824]. Mit Wirkung gegenüber den Versicherten kann gesagt werden, dass der *G-BA* zumindest mit §§ 91, 92 SGB V i.V.m. der GO-G-BA und der VerfO des G-BA die Kompetenz der Rechtssetzung durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber[825] erlangt. Wird weiterhin die de-

823 Als Ausgangspunkt zur Einordnung der Richtlinien des *G-BA* als untergesetzliche Rechtsvorschriften kann jedenfalls hier genannt werden: *BSG*, Urteil vom 20.03.1996 – 6 RKa 62/94, juris-Rn. 20 ff.; daran anschließend in ständiger Rechtsprechung: *BSG*, Urteil vom 16.09.1997 – 1 RK 28/95, juris-Rn. 32 ff., *BSG,* Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 3/06 R, juris-Rn. 20*, BSG,* Urteil vom 7.11.2006 – B 1 KR 24/06 R, Rn. 15, *BSG*, Urteil vom 16.12.2008 – B 1 KR 2/08 R, juris-Rn. 20 und *BSG*, Urteil vom 05.05.2009 – B 1 KR 15/08 R, juris-Rn. 11 m.w.N.; weiterhin kann dazu, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, aus der Literatur genannt werden: *Hollo,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 92 Rn. 7 f. m.w.N., *Hollo,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 91 Rn. 58 ff. u.v.m. und *Musil*, in: von Koppenfels-Spies/Wenner, SGB V, § 92 Rn. 15; zum Verhältnis der Richtlinien zu Rechtsverordnungen: *Hollo,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 91 Rn. 60 und *Hollo,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 92 Rn. 20; zur Frage der verfassungsrechtlichen Legitimation des *G-BA* zur Normsetzung: *Hase*, GuP 2019, S. 41, 41 ff., *Hase*, MedR 2018, S. 1, 1 ff., *Hollo,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 92 Rn. 9 ff. m.w.N., *Axer,* SDSRV 67 (2018), S. 77, 93 ff., *Kingreen,* MedR 2017, S. 8, 8 ff., *Axer*, NZS 2017, S. 601, 601 ff., *Hänlein*, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, S. 454 ff., *Roters*, in: Körner et al., BeckOGK SGB V, 15.08.2023, § 91 Rn. 43 ff., *Klafki/Loer*, VerwArch 2017, S. 343, 343 ff., *Schimmelpfeng-Schütte*, NZS 2006, S. 567, 567 ff., *Sodan/Hadank*, NZS 2018, S. 804, 804 ff., *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, S. 115 ff. und 269 und *Musil*, in: von Koppenfels-Spies/Wenner, SGB V, § 92 Rn. 15 f.; zur verfassungsrechtlichen Legitimation des *G-BA* wurden weiterhin drei Rechtsgutachten durch das *Bundesministerium für Gesundheit (BMG)* in Auftrag gegeben: *Gassner/Holzner*, Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Legitimation des G-BA, S. 2 ff., *Kingreen*, Optionen zur Stärkung der demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 2 ff. und *Kluth*, Rechtsgutachten Verfassungsrechtliche Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses, S. 2 ff.; siehe zur Sicht des *BVerfG* dazu: *BVerfG*, Beschluss vom 10.11.2015 – 1 BvR 2056/12, juris-Rn. 22, bestätigt durch *BVerfG*, Nichtannahmebeschluss vom 06.10.2016 – 1 BvR 292/16, juris-Rn. 24.

824 *Ziermann,* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 7 Rn. 42 ff.

825 C. I. 2. a. aa.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mokratische Legitimation des Beschlussgremiums des *G-BA* angezweifelt, müssen folglich auch die gesetzlichen Grundlagen angezweifelt werden, welche den *G-BA* zum Normerlass ermächtigen.[826] Die Richtlinien des *G-BA* sorgen weiterhin für Rechtsanwendungsgleichheit i.S.v. Art. 3 Abs. 1 GG[827] und sind gemäß § 91 Abs. 6 SGB V für die Trägerorganisationen des *G-BA* sowie deren Mitglieder und Mitgliedskassen sowie die Versicherten und Leistungserbringer unmittelbar verbindlich.[828] Die Richtlinien sind insofern als vom *G-BA* gesetzte, untergesetzliche normativ-verbindliche, Rechtssätze einzustufen.[829] Hinzukommt, dass mit der oben angesprochenen Veröffentlichungspflicht der Richtlinien des *G-BA* und deren tragender Gründe gemäß § 94 Abs. 2 SGB V[830] der aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG)[831] folgenden Verkündungs- bzw. Bekanntmachungspflicht für Rechtsnormen im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahren[832] Genüge getan wird.[833]

826 *Knittel*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Band 2, 01/2025, SGB V § 91 Rn. 32; *Hase,* MedR 2018, S. 1, 2 und 4 f. und 8 f. und 10 ff.; ebenso die demokratische Legitimation bejahend: *BSG,* Urteil vom 19.04.2016 – B 1 KR 28/15 R, juris-Rn. 28, *BSG,* Urteil vom 20.04.2016 – B 3 KR 18/15 R, juris-Rn. 21 (mit Bezug zum Urteil des *BVerfG*, Beschluss vom 10.11.2015 – 1 BvR 2056/12, juris), *BSG*, Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 2/16 R, juris-Rn. 17 oder *BSG,* Urteil vom 04.05.2016 – B 6 KA 24/15 R, juris-Rn. 25.

827 *BSG,* Urteil vom 17.12.2013 – B 1 KR 70/12 R, juris-Rn. 23 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 06.03.2012 – B 1 KR 18/11 R, juris-Rn. 23.

828 *Orlowski,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 91 Rn. 1 und 61; *Harney,* in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, SGB V § 91 Rn. 64 f.; *Hellkötter-Backes,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 91 Rn. 16; *Hollo,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 91 Rn. 58; *Wigge,* MedR 2000, S. 574, 578.

829 *BSG,* Urteil vom 15.12.2015 – B 1 KR 30/15 R, juris-Rn. 23; *Knittel*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Band 2, 05/2024, SGB V § 92 Rn. 11; *Orlowski,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 91 Rn. 61; *Harney,* in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, SGB V § 92 Rn. 6; *Hollo,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 91 Rn. 60; *Hollo,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 92 Rn. 20; *Roters*, in: Körner et al., BeckOGK SGB V, 15.08.2023, § 91 Rn. 46; *Hellkötter-Backes,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 92 Rn. 2; *Wenner,* GuP 2013, S. 41, 42.

830 D. I. 1. c. aa. (2) (ii).

831 B. II.

832 Siehe oben: C. I. 2. a. bb. (2).

833 *Axer,* SDSRV 67 (2018), S. 77, 95; *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, S. 403 ff.; in Bezug auf das rechtsstaatliche Erfordernis die Festbetragsfestsetzung von Arzneimittel bekannt zu machen: *BVerfG*, Urteil vom 17.12.2002 – 1 BvL 28/95, juris-Rn. 133.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(iv) Rechtsschutz gegen Richtlinien des *G-BA*

Rechtsschutz gegen die Richtlinien des *G-BA* kommt zunächst über eine inzidente Normenkontrolle[834] der Richtlinien im Rahmen einer Rechtsstreitigkeit, in welcher eine belastende Entscheidung auf der Grundlage einer Richtlinie in Streit steht, in Betracht.[835] Die Kontrolldichte bzw. die Reichweite eines möglicher Beurteilungsspielraums[836] auf Seiten des *G-BA* ergibt sich durch Auslegung der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage der jeweiligen Richtlinie. Soweit ein Beurteilungsspielraums bejaht wird, sind die Richtlinien des *G-BA* eingeschränkt gerichtlich überprüfbar. Überprüfbar ist dann, ob die Vorgaben in dieser gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage und Verfahrensvorschriften, welche in der GO-G-BA und der VerfO des G-BA niedergeschrieben sind, eingehalten wurden. Die den Richtlinien zugrunde liegenden fachwissenschaftlichen Fakten sind lediglich auf ihre Plausibilität hin überprüfbar. Überprüft werden kann also nur, ob der Gesetzgeber, in diesem Fall der *G-BA*, bei seiner Entscheidung von schlüssigen Annahmen ausgegangen ist oder ob diesen gewichtige, wissenschaftlich untermauerte, Aussagen entgegenstehen. Konkrete Einschätzungen von sachverständigen Personen auf Seiten des *G-BA*, etwa zu bestimmten Studien und deren Durchführung, sind nicht gerichtlich überprüfbar.[837]

834 Siehe dazu: C. I. 2. e. bb. (2).

835 *BSG,* Beschluss vom 18.11.2009 – B 1 KR 74/08 B, juris-Rn. 14 m.w.N.; *Musil*, in: von Koppenfels-Spies/Wenner, SGB V, § 92 Rn. 18; *Hollo,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 92 Rn. 19 f. (auch mit weiteren Möglichkeiten des Rechtsschutzes gegen die Richtlinien des *G-BA*).

836 C. II. 1. c. bb.

837 *BSG,* Urteil vom 31.05.2006 – B 6 KA 13/05 R, juris-Rn. 68 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 07.11.2006 – B 1 KR 24/06 R, Rn. 14; *BSG,* Urteil vom 24.04.2018 – B 1 KR 13/16 R, juris-Rn. 35 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 11.05.2023 – B 1 KR 10/22 R, juris-Rn. 28 m.w.N.; *Hollo,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 92 Rn. 21.; *Bockholdt*, Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der gesetzlichen Krankenversicherung – ein „Totschlagargument"?, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S. 377, 388; *Roters,* in: Körner et al., BeckOGK SGB V, 15.02.2024, § 92 Rn. 19 ff.; *Roters,* GesR 2012, S. 604, 607 f.; *Engelmann,* MedR 2006, S. 245, 256 f.; *Wenner*, Was „weiß" das BSG und woher weiß es etwas?, in: Buchner/Ladeur, FS Hase, S. 55, 57 f.; *Wenner,* GuP 2013, S. 41, 46 ff.; *Schlegel,* MedR 2008, S. 30, 32 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(v) Die Richtlinie über die Verordnung von Arzneimitteln in der vertragsärztlichen Versorgung (Arzneimittel-Richtlinie – AM-RL) des *G-BA*

§ 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 und Abs. 2, 3 und 3a SGB V i.V.m, der Richtlinie über die Verordnung von Arzneimitteln in der vertragsärztlichen Versorgung (Arzneimittel-Richtlinie – AM-RL[838]) des *G-BA* regulieren die Arzneimittelversorgung in Deutschland. Die AM-RL trifft Vorgaben dazu, unter welchen Voraussetzungen Medikamente zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung verordnet werden dürfen, inwiefern die Verordnungsfähigkeit eingeschränkt werden kann oder welche Mittel von der Versorgung ausgeschlossen sind. Zudem erhalten Ärzte durch die AM-RL Therapiehinweise, welche dem jeweiligen Arzt eine therapie- und kostengerechte Auswahl der Arzneimittel ermöglichen soll (§ 92 Abs. 2 S. 3 SGB V).[839] Die AM-RL wird im weiteren Verlauf der Arbeit noch von Bedeutung sein.

bb. Wirtschaftlichkeitsprüfungen gemäß §§ 106 ff. SGB V

Im Rahmen der ärztlichen Therapiefreiheit, welche durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist, obliegt es grundsätzlich dem Vertragsarzt, welches Medikament dieser zu Behandlung der jeweiligen Erkrankung einsetzt. Jedoch ist der Arzt dabei an das Wirtschaftlichkeitsgebot gebunden und kann z.B. nicht etwa bei zwei gleich geeigneten Arzneimitteln das kostenintensivere von beiden verordnen. So schränkt das Wirtschaftlichkeitsgebot gemäß § 12 Abs. 1 SGB V neben Leistungsansprüchen der Versicherten[840], auch

838 Richtlinie über die Verordnung von Arzneimitteln in der vertragsärztlichen Versorgung in der Fassung vom 18.12.2008/22.01.2009 BAnz. Nr. 49 (Beilage) vom 31.03.2009, zuletzt geändert am 19.09.2024 BAnz. AT 08.11.2024 B4, in Kraft getreten am 09.11.2024.

839 *Roters*, in: Körner et al., BeckOGK SGB V, 15.02.2024, § 92 Rn. 46 ff.; *Knittel*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Band 2, 05/2024, SGB V § 92 Rn. 37 ff.; *Barth,* in: Spickhoff, Medizinrecht, SGB V § 92 Rn. 11 ff.; *Hollo,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 92 Rn. 23 ff.

840 D. I. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Therapiefreiheit der Ärzte ein.[841] An dieser Stelle knüpft die Wirtschaftlichkeitsprüfung gemäß §§ 106-106d SGB V an, welche das Wirtschaftlichkeitsgebot konkretisiert. Neben weiteren Anpassungen aus neuerer Zeit[842] der einschlägigen Regelungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung im SGB V wurden bedeutende Änderungen mit dem Gesetz zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstärkungsgesetz (GKV-VSG[843])) vorgenommen. Seit 01.01.2017 werden damit Wirtschaftlichkeitsprüfung überwiegend durch Vereinbarungen der Selbstverwaltungspartner sichergestellt[844]. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf die seitdem geltende Rechtslage. Die Prüfungen überwachen demnach, ob der jeweilige Arzt bei seiner Behandlungs- und Verordnungsweise unwirtschaftlich handelt und § 12 Abs. 1 SGB V verletzt[845]. Hierbei wird zwischen arztbezogenen Prüfungen ärztlicher Leistungen gemäß § 106 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 106a SGB V und ärztlich verordneten Leistungen gemäß § 106 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V.m. § 106b SGB V unterschieden. Hierfür werden Prüfvereinbarungen auf Landesebene gemäß § 106 Abs. 1 S. 2 SGB V zwischen den *Landesverbänden der Krankenkassen* und den *Ersatzkassen* und den *Kassenärztlichen Vereinigungen (KÄV)* vereinbart. Diese enthalten Inhalt und Durchführung der Beratungen und Prüfungen, auch von Einzelfallprüfungen. Diese Vereinbarungen sind also die Basis

841 *BVerfG*, Stattgebender Kammerbeschluss vom 17.08.2004 – 1 BvR 378/00, juris-Rn. 27; *BVerfG*, Nichtannahmebeschluss vom 10.04.2000 – 1 BvR 422/00, juris-Rn. 22 ff.; *BSG*, Urteil vom 25.09.2000 – B 1 KR 24/99 R, juris-Rn. 17 m.w.N.; *BSG*, Urteil vom 05.05.1988 – 6 RKa 27/87, juris-Rn. 23; *BSG*, Urteil vom 20.03.1996 – 6 RKa 62/94, juris-Rn. 51; *BSG*, Urteil vom 01.03.1979 - 6 RKa 4/78, juris-Rn. 15 ff.; *Heinz*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 01.04.2025, § 12 Rn. 118; *Bockholdt*, Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der gesetzlichen Krankenversicherung – ein „Totschlagargument"?, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S. 377, 379.

842 Gesetz für schnellere Termine und bessere Versorgung (Terminservice- und Versorgungsgesetz – TSVG) vom 06.05.2019 (BGBl. I, S. 646), zu mit diesem Gesetz einhergehenden Änderungen: *Stockmar*, ZMGR 2019, S. 268, 268 ff.; Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetz – GVWG) vom 11.07.2021 (BGBl. I, S. 2754).

843 Gesetz zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 16.07.2015 (BGBl. I, S. 1211); zur Entstehungsgeschichte der Wirtschaftlichkeitsprüfungen: *Steinhäuser,* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 18 Rn. 1 zu finden.

844 *Steinhäuser,* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 18 Rn. 1; *Scholz,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 106 Rn. 1.

845 *Murawski*, in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 106 Rn. 1 ff.; *Waltermann,* in: Knickrehm/Roßbach/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, SGB V § 12 Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Prüfungen durch die Prüfungsstellen gemäß § 106c SGB V.[846] In Bezug auf diese Arbeit ist der Arzneikostenregress aufgrund einer Einzelfallprüfung der Verordnung von Arzneimitteln gemäß § 106 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V.m. § 106b Abs. 1 SGB V sowie der jeweils geltenden Prüfvereinbarung relevant. Geprüft wird in einem solchen Fall das konkrete Behandlungs- oder Verordnungsverhalten des Arztes[847]. Gegenstand der Prüfung ist also z.B., ob ein Medikament im Einzelfall unzulässigerweise verordnet wurde, obwohl dieses nicht vom Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung gedeckt war. Die Folge ist die Unwirtschaftlichkeit der jeweiligen Verordnung und die Festsetzung eines Regresses der Arzneimittelkosten gegen den behandelnden Kassenarzt im Rahmen eines Regressbescheids (§ 106 Abs. 3 S. 1 und 2 SGB V).[848]

2. Die Zulassung von Arzneimitteln

a. Der Arzneimittelbegriff

Der Begriff des Arzneimittels ist in § 2 Abs. 1 AMG[849] i.V.m. Art. 1 Nr. 2 RL 2001/83/EG[850] definiert. Gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 AMG sind Arzneimittel zur Anwendung beim Menschen bestimmt. Gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 AMG sind dies Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen um die in § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AMG (sogenannte Bezeichnungs- bzw. Präsentationsarzneimittel) und in

846 *Scholz,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 106 Rn. 2; *Scholz,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 106b Rn. 10; *Murawski*, in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 106 Rn. 3.

847 *BSG*, Urteil vom 29.06.2022 – B 6 KA 14/21 R, juris-Rn. 15; *BSG*, Urteil vom 25.01.2017– B 6 KA 7/16 R, juris-Rn. 13 m.w.N.; *BSG*, Beschluss vom 03.11.2010 – B 6 KA 35/10 B, juris-Rn. 14; *BSG*, Beschluss vom 15.08.2012 – B 6 KA 7/12 B, BeckRS 2012, 72880, Rn. 10.

848 *BSG*, Urteil vom 05.05.2010 – B 6 KA 5/09 R, juris-Rn. 21 ff.; *Murawski*, in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 106 Rn. 2 f.; *Wehebrink,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, Stand: 01.12.2024, SGB V § 106b Rn. 26; *Ulrich*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 01.04.2025, § 106 Rn. 79, Rn. 83 und 124 f.; *Scholz,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 106 Rn. 15 f.*; Wessel*, KrV 2022, S. 246, 246.

849 Arzneimittelgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 12.12.2005 (BGBl. I, S. 3394), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 23.10.2024 (BGBl. I, Nr. 324.

850 Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 06.11.2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (ABl. L 311 vom 28.11.2001, S. 67), zuletzt geändert durch Art. 13 VO (EU) 2023/1182 vom 14.06.2023 (ABl. L 157 vom 20.06.2023, S. 1).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AMG (sogenannte Funktionsarzneimittel) genannten Zwecke zu erfüllen. Bei Bezeichnungs- bzw. Präsentationsarzneimitteln ist die pharmakologische Wirkung irrelevant. Es kommt vielmehr darauf an, was der Hersteller der jeweiligen Substanz für eine Bestimmung beimisst[851]. Bei den Funktionsarzneimitteln beeinflusst eine pharmakologische Wirkung des jeweiligen Mittels hingegen die physiologischen Funktionen des Menschen[852]. Arzneimittel sind demnach keine Ausgangsstoffe bzw. Grundstoffe, welche erst noch verarbeitet werden müssen. Arzneimittel sind so verarbeitet, dass sie dazu bestimmt sind, beim Menschen angewandt zu werden. Die Einordnung eines Mittels als Arzneimittel und Abgrenzung beispielsweise zu Lebensmitteln oder Medizinprodukten zieht rechtliche Folgen nach sich. So unterliegen Arzneimittel z.B. der Zulassungs- bzw. Registrierungspflicht gemäß §§ 21 ff. und 38 AMG.[853] Dieses im AMG geregelte Zulassungsverfahren wird nachfolgend vorgestellt (b.).

b. Zulassungsverfahren von Arzneimitteln

Die Zulassung eines Medikaments kann sich entweder aus europäischem (aa.) oder aus nationalem Recht (bb.) ergeben.[854] Die erfolge Zulassung von Arzneimitteln ist weiterhin bekanntzumachen (cc.).

aa. Zulassungsverfahren auf europäischer Ebene (zentralisiertes Verfahren)

Die Zulassung eines Medikaments kann einerseits auf europäischer Ebene in einem gemeinschaftsrechtlichen (zentralisierten) Verfahren beantragt

851 *Pfohl,* in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Band 1, 08/2022, AMG § 2 Rn. 5; *Brixius,* in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, AMG § 2 Rn. 2 ff.; *Heßhaus,* in: Spickhoff, Medizinrecht, AMG § 2 Rn. 4; *Janda*, Medizinrecht, S. 242; *Müller,* in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, § 2 Rn. 19 ff.

852 *Brixius,* in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, AMG § 2 Rn. 5 ff.; *Heßhaus,* in: Spickhoff, Medizinrecht, AMG § 2 Rn. 14 f.; *Müller,* in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, § 2 Rn. 23 ff.

853 *Brixius,* in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, AMG § 2 Rn. 1; *Müller,* in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, § 2 Rn. 1 f.; *Janda*, Medizinrecht, S. 242; *Heßhaus,* in: Spickhoff, Medizinrecht, AMG § 2 Rn. 1 ff.; *Dettling/Böhnke/Niedziolka*, A&R 2013, S. 147, 165.

854 *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris Rn. 13; *BSG,* Urteil vom 11.09.2018 – B 1 KR 36/17 R, juris-Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden. Wichtigste Rechtsgrundlage für dieses Verfahren ist die VO (EG) Nr. 726/2004[855]. Der Antrag ist bei der *European Medicines Agency (EMA)* gemäß Art. 55 VO (EG) Nr. 726/2004 zu stellen. Gemäß Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 726/2004 ist zwingend ein Antrag bei der *EMA* zu stellen, wenn es sich um ein Arzneimittel handelt, welches im Anhang der VO (EG) Nr. 726/2004 genannt wird. Ob das entsprechende Arzneimittel zugelassen wird, entscheidet letztendlich die *Europäische Kommission*. Wenn der Zulassungsantrag erfolgreich ist, wird das Medikament in das Europäische Arzneimittelregister aufgenommen. In diesem Fall ist die Zulassung in allen europäischen Mitgliedsstaaten rechtswirksam.[856]

bb. Zulassungsverfahren auf nationaler Ebene (dezentrales Verfahren)

Wenn eine Antragstellung bei der EMA nicht gemäß Art. 3 Abs. 1 i.V.m. dem Anhang der VO (EG) Nr. 726/2004 zwingend vorgegeben ist, kann der pharmazeutische Unternehmer auch ein nationales (dezentrales) Zulassungsverfahren anstreben. Das deutsche Zulassungsverfahren ist in den §§ 21 ff. AMG i.V.m. RL 2001/83/EG geregelt. Zuständige Zulassungsbehörde in Deutschland, bei welcher ein Antrag auf Zulassung zu stellen ist, ist grundsätzlich das *Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM)* gemäß § 77 AMG. Wenn es sich um Impfstoffe, biomedizinischen Arzneimitteln oder Arzneimitteln für neuartige Therapien handelt, ist das *Paul-Ehrlich-Institut (PEI)* gemäß 77 Abs. 1 und 2 AMG zuständig. Die Zulassungspflicht erstreckt sich lediglich auf Fertigarzneimittel i.S.v. § 4 Abs. 1 AMG. Zum Zulassungsverfahren gehört u.a., dass Arzneimittel einer klinischen Prüfung unterzogen werden müssen. U.a. diese Ergebnisse sind dem Antrag auf Zulassung beizufügen (§ 22 AMG)[857]. In § 26 AMG ist eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass der Arzneimittelprüfrichtlinien-

855 Verordnung (EG) Nr. 726/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur (ABl. L 136 vom 30.04.2004, S. 1). zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndVO (EU) 2019/5 vom 11.12.2018 (ABl. 2019 L 4 vom 07.01.2019, S. 24).

856 *Heßhaus,* in: Spickhoff, Medizinrecht, AMG § 21 Rn. 4 f.; *Janda*, Medizinrecht, S. 248 ff.

857 *Heßhaus,* in: Spickhoff, Medizinrecht, AMG § 21 Rn. 23; *Janda*, Medizinrecht, S. 252.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verordnung (AMPV[858]) durch das *BMG* zu finden. Diese Verordnung regelt in § 1, welche Anforderungen an die wissenschaftlichen Unterlagen und Studien zu stellen sind, die der pharmazeutische Unternehmer im Rahmen einer Arzneimittelzulassungsprüfung vorzulegen hat. Dabei wird auf den Anhang I Teil I bis III der RL 2001/83/EG verwiesen[859]. Zum Verfahren und zu den Anforderungen klinischer Prüfungen mit Arzneimitteln zum Schutz des Menschen bei diesen Prüfungen sind weiterhin die §§ 40 ff. AMG i.V.m. VO (EU) Nr. 536/2014[860] zu beachten[861]. Das klinische Prüfverfahren läuft grundsätzlich in vier Phasen ab. In der dritten Phase (Phase III-Studien), nach deren Abschluss der Zulassungsantrag gestellt wird, wird das Arzneimittel an mehreren tausend Menschen in mehreren Praxen oder Kliniken gleichzeitig erprobt[862].[863]

cc. Information der Öffentlichkeit

(1) Bekanntmachung über die Zulassung in einem zentralisierten Verfahren

Gemäß Art. 13 Abs. 2 VO (EG) Nr. 726/2004 werden die Entscheidungen der Europäischen Kommission oder des Rats der EU über eine Arzneimittelzulassung im Amtsblatt (Abl.) der Europäischen Union (EU) bzw. gemäß § 34 Abs. 1 S. 2 AMG im Bundesanzeiger bekannt gemacht.[864] Zudem veröffentlicht die *EMA* auf ihrer Homepage nach Art. 13 Abs. 3 VO (EG) 726/2004 für jedes neu zugelassene Medikament einen European public

858 Verordnung zur Anwendung der Arzneimittelprüfrichtlinien vom 08.01.2016 (BGBl. I Nr. 2, S. 47).

859 *Blattner,* in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, § 26 Rn. 1; *Heßhaus,* in: Spickhoff, Medizinrecht, AMG § 26 Rn. 2.

860 Verordnung (EU) Nr. 536/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.04.2014 über klinische Prüfungen mit Humanarzneimitteln und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/20/EG (ABl. L 158/1 vom 27.05.2014, S. 1), zuletzt geändert durch Art. 1 VO (EU) 2022/2239 vom 06.09.2022 (ABl. L 294 vom 15.11.2022, S. 5).

861 *Koyuncu*, in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, § 40 Rn. 5 f.; *Listl-Nörr,* in: Spickhoff, Medizinrecht, AMG § 40 Rn. 1 ff.

862 Ausführlich zu den einzelnen Phasen: *Listl-Nörr,* in: Spickhoff, Medizinrecht, AMG § 40 Rn. 12, *Rehmann,* in: Rehmann, AMG, Vorbemerkung zu §§ 40–42c Rn. 4 oder *Johne/Gerloff/Mai*, Bundesgesundheitsblatt 48/2005, S. 397, 398.

863 *Janda*, Medizinrecht, S. 251 ff.; *Heßhaus,* in: Spickhoff, Medizinrecht, AMG § 21 Rn. 2 f. und 23.

864 *Krüger,* in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, § 34 Rn. 5; *Heßhaus,* in: Spickhoff, Medizinrecht, AMG § 34 Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

assessment report (EPAR) bzw. einen Europäischen Öffentlichen Beurteilungsbericht[865]. Dieser öffentliche Beurteilungsbericht enthält eine allgemein verständliche Zusammenfassung über die Verwendungsbedingungen, die Wirkweise, den Nutzen, die Risiken und die Gründe der Zulassung des jeweiligen Medikaments.

(2) Bekanntmachung über die Zulassung in einem dezentralen Verfahren

Nach Prüfung durch die jeweilige zuständige Bundesoberbehörde wird die Tatsache, dass die Zulassung eines Arzneimittelpräparats für die Behandlung einer konkreten Erkrankung erteilt oder verlängert wurde, im Bundesanzeiger veröffentlicht (Art. 125 RL 2001/83/EG i.V.m. § 34 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AMG). Die Bekanntmachung hat deklaratorischen Charakter. Das bedeutet, dass die beteiligten Akteure, wie z.B. Ärzte, Apotheken, aber auch die Rechtsprechung informiert werden, damit diese Feststellungen über die Verkehrsfähigkeit des jeweiligen Arzneimittels treffen können[866]. Gemäß § 34 Abs. 1a AMG werden die nationalen Zulassungsbehörden daneben verpflichtet, der Öffentlichkeit Informationen hinsichtlich der Zulassung von Arzneimitteln auf elektronischem Weg zur Verfügung zu stellen. Dazu gehören beispielsweise Informationen über die Erteilung der Zulassung zusammen mit der Packungsbeilage gemäß § 11 AMG und der Fachinformation gemäß § 11a AMG in der jeweils aktuell geltenden Fassung (§ 34 Abs. 1a S. 1 Nr. 1 AMG).[867] Grundsätzlich muss apothekenpflichtigen Fertigarzneimitteln i.S.v. § 2 Abs. 1 und 2 AMG eine Packungsbeilage gemäß § 11 AMG bzw. Gebrauchsinformation (§ 11 Abs. 1 S. 1 AMG) und eine Fachinformation gemäß § 11a AMG beigelegt werden. Die Packungsbeilage richtet sich an die Patienten, damit diese das jeweilige Medikament sicher anwenden können. Die Packungsbeilage enthält die in § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 1-8 AMG genannten Angaben. Die Fachinformation richtet sich hingegen an die jeweiligen Fachkreise und ist abzugrenzen von der Packungsbeilage für die Patienten. Die Fachinformation muss die in § 11a Abs. 1 S. 2 Nr. 1-10

865 Beispielhaft in Bezug auf den COVID-19 mRNA Impfstoff Comirnaty: *EMA*, Comirnaty (COVID-19-mRNA-Impfstoff), S. 1 ff.

866 *Krüger,* in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, § 34 Rn. 2 f.; *Rehmann,* in: Rehmann, AMG, § 34 Rn. 1.

867 *Heßhaus,* in: Spickhoff, Medizinrecht, AMG § 34 Rn. 1; *Krüger,* in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, § 34 Rn. 6 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

AMG genannten Punkte enthalten.[868] Auch sind gemäß § 42b AMG die Ergebnisse klinischer Prüfungen von der zuständigen Bundesoberbehörde in der in § 67a Abs. 2 AMG genannten Datenbank zu veröffentlichen. Diese Informationen richten sich einerseits an Ärzte und andererseits an die Patienten, damit diese Kenntnis davon erlangen, welche Eigenschaften zugelassene Arzneimittel haben und welcher Nutzen und welche Risiken beim Arzneimitteleinsatz bestehen. Darüber hinaus soll der notwendige wissenschaftliche Diskurs über Studienergebnisse gefördert werden.[869]

3. Vorgreiflichkeit des AMG

Da das SGB V selbst kein Verfahren für die Prüfung der pharmazeutischen Qualität, medizinischen Wirksamkeit und Sicherheit eines Medikaments vorsieht, wird an das bereits dargestellte europäische oder deutsche Arzneimittelprüfverfahren[870] bzw. an eine bestehende oder nicht bestehende Zulassung gemäß §§ 21 ff. AMG angeknüpft (sogenannte Vorgreiflichkeit des AMG).[871] Das *BSG* folgert im Rahmen der Prüfung eines Anspruchs auf Versorgung mit einem Arzneimittel aus der fehlenden arzneimittelrechtlichen Zulassung nach § 21 Abs. 1 AMG die fehlende krankenversicherungsrechtliche Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit nach den §§ 2 Abs. 1 S. 3 und 12 Abs. 1 SGB V (negative Vorgreiflichkeit des AMG)[872]. Dadurch ist das entsprechende Medikament nicht zu Lasten der gesetzlichen Kranken-

868 *Heßhaus,* in: Spickhoff, Medizinrecht, SGB V § 11a Rn. 1 und 3; *Heßhaus,* in: Spickhoff, Medizinrecht, SGB V § 11 Rn. 1 ff.

869 BT-Drs. 17/2413, S. 35; *Listl-Nörr,* in: Spickhoff, Medizinrecht, SGB V § 42b Rn. 1 ff.; *Koyuncu*, in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, § 42b Rn. 1 ff.

870 Siehe D. I. 2. b.

871 *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 31 Rn. 21; *Kraftberger,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 31 Rn. 12; *Janda*, Medizinrecht, S. 272 f.

872 *BSG*, Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 11 m.w.N.; *BSG*, Urteil vom 23.07.1998 – B 1 KR 19/96 R, juris-Rn. 13 ff.; *BSG*, Urteil vom 27.09.2005 – B 1 KR 6/04 R, juris-Rn. 14 und 22; *BSG*, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 10/10 R, juris-Rn. 40; die Rechtsprechung des *BSG* bestätigend: *BVerfG,* Kammerbeschluss vom 05.03.1997 – 1 BvR 1071/95, juris-Rn. 10 oder *BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 30.06.2008 – 1 BvR 1665/07, juris-Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

versicherung verordnungsfähig.[873] Gleichzeitig kann eine, zumindest eingeschränkte, positive Vorgreiflichkeit des AMG angenommen werden. So kann aus einer erfolgreichen Zulassung auf die Erfüllung der Voraussetzungen der §§ 2 Abs. 1 S. 3 und 12 Abs. 1 SGB V geschlossen werden. Beachtet werden muss jedoch, dass diese positive Vorgreiflichkeit nicht automatisch dessen Verordnungsfähigkeit bewirkt[874]. Das ist z.B. dann der Fall, wenn das entsprechend zugelassene Medikament in einem indikationsfremden Gebiet zum Einsatz kommen soll. Auf diese Konstellation wird im weiteren Verlauf einzugehen sein (II.).

II. Anspruch auf Versorgung mit Arzneimitteln im Off-Label-Use

1. Definition Off-Label-Use

Der Begriff des Off-Label-Use ist weder im SGB V noch im AMG definiert.[875] Zu verstehen ist darunter der Einsatz eines an sich zugelassenen Medikaments für eine Indikation, für welche es nicht zugelassen ist, al-

873 *Janda*, Medizinrecht, S. 273; *Francke*, MedR 2006, S. 683, 685; *Roberts/Riegraf*, PharmR 2005, S. 84 84; *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 31 Rn. 24 f.; *Kraftberger,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 31 Rn. 13; *Bischofs,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 31 Rn. 9 f.; *Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 150; *Wicke*, Der Off-Label-Use – Probleme bei der Rechtsanwendung, in: Becker/Wilman, Im Zweifel auf Privatrezept?, S. 63, 72; *von Wulffen*, Die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung beim „off-label-use" von Arzneimitteln, in: Becker/Dalichau, FS Wiegand, S. 161, 170 f.; *Francke/Hart,* SGb 2003, S. 653, 657 f.; *Wessel*, KrV 2022, S. 246, 246.

874 *BSG*, Urteil vom 19.03.2002 – B 1 KR 37/00 R, juris-Rn. 11; *Janda*, Medizinrecht, S. 273; *Francke*, MedR 2006, S. 683, 685; *Francke/Hart,* MedR 2008, S. 2, 3; *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 31 Rn. 25; *Wicke*, Der Off-Label-Use – Probleme bei der Rechtsanwendung, in: Becker/Wilman, Im Zweifel auf Privatrezept?, S. 63, 72; *Francke/Hart,* SGb 2003, S. 653, 658; kritisch zur Frage der Verknüpfung des Arzneimittelzulassungsverfahrens mit dem Krankenversicherungsrecht: *Goecke*, NZS 2006, S. 291, 296.

875 *Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 149.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

so eine zulassungsüberschreitende Anwendung[876]. Um dies abstrakt zu verdeutlichen: Ein Medikament ist für die Behandlung von Krankheit A arzneimittelrechtlich zugelassen. Der behandelnde Arzt kommt jedoch im Rahmen seiner Therapiefreiheit zu dem Entschluss, dass der Einsatz des Medikaments bei der Behandlung von Krankheit B ebenfalls erfolgsversprechend ist. Für die Behandlung der Krankheit B ist das Medikament jedoch nicht zugelassen[877]. Von einem Off-Label-Use wird daneben ebenso gesprochen, wenn der Arzt von der in der Zulassung genannten Altersgruppe, der Dosierung sowie der Art oder Dauer der Anwendung abweicht.[878] Die Fallkonstellation eines Off-Label-Use ist von der Fallkonstellation abzugrenzen, in welcher ein überhaupt nicht zugelassenes Medikament eingesetzt werden soll (unlicensed use[879] oder compassionate use gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 AMG i.V.m. der Arzneimittel-Härtefall-Verordnung (AMHV[880]) und Art. 83 VO (EG) Nr. 726/2004). Bei einem Off-Label-Use ist das Medikament also grundsätzlich nach deutschem Recht oder nach EU-Recht zugelassen, jedoch nicht für diejenige Indikation, für welche es eingesetzt werden soll.[881] Die Hauptproblematik eines Off-Label-Use besteht darin, dass die, bei den genannten Zulassungsbehörden durchzuführende, arzneimittelrechtliche Kontrolle der Sicherheit, Wirksamkeit und Qualität nach einem im AMG geregelten Prüfverfahren[882] für das zulassungsüberschreitend anzuwendende Arzneimittel fehlt und damit gewisse unkalkulierbare

876 *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 35c Rn. 3; *Bischofs,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 31 Rn. 25; *Gerlach/Renner/Romanos,* Bundesgesundheitsblatt 66/2023, S. 761, 762; *Siefarth*, PKR 2018, S. 155, 155; *Wicke*, Der Off-Label-Use – Probleme bei der Rechtsanwendung, in: Becker/Wilman, Im Zweifel auf Privatrezept?, S. 63, 65.

877 *Wessel*, KrV 2022, S. 246, 246; *Siefarth*, PKR 2018, S. 155, 155.

878 *Roesen*, FORUM 2024, S. 129, 129 f.; *Siefarth*, PKR 2018, S. 155, 155; *Gerlach/Renner/Romanos*, Bundesgesundheitsblatt 66/2023, S. 761, 762 f.; *Wicke*, Der Off-Label-Use – Probleme bei der Rechtsanwendung, in: Becker/Wilman, Im Zweifel auf Privatrezept?, S. 63, 65.

879 Dazu: *Clemens*, GesR 2011, S. 397, 404 f. oder *Stebner,* GesR 2016, S. 685, 685 ff.

880 Verordnung über das Inverkehrbringen von Arzneimitteln ohne Genehmigung oder ohne Zulassung in Härtefällen vom 14.07.2010 (BGBl. I, S. 935), zuletzt geändert durch Art. 8 der Verordnung vom 06.07.2022 (BGBl. I, S. 1102).

881 *Ratzel,* in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, SGB V § 31 Rn. 6; *Wicke*, Der Off-Label-Use – Probleme bei der Rechtsanwendung, in: Becker/Wilman, Im Zweifel auf Privatrezept?, S. 63, 65; *Siefarth*, PKR 2018, S. 155, 155; *von Wulffen*, Die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung beim „off-label-use" von Arzneimitteln, in: Becker/Dalichau, FS Wiegand, S. 161, 173.

882 D. I. 2. b. bb.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Risiken für die Gesundheit der Patenten einhergehen.[883] Nach dem bisher Gesagten birgt ein Off-Label-Use also einerseits Risiken, aber andererseits aus medizinischer Sicht auch durchaus Chancen.[884] Die häufigsten Anwendungsfälle von Arzneimitteln im Off-Label-Use spielen sich im Rahmen der Kinderheilkunde, der Psychiatrie, der Neurologie, der Frauenheilkunde, der Behandlung von schweren, oftmals tödlichen, Erkrankung wie Krebserkrankungen oder der Behandlung von seltenen Erkrankungen ab.[885]

2. Prüfung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use

Grundsätzlich besteht kein Anspruch auf ein Medikament zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung im Off-Label-Use. Dies ist auf die negative Vorgreiflichkeit des AMG[886] zurückzuführen. In rechtlich begründeten Ausnahmefällen kann ein Off-Label-Use jedoch zulässig sein, sodass das begehrte Arzneimittel zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung vom Arzt verordnet werden kann. Hierfür sind sozialrechtlich ausgestaltete Voraussetzungen zu prüfen. Die grundlegenden, einzelnen zu prüfenden Punkte können in eine Reihenfolge gebracht werden, wie sie sich in ständiger Rechtsprechung herausgebildet hat.[887] Wenn die Voraussetzungen einer der im Folgenden aufzuzeigenden Möglichkeiten (a. bis d.) erfüllt sind, gilt der Medikamenteneinsatz mit den §§ 2 Abs. 1 S. 3 und 12 Abs. 1 SGB V als vereinbar und das Arzneimittel kann zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung abgegeben werden.[888]

---

883 *BSG*, Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 14/06 R, juris-Rn. 11, m.w.N.; *BSG*, Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 10/16 R, juris-Rn. 20.

884 *Siefarth*, PKR 2018, S. 155, 159 f.; *Wessel*, KrV 2022, S. 246, 246; *Gerlach/Renner/Romanos*, Bundesgesundheitsblatt 66/2023, S. 761, 763.

885 *Gerlach/Renner/Romanos*, Bundesgesundheitsblatt 66/2023, S. 761, 762 f.; *Siefarth*, PKR 2018, S. 155, 155 f.; *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 31 Rn. 34; *Wicke*, Der Off-Label-Use – Probleme bei der Rechtsanwendung, in: Becker/Wilman, Im Zweifel auf Privatrezept?, S. 63, 67; *von Wulffen*, Die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung beim „off-label-use" von Arzneimitteln, in: Becker/Dalichau, FS Wiegand, S. 161, 162 f.

886 Siehe: D. I. 3.

887 Beispielhaft: *BSG*, Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 8 ff. oder *BSG*, Urteil vom 13.08.2014 – B 6 KA 38/13 R, juris-Rn. 30 ff.; *Roesen*, FORUM 2024, S. 129, 130; *Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 150 f.

888 *Sieper*, jurisPR-SozR 18/2020, Anm. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a. Prüfung der arzneimittelrechtlichen Zulassung gemäß § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 3, § 31 Abs. 1 S. 1 SGB V i.V.m. § 21 Abs. 1 AMG

Zunächst wird geprüft, ob die allgemeinen Anspruchsgrundlagen der Krankenbehandlung nach § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 3 i.V.m. § 31 Abs. 1 S. 1 SGB V erfüllt sind bzw. ob das beantragte Medikament für die Behandlung einer Erkrankung nach nationalem Recht (§ 21 Abs. 1 AMG) oder nach dem Recht der Europäischen Union (VO (EG) Nr. 726/2004) zugelassen ist[889].

b. Prüfung eines Off-Label-Use gemäß § 35c SGB V

Eine Ausnahme von der gemachten Aussage, dass ein Off-Label-Use nicht im Gesetz definiert ist[890], stellt § 35c SGB V dar. So regelt § 35c SGB V einen ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use. Dieser gliedert sich in den sogenannten richtliniengestützten Off-Label-Use nach einem Beschluss des *G-BA* (§ 35c Abs. 1, zugleich aa.) und in den Off-Label-Use im Rahmen klinischer Studien (§ 35c Abs. 2, zugleich bb.) auf[891].

aa. Richtliniengestützter Off-Label-Use gemäß § 35c Abs. 1 SGB V

(1) Die Anlage VI der AM-RL

Der richtliniengestützte Off-Label-Use nach einem Beschluss des *G-BA* gemäß § 35c Abs. 1 SGB V[892] ermöglicht die zulässige Verordnung eines Medikaments im Off-Label-Use, wenn dieses in der AM-RL des *G-BA*[893] aufgeführt ist und demnach für den Einsatz in einem indikationsfremden Gebiet freigegeben wurde.[894] Hierfür verpflichtet § 35c Abs. 1 S. 1 SGB V das *BMG* zur Einrichtung einer ständigen Expertengruppe beim *BfArM*, welche Bewertungen zum Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse über den

889 D. I. 3.
890 D. II. 1.
891 *Von Dewitz*, in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 35c Rn. 2 f.
892 Davor geregelt in § 35b Abs. 3 SGB V (in der Fassung durch Art. 256 Nr. 1 der Neunten Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 31.10.2006, BGBl. I, S. 2407).
893 Zur AM-RL: D. I. 1. c. aa. (2) (v).
894 BT-Drs. 15/1525, S. 88 f.; *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 35c Rn. 3; *Siefarth*, PKR 2018, S. 155, 157; *Scholz,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 2 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einsatz verschiedener Medikamente im Off-Label-Use abgeben. Gemäß § 35c Abs. 1 S. 7 SGB V sollen die Bewertungen nur mit Zustimmung der betroffenen pharmazeutischen Unternehmen, aus Gründen der arzneimittelrechtlichen Haftung gemäß § 84 AMG erstellt werden[895]. Gemäß § 35c Abs. 1 S. 2 SGB V sind Regelungen zur Organisation und Arbeitsweise der Expertengruppen in einer Geschäftsordnung des *BfArM* zu regeln. In der AM-RL regelt § 30 in Abschnitt K die Verordnungsfähigkeit von zugelassenen Arzneimitteln in nicht zugelassenen Anwendungsgebieten. Damit zusammenhängend sind in Teil A der Anlage VI der AM-RL Medikamente aufgeführt, welche unter Beachtung der dazu gegebenen Hinweise in nicht zugelassenen Anwendungsgebieten verordnungsfähig sind (§ 30 Abs. 1-4 AM-RL). In Teil B der Anlage VI der AM-RL sind hingegen Wirkstoffe aufgeführt, die in zulassungsüberschreitenden Anwendungen nicht verordnungsfähig sind. In diesen Fällen hat die Expertengruppe eine negative Empfehlung abgegeben, weil die betreffenden Arzneimittel § 2 Abs. 1 S. 3 oder § 12 Abs. 1 SGB V nicht entsprechen (§ 30 Abs. 5 AM-RL).[896]

(2) Verfahren zur Aufnahme von Arzneimitteln in die Anlage VI der AM-RL

In § 35c Abs. 1 S. 4, 2. Hs. SGB V wird hinsichtlich der Beauftragung der Expertengruppe durch den *G-BA* oder das *BMG* zur Abgabe von Bewertungen (§ 35c Abs. 1 S. 4, 1. Hs. SGB V) auf die VerfO des G-BA verwiesen. Regelungen zum Verfahren zur Aufnahme von Arzneimitteln in die Anlage VI der AM-RL sind im 4. Kapitel, in den §§ 44 ff. VerfO des G-BA zu finden. So werden gemäß § 35c Abs. 1 S. 6 SGB V i.V.m. 4. Kapitel, § 47 VerfO des G-BA die Bewertungen der Expertengruppe dem *G-BA* als Empfehlung zur Beschlussfassung nach § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 SGB V zugeleitet.[897] Die Bewertungen der Expertengruppe beinhalten gemäß 4. Kapitel, § 46 Abs. 5 VerfO des G-BA, z.B. Angaben zu dem zulassungsüberschreitenden Anwendungsgebiet des Medikaments, der Dosierung, zur Behandlungsdauer oder möglichen Nebenwirkungen. Wenn der *G-BA* dieser Bewertung folgt und

895 *Hess*, in: Körner et al., BeckOGK SGB V, 01.05.2014, § 35c Rn. 6.

896 *BSG,* Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 13; *Siefarth*, PKR 2018, S. 155, 157; *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 35c Rn. 3 f.

897 *Siefarth*, PKR 2018, S. 155, 157; *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 35c Rn. 3; *Schuler-Harms,* in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, SGB V § 35c Rn. 18 und 20.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einen Beschluss fasst, also das Arzneimittel in Teil A der Anlage VI der AM-RL aufnimmt, entfaltet dieser rechtliche Verbindlichkeit.[898]

bb. Off-Label-Use im Rahmen klinischer Studien gemäß § 35c Abs. 2 SGB V

Eine Ausnahme vom in § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V normierten Ausschluss der Finanzierung medizinischer Forschung durch die gesetzliche Krankenversicherung[899] statuiert § 35c Abs. 2 SGB V i.V.m. §§ 31 ff. in Abschnitt L AM-RL.[900] Danach ist die zulassungsüberschreitende Anwendung von Arzneimitteln in klinischen Studien möglich, wenn neben weiteren Voraussetzungen, eine therapierelevante Verbesserung der Behandlung einer schwerwiegenden Erkrankung im Verhältnis zu bestehenden Behandlungsalternativen zu erwarten ist (§ 35c Abs. 2 S. 1 SGB V).[901]

c. Prüfung der richterrechtlichen Grundsätze eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use

Teil A der Anlage VI der AM-RL enthält lediglich eine überschaubare Anzahl an im Off-Label-Use zu verordnende Medikamente, weshalb sich ein Anspruch daneben auch aus den von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen für einen ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use ergeben kann. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein und finden im ambulanten und stationären Bereich Anwendung.[902] Das *BSG* hat dafür drei Voraussetzungen (aa. bis cc.) in einem Grundsatzurteil aus dem Jahr 2002 („Sandoglobulin-Entscheidung“[903]) definiert.

898 *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 35c Rn. 3.
899 Siehe bereits: D. I. 1. b. aa.
900 *Scholz,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 2 Rn. 3.
901 *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 35c Rn. 6 ff.; *Siefarth*, PKR 2018, S. 155, 157.
902 *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18, juris-Rn. 18; *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 31 Rn. 36; *Kraftberger,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 31 Rn. 51 ff.; *Ratzel,* in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, SGB V § 31 Rn. 7; *Siefarth*, PKR 2018, S. 155, 156; *Roesen*, FORUM 2024, S. 129, 130*; Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 151; *Bischofs,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 31 Rn. 26 ff.
903 *BSG,* Urteil vom 19.03.2002 – B 1 KR 37/00 R, juris.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa. Schwerwiegende Erkrankung

Die zulässige Verordnung eines Medikaments im Off-Label-Use kommt in Betracht, wenn erstens eine schwerwiegende (lebensbedrohliche oder die Lebensqualität auf Dauer nachhaltig beeinträchtigende) Erkrankung vorliegt. Dieser richterrechtlich entwickelte Begriff wird von der Rechtsprechung eng verstanden. Insofern muss eine Erkrankung vorliegen, welche sich durch ihre Schwere oder Seltenheit vom Durchschnitt der Erkrankungen abhebt.[904]

bb. Fehlende Therapiealternative

Für die Erfüllung der zweiten Voraussetzung ist es erforderlich, dass keine anderweitige Therapie zur Verfügung steht. Therapiealternativen können sich einerseits aus in Deutschland bereits zugelassenen Therapien, aber auch aus Therapien ergeben, die keine Zulassung nach dem AMG haben. Das können solche Fälle sein, in denen das jeweilige Medikament in Teil A der Anlage VI der AM-RL aufgenommen wurde.[905] Beachtet werden muss, dass es auch Fälle geben kann, in welchen zugelassene Medikamente grundsätzlich vorhanden sind, diese jedoch aufgrund der persönlichen Situation der versicherten Person nicht zum Einsatz kommen können. In einem solchen Fall ist dann die zweite Voraussetzung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use ebenfalls als erfüllt anzusehen.[906]

cc. Begründete Erfolgsaussicht

Als dritte Voraussetzung muss aufgrund der Datenlage die begründete Aussicht bestehen, dass mit dem betreffenden Präparat ein Behandlungserfolg (kurativ oder palliativ) erzielt werden kann. Für diese Voraussetzung

904 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 14; *BSG*, Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 1/06 R, juris-Rn. 18; *BSG*, Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 14/06 R, juris-Rn. 11; *BSG*, Urteil vom 14.12.2006 – B 1 KR 12/06 R, juris-Rn. 18; zu Beispielen aus der Rechtsprechung, in welchen Fällen eine solche Erkrankung vorliegt: *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 31 Rn. 37.

905 *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 31 Rn. 37; *Clemens*, GesR 2011, S. 397, 401 f. m.w.N.

906 *Wessel*, KrV 2022, S. 246, 247.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

müssen Forschungsergebnisse vorliegen, die erwarten lassen, dass das Arzneimittel für die betreffende Indikation zugelassen werden kann. Hierbei fordert das *BSG* Forschungsergebnisse einer bestimmten Evidenzklasse. So müssen, wenn die Erweiterung der Zulassung bereits beantragt wurde (während eines Zulassungsverfahrens), für die Wirksamkeit des begehrten Medikaments zur Behandlung der Erkrankung der versicherten Person Ergebnisse einer kontrollierten klinischen Prüfung der Phase III (sogenannte Phase III-Studie[907]) veröffentlicht sein. Diese Ergebnisse müssen eine klinisch relevante Wirksamkeit respektive einen klinisch relevanten Nutzen bei vertretbaren Risiken belegen. Diese Voraussetzung wird im Rahmen der Prüfung eines Off-Label-Use in der Regel nicht erfüllt sein, weil bei Vorliegen einer erfolgreichen Phase III-Studie ohnehin bereits von der Zulassungsreife des betreffenden Medikaments ausgegangen werden kann[908]. Alternativ können außerhalb eines Zulassungsverfahrens gewonnene Erkenntnisse von gleicher Qualität herangezogen werden. Maßgeblich sind diejenigen Erkenntnisse, welche zum Zeitpunkt der Behandlung vorliegen.[909] Gesagt werden kann, dass mit diesen Forschungsergebnissen nicht nur eine im Einzelfall, sondern eine generell belegte Erfolgsaussicht nachgewiesen werden muss.[910] Dem Grundsatzurteil des *BSG* zum richterrechtlichen Off-Label-Use aus dem Jahr 2002 konnte noch entnommen werden, dass das Niveau an wissenschaftlichen Erkenntnissen außerhalb eines Zulassungsverfahrens, im Vergleich zu Erkenntnissen während eines laufenden Zulassungsverfahrens, geringer sein kann.[911] Diese Recht-

907 Siehe: D. I. 2. b. bb.

908 *Siefarth*, PKR 2018, S. 155, 156.

909 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 15; *BSG*, Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 1/16 R, juris-Rn. 15 f.; *BSG,* Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 10/16 R, juris-Rn. 16 f.; *BSG*, Urteil vom 28.02.2008 – B 1 KR 15/07 R, juris-Rn. 21 ff.; *BSG*, Urteil vom 03.07.2012 – B 1 KR 25/11 R, juris-Rn. 15 f.; *BSG*, Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 14/06 R, juris-Rn. 12 ff.; *BSG*, Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 1/06 R, juris-Rn. 17 ff.; *BSG,* Urteil vom 08.11.2011 – B 1 KR 19/10 R, juris-Rn. 16 f.

910 *BSG,* Urteil vom 05.05.2010 – B 6 KA 6/09 R, juris-Rn. 52; *Ulrich*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 01.04.2025, § 106 Rn. 178.

911 *BSG,* Urteil vom 19.03.2002 – B 1 KR 37/00 R, juris-Rn. 26 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sprechung wurde jedoch aufgegeben.[912] Im Jahr 2004 hat das *BSG*[913] die Möglichkeit geschaffen, dass Arzneimittel im Off-Label-Use zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung bei seltenen und damit unerforschten[914] Erkrankungen[915] verordnet werden können. Bei seltenen Erkrankungen kann in der Regel nicht gefordert werden, dass hierzu ausreichendes Forschungsmaterial vorliegt.[916]

dd. Zwischenergebnis

Die aufgeführten drei Voraussetzungen eines richterrechtlich ausgestalteten und ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use werden in ständiger Rechtsprechung geprüft und angewandt.[917] Wenn diese richterrechtliche Möglichkeit zu verneinen ist, kann sich ein Anspruch ferner aus einem, davon

912 Beispielsweise: *BSG*, Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 1/06 R, juris-Rn. 24, *BSG*, Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 14/06 R, juris-Rn. 12 ff. oder *BSG,* Urteil vom 08.11.2011 – B 1 KR 19/10 R, juris-Rn. 17.

913 *BSG,* Urteil vom 19.10.2004 – B 1 KR 27/02 R, juris-Rn. 21, 24 f. und 28; daran anschließend: *BSG*, Urteil vom 03.07.2012 –B 1 KR 25/11 R, juris-Rn. 18 ff.; *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris-Rn. 28; *BSG,* Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 17; *BSG,* Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 1/16 R, juris-Rn. 22; *BSG,* Urteil vom 28.02.2008 – B 1 KR 15/07 R, juris-Rn. 28; *BSG,* Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 14/06 R, juris-Rn. 10.

914 Dazu: *Clemens*, GesR 2011, S. 397, 403.

915 Dabei handelt es sich um Krankheiten, welche maximal fünfmal auf 10.000 Einwohner vorkommen, siehe: Art. 3 Abs. 1 lit. a) der VO (EG) Nr. 141/2000 (Verordnung (EG) Nr. 141/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1999 über Arzneimittel für seltene Leiden (ABl. L 18 vom 22.01.2000, S. 1), zuletzt geändert durch Art. 1 VO (EU) 2019/1243 vom 20.06.2019 (ABl. L 198 vom 25.07.2019, S. 241)).

916 *Ratzel,* in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, SGB V § 31 Rn. 9 ff.; *Siefarth*, PKR 2018, S. 155, 156; *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 31 Rn. 39 f.; *Clemens*, GesR 2011, S. 397, 403.

917 *BSG,* Urteil vom 19.03.2002 – B 1 KR 37/00 R, juris-Rn. 26 f.; daran anschließend und ohne Anspruch auf Vollständigkeit: *BSG,* Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 1/06 R, juris-Rn. 17 ff., *BSG,* Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 14/06 R, juris-Rn. 10, *BSG,* Urteil vom 08.11.2011 – B 1 KR 19/10 R, juris-Rn. 16 f., *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 14, *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18, juris-Rn. 18 m.w.N., *BSG,* Urteil vom 11.09.2018 – B 1 KR 36/17 R, juris-Rn. 14 oder *BSG*, Urteil vom 13.08.2014 – B 6 KA 38/13 R, juris-Rn. 31; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Voraussetzungen: *BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 30.06.2008 – 1 BvR 1665/07, juris-Rn. 9 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

streng zu trennenden, verfassungsunmittelbaren Leistungsanspruch bzw. aus § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V ergeben.[918]

d. Prüfung von § 2 Abs. 1a SGB V

Der vierte Prüfungsschritt der Prüfung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use umfasst einen unmittelbar aus der Verfassung abgeleiteten Leistungsanspruch[919] auf der Grundlage der Rechtsprechung des *BVerfG* in seinem sogenannten Nikolausbeschluss[920]. Danach ist aus den Grundrechten gemäß Art. 2 Abs. 1 GG[921] i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 1 GG[922] und gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG[923] ein Anspruch auf Krankenversorgung abzuleiten. Dies ist der Fall, wenn die versicherte Person an einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung leidet (aa.), für welche eine allgemein anerkannte, dem medizinischen Standard entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung steht (bb.) und die vom Versicherten gewählte andere Behandlungsmethode eine auf Indizien gestützte, nicht ganz fernliegende Aussicht auf Heilung oder wenigstens auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf verspricht (cc.)[924]. Diese drei Voraussetzungen, welche ebenso wie bei der oben aufgezeigten Prüfung der richterrechtlichen Voraussetzungen eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use[925] kumulativ[926] erfüllt sein müssen, wurden zunächst in Bezug auf neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden entwickelt. Das *BSG* hat diese sodann auf die Versorgung mit Arzneimitteln

---

918 *Bischofs,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 31 Rn. 36; *Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 151.

919 *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 31 Rn. 41; *Axer,* SDSRV 67 (2018), S. 77, 89; *Pitz*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 01.04.2025, § 31 Rn. 80; *Axer*, in: von Koppenfels-Spies/Wenner, SGB V, § 2 Rn. 18; *Bockholdt*, NZS 2017, S. 569, 570; *BVerfG*, Beschluss vom 10.11.2015 – 1 BvR 2056/12, juris-Orientierungssatz Nr. 2b und Rn. 18*; BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 11.04.2017 – 1 BvR 452/17, juris-Orientierungssatz Nr. 1a und Rn. 22.

920 *BVerfG*, Beschluss vom 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, juris.

921 B. I. 2.

922 B. I. 1.

923 B. I. 3.

924 *BVerfG*, Beschluss vom 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, juris-Leitsatz und Rn. 64.

925 D. II. 2. c.

926 *Ratzel,* in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, SGB V § 31 Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

übertragen[927]. Weiterhin hat das *BSG* diese verfassungsrechtlich aufgestellten Vorgaben u.a. in Bezug auf das Vorliegen einer lebensbedrohlichen Erkrankung weiter ausgestaltet. So hat das Gericht auch Erkrankungen in den Leistungsanspruch miteinbezogen, die mit einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung wertungsmäßig vergleichbar sind. Dafür hat das *BSG* als Beispiel den nicht kompensierbaren Verlust eines wichtigen Sinnesorgans oder einer herausgehobenen Körperfunktion genannt[928]. Zum 01.01.2012[929] wurde dieser Anspruch, inklusive der Ausweitung auf wertungsmäßig vergleichbare Erkrankungen, schließlich einfachgesetzlich in § 2 Abs. 1a SGB V normiert und zudem betont, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen auch eine Leistung beansprucht werden kann, welche vom Qualitätsgebot gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V abweicht. Damit geht der positivrechtlich normierte § 2 Abs. 1a SGB V über die im Nikolausbeschluss aufgestellten Grundsätze als verfassungsunmittelbarer Leistungsanspruch hinaus. So schließt die gesetzliche Norm wertungsmäßig vergleichbare Erkrankungen mit ein, verfassungsrechtlich ist es jedoch nicht geboten, den verfassungsunmittelbaren Leistungsanspruch auf mit lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankungen wertungsmäßig vergleichbare Erkrankungen auszuweiten. Dies hat das *BVerfG*[930] in seiner neueren Rechtsprechung deutlich gemacht.[931] Anzumerken ist weiterhin, dass weder § 2 Abs. 1a SGB V noch der verfassungsunmittelbare Leistungsanspruch eine Kostengrenze i.S.v. § 12 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. SGB V statuieren.[932]

927 Zunächst: *BSG*, Urteil vom 04.04.2006 – B 1 KR 7/05 R, juris-Rn. 18 und *BSG*, Urteil vom 28.02.2008 – B 1 KR 15/07 R, juris-Rn. 30; aus jüngerer Zeit: *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 27; *Hauck*, NJW 2007, S. 1320, 1321; *Kraftberger,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 31 Rn. 42.

928 *BSG*, Urteil vom 04.04.2006 – B 1 KR 12/04 R, juris-Rn. 31; *BSG*, Urteil vom 14.12.2006 – B 1 KR 12/06 R, juris-Rn. 16; *BSG*, Urteil vom 28.02.2008 – B 1 KR 16/07 R, juris-Rn. 32; *BSG*, Urteil vom 20.04.2010 – B 1/3 KR 22/08 R, juris-Rn. 31; *BSG,* Urteil vom 28.02.2008 – B 1 KR 15/07 R, juris-Rn. 34; *BSG,* Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 14/06 R, juris-Rn. 18.

929 Art. 1 Nr. 1 und Art. 15 Abs. 1 des Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstrukturgesetz – GKV-VStG) vom 22.12.2011 (BGBl I, S. 2983).

930 *BVerfG*, Beschluss vom 10.11.2015 – 1 BvR 2056/12, juris-Rn. 17 f. und daran anschließend *BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 11.04.2017 – 1 BvR 452/17, juris-Rn. 22.

931 *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 31 Rn. 41 f. und 44; *Axer,* SDSRV 67 (2018), S. 77, 89 f.; *Harney,* in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, SGB V § 91 Rn. 66.

932 *Axer,* SDSRV 67 (2018), S. 77, 91.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa. Lebensbedrohliche Erkrankung

Was unter dem Tatbestandsmerkmal der lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung des § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V zu verstehen ist, ist eine Rechtsfrage. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff ist auslegungsbedürftig, muss also rechtlich-abstrakt näher bestimmt werden.[933] Der Begriff der lebensbedrohlichen Erkrankung wird vom *BSG* eng[934] ausgelegt. Danach ist das Krankheitskriterium erfüllt, wenn die betreffende Erkrankung in überschaubarer Zeit das Leben beenden kann und dies eine notstandsähnliche Situation herbeiführt in der Versicherte nach allen verfügbaren medizinischen Hilfen greifen müssen. Nach den konkreten Umständen des Einzelfalls muss also bereits drohen, dass sich mit großer bzw., gleichbedeutend, hoher Wahrscheinlichkeit der voraussichtlich tödliche Krankheitsverlauf innerhalb eines kürzeren, überschaubaren Zeitraums verwirklichen wird.[935] Ausreichend ist insofern nicht, wenn die Erkrankung generell unbehandelt zum Tod führt. Wenn der drohenden Lebensgefahr mit Mitteln aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung hinreichend sicher begegnet werden kann, ist ein Anspruch ausgeschlossen.[936] Unter den Begriff der lebensbedrohlichen Erkrankung i.S.v. § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V können z.B. weit fortgeschrittene Krebserkrankungen gefasst werden.[937] An die Schwere einer lebensbedrohlichen Erkrankung im Sinne des § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V werden insofern strengere Anforderungen gestellt, als an die Schwere einer schwerwiegenden Erkrankung, welche im Sinne der rich-

933 *Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 152; *Bockholdt*, NZS 2017, S. 569, 571.

934 *Bockholdt*, NZS 2017, S. 569, 571.

935 *BSG*, Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris Rn. 21 f.; *BSG*, Urteil vom 24.01.2023 – B 1 KR 7/22 R, juris-Rn. 29; *BSG*, Urteil vom 10.03.2022 – B 1 KR 6/21 R, juris Rn. 33; *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 20/19 R, juris-Rn. 25; *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18, juris-Rn. 21; *BSG*, Beschluss vom 10.08.2017 – B 1 KR 1/17 BH, juris-Rn. 6 m.w.N.; *BSG*, Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 1/16 R, juris-Rn. 21; *BSG*, Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 21; ebenso*: BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 11.04.2017 – 1 BvR 452/17, Rn. 22 und 25; *BVerfG*, Beschluss vom 10.11.2015 – 1 BvR 2056/12, juris-Rn. 18; *BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 26.03.2014 – 1 BvR 2415/13, Rn. 14; *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 31 Rn. 41; *Axer,* SDSRV 67 (2018), S. 77, 90; *Bischofs*, in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 31 Rn. 26a.

936 *BSG*, Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris Rn. 22 m.w.N.; *BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 11.04.2017 – 1 BvR 452/17, Rn. 26.

937 *Siefarth*, PKR 2018, S. 155, 157.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

terrechtlichen Grundsätze eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use vorliegen muss[938].[939]

bb. Fehlende Standardtherapiealternative

Als zweite Voraussetzung fordert § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V, dass für die Behandlung der lebensbedrohlichen Erkrankung eine allgemein anerkannte, dem medizinischen Standard entsprechende Leistung nicht zur Verfügung steht. Hierbei ist jedoch auch, wie bei der richterrechtlichen Voraussetzung der fehlenden Therapiealternative[940], auf den Einzelfall abzustellen und z.B. zu ermitteln, ob die Standardtherapiealternative bei der betroffenen Person wirkt oder, ob sie aufgrund schwerer Nebenwirkungen[941] nicht eingesetzt werden kann. Ebenso ist in die Prüfung miteinzubeziehen, ob eine Standardarzneimitteltherapie bei schwangeren Personen während der Stillzeit[942] nicht eingesetzt werden kann.[943]

cc. Indiziengestützte Erfolgsaussicht

Durch die dritte Voraussetzung des § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V wird gefordert, dass, gestützt auf Indizien und objektive wissenschaftliche Erkenntnisse, durch den Einsatz des Medikaments eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder eine spürbare positive Einwirkung auf den Krank-

938 D. II. 2. c. aa.

939 *BSG*, Urteil vom 28.02.2008 – B 1 KR 15/07 R, juris-Rn. 32; *BSG*, Urteil vom 14.12.2006 – B 1 KR 12/06 R, juris-Rn. 17; *BSG*, Urteil vom 16.12.2008 – B 1 KR 2/08 R, juris-Rn. 21; *BSG*, Urteil vom 16.12.2008 – B 1 KR 11/08 R, juris-Rn. 15; *BSG*, Urteil vom 30.6.2009 – B 1 KR 5/09 R, juris-Rn. 46; *BSG*, Urteil vom 08.11.2011 – B 1 KR 19/10 R, juris-Rn. 23; *BSG*, Urteil vom 13.10.2010 – B 6 KA 48/09 R, juris-Rn. 30 (Parallelentscheidung*: BSG*, Urteil vom 13.10.2010 – B 6 KA 47/09 R, juris-Rn. 26); *Ratzel,* in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, SGB V § 31 Rn. 12.

940 D. II. 2. c. bb.

941 *BSG*, Urteil vom 04.04.2006 – B 1 KR 7/05 R, juris-Rn. 31; eine Definition hierzu ist in Art. 1 Nr. 12 RL 2001/83/EG zu finden.

942 *LSG Schleswig-Holstein,* Urteil vom 31.01.2007 – L 5 KR 28/06, juris-Rn. 20 ff.

943 *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 31 Rn. 45; *Bischofs,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 31 Rn. 37; *Bockholdt*, NZS 2017, S. 569, 571; *Padé,* NZS 2007, S. 352, 356; *Meyerhoff,* jurisPR-SozR 4/2007, Anm. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

heitsverlauf erzielt wird.[944] Erforderlich ist, dass die entsprechende Methode oder das entsprechende Medikament im Allgemeinen und Besonderen überwiegend positive Wirkung entfaltet. Hierfür ist zu ermitteln, welcher Nutzen und welche Risiken mit dem Einsatz des beantragten Arzneimittel einhergehen und ob im Rahmen einer Chancen-Risiken-Abwägung der voraussichtliche Nutzen die möglichen Risiken überwiegt.[945] Einerseits ist also eine abstrakte Nutzen-Risiken-Abwägung, welche auf über den Einzelfall hinausgehende generelle Erkenntnisse zu dem Nutzen und den möglichen Risiken des entsprechenden Medikaments abzielt, durchzuführen. Andererseits ist zudem eine speziell auf den Versicherten zugeschnittene, individuelle Analyse und Abwägung von Nutzen und Risiken im Einzelfall vom Gericht durchzuführen.[946] Damit sind die Hürden im Vergleich zur dritten Voraussetzung beim richterrechtlich ausgestalteten Off-Label-Use, bei welcher eine Phase III-Studie[947] gefordert wird, niedriger. So reichen für die dritte Voraussetzung des § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V bereits wissenschaftliche Erkenntnisse aus, die nur eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf belegen. Insofern erfolgt eine Absenkung der durch § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V geforderten Qualität bzw. der mit der EbM[948] geforderten bestmöglichen Evidenz.[949] Klar ist, dass damit nicht eine völlige Abkehr vom Modell der EbM gemeint sein kann. Zumindest ein Mindestmaß an wissenschaftlicher Datenlage ist zu fordern.[950] So können z.B. zum Nachweis einer indiziengestützten Erfolgsaussicht Phase-II-Studien, Fallberichte oder

944 *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 31 Rn. 45; *Schuler,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 2 Rn. 18.

945 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 25 ff.; *BSG*, Urteil vom 04.04.2006 – B 1 KR 7/05 R, juris-Rn. 38 ff.; *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris-Rn. 27; *BSG,* Urteil vom 02.09.2014 – B 1 KR 4/13 R, juris-Rn. 13 ff. und 20; *BSG,* Urteil vom 17.12.2013 – B 1 KR 70/12 R, juris-Rn. 31; *Bockholdt*, NZS 2017, S. 569, 571 f.

946 *Knispel,* jurisPR-SozR 7/2017, Anm. 2.

947 D. II. 2. c. cc.

948 D. I. 1. b. bb. (2).

949 *BSG*, Urteil vom 13.10.2010 – B 6 KA 48/09 R, juris Rn. 30; *BSG*, Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris Rn. 31 ff. und 37; *Barth,* in: Spickhoff, Medizinrecht, SGB V § 31 Rn. 4; *Augsberg,* GesR 2012, S. 595, 597 f.; *Bockholdt*, Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der gesetzlichen Krankenversicherung – ein „Totschlagargument"?, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S. 377, 381; *Clemens*, GesR 2011, S. 397, 403 f.; *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 31 Rn. 42.

950 *BVerfG*, Nichtannahmebeschluss vom 25.09.2023 – 1 BvR 1790/23, juris-Rn. 17 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bewertungen durch Experten sowie Befundberichte der behandelnden Ärzte herangezogen werden.[951]

dd. Besonderheiten für die Arzneimittelversorgung

Die Maßstäbe der Rechtsprechung des *BVerfG* bzw. des § 2 Abs. 1a SGB V werden vom *BSG* in die Prüfung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use in ständiger Rechtsprechung einbezogen.[952] Für die Versorgung von Arzneimitteln gelten über die drei aufgezeigten Voraussetzungen des § 2 Abs. 1a SGB V hinaus weitere vom *BSG* entwickelte Grundsätze.[953] Nachfolgend ist auf diese einzugehen ((1) bis (3)).

(1) Kein Verstoß gegen das AMG

So darf kein Verstoß gegen das AMG vorliegen. Das ist nach der Rechtsprechung des *BSG* nicht anzunehmen, wenn die zuständige Behörde die Zulassung des Arzneimittels gemäß § 25 Abs. 2 S. 1 Nr. 3-6 AMG nach inhaltlicher Prüfung versagt oder die Zulassung gemäß § 30 AMG zurückgenommen, widerrufen oder das Ruhen der Zulassung angeordnet hat.[954] Gleiches gilt für den Fall, dass eine Genehmigung auf EU-Ebene, also in einem Zulassungsverfahren gemäß VO (EG) Nr. 726/2004, abgelehnt wurde. Dar-

951 *BSG*, Urteil vom 04.04.2006 – B 1 KR 7/05 R, juris-Rn. 40; *LSG Bayern,* Urteil vom 14.07.2015 – L 5 KR 153/14, juris-Rn. 34 f. und 38.

952 Statt vieler: *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 17 ff.; *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris-Rn. 19 ff.*; BSG,* Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 19 ff.; *BSG,* Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 1/16 R, juris-Rn. 17 ff.; *BSG,* Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 10/16 R, juris-Rn. 18 ff.; im Übrigen ist eine Übersicht aller Revisionsverfahren sowie aller Entscheidungen des *BVerfG* und der Instanzgerichte zur Umsetzung des Nikolausbeschlusses auf der Internetseite der *Ruhr Universität Bochum* zu finden (*RUB*, Übersicht der Entscheidungen zur Umsetzung des Nikolausbeschlusses, Internetquelle); eine Aufarbeitung insbesondere der *BSG*-Rechtsprechung im Anschluss an den Nikolausbeschluss ist ferner bei *Bockholdt*, NZS 2017, S. 569, 569 ff. zu finden.

953 *BSG*, Urteil vom 04.04.2006 – B 1 KR 7/05 R, juris-Rn. 26-55; *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 27 ff.; *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 31 Rn. 46; *Kraftberger,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 31 Rn. 42; *Bischofs,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 31 Rn. 37a f.; *Ratzel,* in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, SGB V § 31 Rn. 12; *Siefarth*, PKR 2018, S. 155, 156.

954 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 34; *Bischofs,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 31 Rn. 38.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

unter fällt auch die Konstellation, in welcher der zuständige Ausschuss bei der *EMA (Committee for Medicinal Products for Human Use (CHMP) – Ausschuss für Humanarzneimittel)* ein negatives Gutachten für das entsprechende Arzneimittel für eine bestimmte Indikation erstellt und der Medikamentenhersteller das Verfahren deshalb nicht weiterverfolgt.[955] In diesen Fällen misst das *BSG* der negativen arzneimittelrechtlichen Entscheidung eine Sperrwirkung für Leistungsansprüche für gesetzlich Versicherte aus § 2 Abs 1a SGB V zu.[956]

(2) Abstrakte und konkret auf den Versicherten bezogene Chancen-Risiken-Analyse hinsichtlich des eingesetzten Medikaments

Zudem gilt in Bezug auf die oben dargestellte Chancen-Risiken-Abwägung[957] , dass unter der Berücksichtigung des gebotenen Wahrscheinlichkeitsmaßstabs bei der vor der Behandlung erforderlichen sowohl abstrakten als auch speziell auf den Versicherten bezogenen konkreten Analyse und Abwägung von Chancen und Risiken der voraussichtliche Nutzen überwiegt.[958] Hinsichtlich des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs für die Beurteilung, ob der jeweilige Behandlungserfolg auf das eingesetzte Medikament zurückzuführen ist und ob das Risiko vertretbar ist, gelten Abstufungen je nach der Schwere und dem Stadium der Erkrankung. Dabei sind Differenzierungen vorzunehmen, welche sich an abgestuften Evidenzgraden orientieren. Dabei gilt der Grundsatz "je schwerwiegender die Erkrankung und hoffnungsloser die Situation, desto geringere Anforderungen sind an die ernsthaften Hinweise auf einen nicht ganz entfernt liegenden Behandlungserfolg bzw. an die wissenschaftlichen Erkenntnisse zu stellen".[959]

955 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 35; *BSG*, Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 10/16 R, juris-Rn. 18-26; *BSG,* Urteil vom 11.09.2018 – B 1 KR 36/17 R, juris-Rn. 15-23.

956 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 26-59 m.w.N.; *BSG*, Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 1/06 R, juris-Rn. 22; a.A.: *LSG Rheinland-Pfalz,* Urteil vom 04.02.2021 – L 5 KR 211/20, juris-Rn. 24 oder *LSG Bayern,* Urteil vom 14.07.2015 – L 5 KR 153/14, juris-Rn. 39.

957 D. II. 2. d. cc.

958 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 29; *Bischofs,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 31 Rn. 38.

959 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 31; *BSG*, Urteil vom 04.04.2006 – B 1 KR 7/05 R, juris-Rn. 39 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(3) Arzneimitteltherapie entsprechend den Regeln der ärztlichen Kunst, Dokumentation und Einwilligung durch den Patienten

Darüber hinaus ist erforderlich, dass die Behandlung durch einen Facharzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt und ausreichend dokumentiert wurde.[960] Auch muss der Patient nach der Aufklärung durch den Arzt ausdrücklich in die Behandlung eingewilligt haben.[961]

III. Haftungsrecht beim Off-Label-Use

Grundsätzlich haftet der pharmazeutische Unternehmer gemäß § 84 AMG.[962] Davon abzugrenzen ist die Haftung des verordnenden Vertragsarztes. Wenn Ärzte Medikamente außerhalb ihrer zugelassenen Indikation verordnen, stellen sich haftungsrechtliche Fragen. So können sie, wie bereits gezeigt wurde, einerseits gemäß §§ 106 ff., insbesondere § 106b Abs. 1 SGB V, im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung ärztlich verordneter Leistungen in Regress genommen werden[963].[964] Andererseits können Ärzte auch nach privatrechtlichen Vorschriften vom behandelten Patienten in die Haftung genommen werden. Das ist bei Behandlungsfehlern oder aufgrund des Außerachtlassens einer Off-Label-Use-Behandlung denkbar. In diesen Fällen könnte der Arzt auf die Zahlung von Schadensersatz und Schmerzengeld verklagt werden.[965]

960 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 30; *Bischofs,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 31 Rn. 38.
961 *BSG*, Urteil vom 04.04.2006 – B 1 KR 7/05 R, juris-Rn. 28.
962 *Brock,* in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, § 84 Rn. 1; *Pfohl,* in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Band 1, 08/2022, AMG § 84 Rn. 1 f.
963 Siehe: D. I. 1. c. bb.
964 *Roesen*, FORUM 2024, S. 129, 131; *Wehebrink,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, Stand: 01.12.2024, SGB V § 106b Rn. 28 f.; *Scholz,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 106 Rn. 16*; Wessel*, KrV 2022, S. 246, 246.
965 *OLG Köln*, Urteil vom 30.05.1990 – 27 U 169/89, juris; *Siefarth*, PKR 2018, S. 155, 158; *Roesen*, FORUM 2024, S. 129, 131.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV. Zusammenfassung

Das Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 12 Abs. 1 SGB V)[966] und Qualitätsgebot (§ 2 Abs. 1 S. 3 SGB V)[967] werden durch die Richtlinien des *G-BA*[968] und die Wirtschaftlichkeitsprüfungen[969] konkretisiert. Daneben konkretisieren die einzelnen Prüfungsschritte eines ausnahmsweise zulässigen Off-Labe-Use[970], welche das *BSG* prüft, wenn ein ausnahmsweise zulässiger Off-Label-Use in Streit steht, ebenso diese beiden Normen[971]. Im Hinblick auf die noch durchzuführende Rechtsprechungsanalyse zum Off-Label-Use hinsichtlich der Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* im Krankenversicherungs- und Vertragsarztrecht[972] ist folgendes Verständnis wichtig: Im Krankenversicherungsrecht wird vom *BSG* geprüft, ob ein Anspruch auf einen ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use einer versicherten Person gegenüber der gesetzlichen Krankenversicherung besteht. Geprüft wird also, ob die in diesem Kapitel aufgezeigten Prüfungsschritte[973] erfüllt sind. Im Vertragsarztrecht werden hingegen Wirtschaftlichkeitsprüfungen, also Einzelfallprüfungen der Verordnung von Arzneimitteln gemäß § 106 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V.m. § 106b Abs. 1 SGB V und der jeweils geltenden Prüfvereinbarung, gerichtlich überprüft. Das *Sozialgericht* überprüft in erster Instanz nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens die Rechtmäßigkeit des Regresses. Hierbei sind wiederum insbesondere die genannten Prüfungspunkte[974] entscheidend. Bei deren Erfüllung hat der Versicherte Anspruch auf das Arzneimittel und die Verordnung des Arzneimittels ist demnach korrekt. In diesem Fall wäre der Regress nicht rechtmäßig[975]. Das *BSG* prüft also in einem möglichen Revisionsverfahren, ob der Vertragsarzt wegen einer unzulässigen bzw. rechtswidrigen Verordnung eines Arzneimittels im Off-Label-Use in Regress genommen werden kann. Im Kontext der gerichtlichen Prüfung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Labe-Use, welche wie

966 D. I. 1. a.
967 D. I. 1. b.
968 D. I. 1. c. aa.
969 D. I. 1. c. bb.
970 D. II. 2.
971 *Sieper,* jurisPR-SozR 18/2020 Anm. 2.
972 Siehe unten Kapitel H.
973 D. II. 2. a. bis D. II. 2. d.
974 D. II. 2. a. bis D. II. 2. d.
975 *Wehebrink,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, Stand: 01.12.2024, SGB V § 106b Rn. 28 f.; *Clemens,* in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 40 Rn. 143 und 147 ff.; *Clemens*, GesR 2011, S. 397, 406.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aufgezeigt im Krankenversicherungs- und Vertragsarztrecht gleichsam zum Tragen kommt, bestehen sehr hohe Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung. Damit ist insbesondere die Ermittlung wissenschaftlich-medizinischer Erkenntnisse der Tatsachengerichte gemeint[976]. Deshalb ist zu vermuten, dass das *BSG* gerade in diesem Bereich der Prüfung eines Off-Label-Use in erhöhtem Maß auf die Feststellung von generellen Tatsachen zurückgreift[977].

Im folgenden Kapitel werden die Berufung und die Revision im sozialgerichtlichen Verfahren gegenübergestellt (E.).

976 In Bezug auf § 2 Abs. 1a SGB V: *Bockholdt*, NZS 2018, S. 546, 546.
977 Siehe zu dieser bereits in der Einleitung aufgestellten These: A. II.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

E. Die Berufung und Revision im sozialgerichtlichen Verfahren

In diesem Teil der Arbeit werden zunächst ausgewählte Grundsätze des sozialgerichtlichen Verfahrens dargestellt (I.). Anschließend werden bestimmte verfahrensrechtliche Grundlagen mit Bezug zur Berufung (II.) und zur Revision (III.) im sozialgerichtlichen Verfahren aufgearbeitet.

I. Grundsätze des sozialgerichtlichen Verfahrens

1. Der Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 103 SGG

Im sozialrechtlichen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren gilt gemäß § 20 Abs. 1 S. 1 SGB X[978] bzw. gemäß § 103 S. 1, 1. Hs. SGG die Untersuchungsmaxime oder der Amtsermittlungsgrundsatz. Das bedeutet, dass die Behörde oder das *Sozialgericht* im ersten Rechtszug gemäß diesen Vorschriften den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen hat.[979] Der Amtsermittlungsgrundsatz findet über § 153 Abs. 1 SGG auch im Rahmen der Berufung Anwendung.[980] Dabei ist das Gericht zu der Erhebung von jeglichen Beweisen befugt. So ist das Gericht dafür zuständig, die Tatsachen zu erheben, welche einer rechtlichen Entscheidung zugrunde gelegt werden. Der Amtsermittlungsgrundsatz bezieht sich auf die Feststellung des Sachverhalts, also auf die Feststellung von Einzeltatsachen[981], welche unter die jeweilige Norm subsumiert werden. Die Auslegung der einschlägigen Normen gehört grundsätzlich nicht dazu.[982] Hinsichtlich des Umfangs der Ermittlungen des Gerichts ist zu sagen, dass sich diese auf alle Umstände zu beziehen haben, die nach Ansicht des Tatsachengerichts für die Prüfung des jeweili-

978 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz – in der Fassung der Bekanntmachung vom 18.01.2001 (BGBl. I, S. 130), zuletzt geändert durch Art. 8d des Gesetzes vom 19.07.2024 (BGBl. I, Nr. 245).

979 *Peters,* VR 2020, S. 145, 145; *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 103 Rn. 2 f.; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 103 Rn. 1.

980 *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 103 Rn. 2; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 103 Rn. 3a.

981 C. III. 2. b. aa.

982 *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 103 Rn. 1 und 3; *Breunig,* in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 86 Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen Anspruchs von Bedeutung sind. Es müssen also alle Tatsachen ermittelt werden, welche in prozessrechtlicher und materiellrechtlicher Hinsicht bedeutsam sein können.[983] Demnach darf das jeweilige *LSG* keine Ermittlungen unterlassen, zu denen es sich hätte gedrängt fühlen müssen.[984] Auf der anderen Seite darf das Tatsachengericht auch nicht alle in Frage kommenden Ermittlungen durchführen, ohne dass es konkrete Hinweise gibt, dass die jeweiligen Ermittlungen notwendig sind.[985] Die Beteiligten sind bei der Amtsermittlung des Gerichts zwar heranzuziehen (§ 103 S. 1, 2. Hs. SGG), das Gericht ist aber nicht an deren Vorbringen und Beweisanträge zur Sachverhaltserforschung gebunden (§ 103 S. 2 SGG). Beweisanträge sind Anträge, welche für zu ermittelnde Tatsachen bestimmte Beweismittel beziffern.[986] Aus dem Amtsermittlungsgrundsatz folgt also, dass die Beteiligten des Verfahrens grundsätzlich nicht die Last der subjektiven Beweisführung haben.[987] Von diesem Grundsatz gibt es eine Ausnahme: Wenn die Aufklärung des Sachverhalts durch das Gericht nicht möglich ist, gilt der Grundsatz der materiellen oder objektiven Beweislast. Das bedeutet, dass diejenige Partei, welche ein Recht oder einen rechtlichen Vorteil verfolgt bzw. einen Anspruch geltend machen will, die Beweislast trägt.[988]

983 *BSG,* Urteil vom 20.09.1988 – 5/5b RJ 32/87, juris-Rn. 14; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 103 Rn. 2; *Groth,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III. Kapitel Rn. 11.

984 *BSG,* Urteil vom 30.10.2014 – B 5 R 8/14 R, juris-Rn. 21 f.; *Groth,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III. Kapitel Rn. 12.

985 *BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 09.10.2007 – 2 BvR 1268/03, juris-Rn. 19; *BSG,* Urteil vom 28.02.2018 – B 13 R 279/16 B, juris-Rn. 21; *Groth,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III. Kapitel Rn. 12; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 103 Rn. 2.

986 *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 103 Rn. 2 und 12; *Groth,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III. Kapitel Rn. 6 f.; *Schenke,* in: Kopp, VwGO, § 86 Rn. 18a.

987 *BSG,* Urteil vom 24.10.1957 – 10 RV 945/55, juris-Rn. 18; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 103 Rn. 19; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 118 Rn. 6.

988 *BSG,* Urteil vom 06.10.2020 – B 2 U 9/19 R, juris-Rn. 31; *BSG,* Urteil vom 20.12.2016 – B 2 U 16/15 R, juris-Rn. 23 f.; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 118 Rn. 6; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 103 Rn. 19a; *Groth,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III. Kapitel Rn. 27; *Hübschmann,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 53 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Das Kammer- und Senatsprinzip

Bei den *Sozialgerichten* sind gemäß § 10 SGG Fachkammern und bei den *Landessozialgerichten* gemäß § 31 SGG Fachsenate zu errichten.[989] In Bezug auf die Bildung von Senaten beim *BSG* verweist § 40 Abs. 1 S. 1 SGG auf § 31 Abs. 1 SGG. Gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 SGG sind Senate für Angelegenheiten der Sozialversicherung, der Arbeitsförderung einschließlich der übrigen Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit, für Angelegenheiten der Grundsicherung für Arbeitsuchende, für Angelegenheiten der Sozialhilfe einschließlich der Angelegenheiten nach Teil 2 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch und des Asylbewerberleistungsgesetzes sowie für Angelegenheiten des sozialen Entschädigungsrechts und des Schwerbehindertenrechts zu bilden. § 40 Abs. 1 S. 2 SGG enthält eine Sonderregelung für das Vertragsarztrecht, hier ist mindestens ein Senat zu bilden. Demnach werden verschiedene Kammern oder Senate gebildet, welche unterschiedliche rechtliche Angelegenheiten verhandeln. In Bezug auf die einzelnen beim *BSG* zu bildenden Senate, auf welche im weiteren Verlauf der Arbeit Bezug genommen wird, wird auf den Geschäftsverteilungsplan des *BSG* verwiesen[990]. Das Prinzip der Bildung unterschiedlicher Senate gilt gleichsam bei den anderen obersten Gerichtshöfen des Bundes[991]. Sinn und Zweck dieser Ausgestaltung bei den Gerichten ist die Entwicklung besonderen Rechts- und Erfahrungswissens in den jeweiligen Kammern oder Senaten.[992]

3. Ehrenamtliche Richter

Gemäß § 1 DRiG wird die rechtsprechende Gewalt durch Berufsrichter und ehrenamtliche Richter ausgeübt. Die ehrenamtlichen Richter üben ihr Amt gemäß § 19 Abs. 1 SGG mit gleichen Rechten wie die Berufsrichter aus[993]. Hinsichtlich der Rechte und Pflichten der ehrenamtlichen Richter verweist

989 *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 40 Rn. 2; *Bischofs,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 10 Rn. 1.

990 *BSG*, Geschäftsverteilungsplan des Bundessozialgerichts für das Jahr 2025, S. 3 ff.; dieser wird auch im Bundesanzeiger veröffentlicht (siehe: BAnz AT 05.03.2025 S3).

991 Für die Verwaltungsgerichtsbarkeit: § 10 Abs. 2 VwGO; für die Finanzgerichtsbarkeit: § 10 Abs. 2 S. 1 FGO; für die ordentliche Gerichtsbarkeit: § 130 GVG; für die Arbeitsgerichtsbarkeit: § 41 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG).

992 *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 40 Rn. 1; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 40 Rn. 1 ff.; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 40 Rn. 1 f.

993 *Bischofs,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 12 Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 45 Abs. 9 DRiG auf die Prozessordnungen[994] der einzelnen Gerichtsbarkeiten. So wirken ehrenamtliche Richter auch bei der Rechtsprechung der *Sozialgerichtsbarkeit*[995] mit. Dieser Personenkreis bringt nicht immer rechtswissenschaftliche Expertise mit. Stattdessen weisen ehrenamtliche Richter eine besondere Fachkunde aus der Praxis bzw. Berufserfahrung oder allgemeine Lebenserfahrung auf. Ebenso ist es denkbar, dass dieser Personenkreis selbst von bestimmten sozialrechtlichen Regelungen betroffen ist oder war. Dadurch soll das Vertrauen der Bürger in die Rechtsprechung gefördert und eine insgesamt gerechtere Rechtsprechung gesichert werden.[996] Gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 SGG wird jede Kammer bei den *Sozialgerichten* mit einem vorsitzenden Richter und zwei ehrenamtlichen Richtern besetzt.[997] Nach § 12 Abs. 2 S. 1 SGG wirken bei Angelegenheiten der Sozialversicherung, der Grundsicherung für Arbeitsuchende einschließlich der Streitigkeiten auf Grund des § 6a des Bundeskindergeldgesetzes (BKGG[998]) und der Arbeitsförderung je ein ehrenamtlicher Richter aus dem Kreis der Versicherten und der Arbeitgeber mit.[999] Gemäß § 12 Abs. 3 S. 1 SGG wirken in den Kammern für Angelegenheiten des Vertragsarztrechts je ein ehrenamtlicher Richter aus den Kreisen der Krankenkassen auf der einen Seite und der Vertragsärzte und Psychotherapeuten oder Vertragszahnärzte auf der anderen Seite mit. Gemäß § 12 Abs. 3 S. 2 SGG wirken bei Angelegenheiten, die nur Vertragsärzte, Vertragszahnärzte und Psychotherapeuten betreffen, auch nur diese Parteien mit. Hierbei gilt eine strikte Trennung zwischen Ärzten und Zahnärzten, welche jeweils immer nur bei der sie betreffenden Angelegenheit mitwirken[1000]. § 12 Abs. 4, 1. Hs. SGG trifft

994 Teil 1, 6. Abschnitt des DRiG trifft allgemeine Aussagen zu ehrenamtlichen Richtern; zu der Mitwirkung ehrenamtlicher Richter in der Verwaltungsgerichtsbarkeit: §§ 19 ff. VwGO oder in der Arbeitsgerichtsbarkeit: §§ 20 Abs. 1, 37 und 43 ArbGG.

995 Dieses besondere Element in der Rechtsprechung war auch bereits mehrfach Gegenstand sozialrechtlicher empirischer Forschung. Zusammenfassungen davon sind z.B. bei *Höland,* Voluntaris 2022, S. 258, 258 ff. oder *Höland/Welti,* SozSich 2021, S. 243, 243 ff. zu finden.

996 *Köhler,* SGb 2015, S. 366, 366; *Höland/Buchwald,* SozSich 2019, S. 97, 98.

997 *Bischofs,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 12 Rn. 1.

998 Bundeskindergeldgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 28.01.2009 (BGBl. I, S. 142, 3177), zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes vom 16.12.2022 (BGBl. I, S. 2328).

999 *Bischofs,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 12 Rn. 6; *Groß,* in: Berchtold, SGG, § 12 Rn. 4; *Höland/Buchwald,* SozSich 2019, S. 97, 99.

1000 *Wenner*, Ehrenamtliche Richterinnen und Richter in den Kammern und Senaten für Vertragsarztrecht, in: Jacobs et al., FS Plagemann, S. 263, 266 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Regelungen zu der Mitwirkung ehrenamtlicher Richter in den Kammern für Angelegenheiten des sozialen Entschädigungsrechts und des Schwerbehindertenrechts. § 12 Abs. 5 SGG regelt schließlich die Mitwirkung ehrenamtlicher Richter in den Kammern für Angelegenheiten der Sozialhilfe, einschließlich der Angelegenheiten des Eingliederungshilferechts (Teil 2 des SGB IX[1001]) und des Asylbewerberleistungsgesetzes (AsylbLG[1002]).[1003] Bezüglich der Mitwirkung ehrenamtlicher Richter in den einzelnen Senaten bei den *Landessozialgerichten* verweist § 33 Abs. 1 S. 2 SGG auf § 12 Abs. 1 S. 2 und auf die Abs. 2 bis 5 SGG.[1004] In Bezug auf die Mitwirkung ehrenamtlicher Richter in den Senaten beim *BSG* verweist § 40 S. 1 SGG auf § 33 SGG und dieser, wie gesagt, weiter auf § 12 Abs. 2 bis 5 SGG.[1005] Grundsätzlich werden die Senate beim *BSG* gemäß § 33 Abs. 1 S. 1 SGG mit jeweils einem Vorsitzenden, zwei Berufsrichtern und zwei ehrenamtlichen Richtern besetzt.[1006]

II. Die Berufung im sozialgerichtlichen Verfahren gemäß §§ 143 ff. SGG

Sinn und Zweck der Berufung ist die Durchsetzung eines Individualinteresses, das allgemeine Interesse der Kontrolle der Rechtsanwendung des vorher zuständigen *SG* sowie die Herstellung der Einheit der Rechtsprechung.[1007] Um die rechtlichen Grundlagen der Berufung darzustellen, ist in diesem Kapitel folgendermaßen vorzugehen. Zunächst sind knapp die Voraussetzungen für die Zulässigkeit und Begründetheit der Berufung gemäß § 143 SGG darzustellen (1.). Danach ist auf die wichtige Aufgabe der Erforschung des Sachverhalts durch das jeweils zuständige Tatsachengericht gemäß § 103 SGG einzugehen (2.).

1001 Neuntes Buch Sozialgesetzbuch – Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen – (Art. 1 des Gesetzes vom 23.12.2016, BGBl. I, S. 3234), zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 22.12.2023 (BGBl. I, Nr. 412).

1002 Asylbewerberleistungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 05.08.1997 (BGBl. I, S. 2022), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 25.10.2024 (BGBl. I, Nr. 332).

1003 *Bischofs,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 12 Rn. 15, Rn. 20 und 25; *Groß,* in: Berchtold, SGG, § 12 Rn. 5, Rn. 11 ff. und 14; *Höland/Buchwald,* SozSich 2019, S. 97, 99; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 12 Rn. 6 ff.

1004 *Röhl,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 33 Rn. 12.

1005 *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 40 Rn. 3.

1006 *Ebd.*; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 40 Rn. 3.

1007 *Littmann,* in: Berchtold, SGG, § 143 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Voraussetzungen für die Zulässigkeit und Begründetheit der Berufung gemäß § 143 SGG

Die Berufung hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist. § 143 SGG statuiert die Ausgangsnorm für die Zulässigkeit der Berufung an das *LSG*. Grundsätzlich müssen hierfür allgemeine Sachurteilsvoraussetzungen (§§ 70 ff. SGG) und besondere Prozessvoraussetzungen[1008] erfüllt sein. Zu der wichtigsten besonderen Voraussetzung der Zulässigkeit der Berufung zählt das Vorliegen eines mit der Berufung angreifbaren Urteils (§ 143, 1. Hs. SGG) oder Gerichtsbescheids (§ 105 SGG) eines *SG*. Weiterhin ist die Berufung grundsätzlich zulassungsfrei. § 144 SGG regelt Ausnahmetatbestände, wann eine Berufung der Zulassung durch ein *SG* bedarf (§ 144 Abs. 1 SGG), wann sie zuzulassen ist (§ 144 Abs 2 SGG) und wann sie unzulässig ist (§ 144 Abs 4 SGG).[1009] § 145 SGG regelt die Nichtzulassungsbeschwerde, wenn die Berufung nicht durch ein *SG* zugelassen wurde.[1010] Bei einer zulässigen Berufung entscheidet das jeweils zuständige *LSG* über deren Begründetheit. Gemäß § 157 S. 1 SGG unterzieht das jeweils zuständige *LSG* den Streitfall als zweite Tatsacheninstanz, genauso wie das vorentscheidende *SG,* einer umfassenden tatsächlichen und rechtlichen Prüfung.[1011] Grundsätzlich entscheidet das *LSG* gemäß § 159, 1. Hs. SGG selbst in der Sache und hebt die unrichtige Entscheidung des vorentscheidenden Gerichts auf. Ausnahmsweise kann das *LSG* den Rechtsstreit auch an das *SG* zurückverweisen.[1012]

2. Die Erforschung des Sachverhalts gemäß § 103 SGG

Die Erforschung des maßgeblichen Sachverhalts bzw. die Sachverhaltsermittlung gemäß § 103 SGG kann als Prozess der Wahrheitsfindung bezeich-

1008 Näher zu diesen besonderen Prozessvoraussetzungen etwa: *Wehrhahn*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 143 Rn. 8 ff.

1009 *Littmann,* in: Berchtold, SGG, § 144 Rn. 2; *Littmann,* in: Berchtold, SGG, § 143 Rn. 3 f. und Rn. 6; *Jungeblut,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 143 Rn. 5 und 8 ff.; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 143 Rn. 2.

1010 *Jungeblut,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 145 Rn. 3.

1011 *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 157 Rn. 1 ff. und 4; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 143 Rn. 1a*; Littmann,* in: Berchtold, SGG, § 143 Rn. 3.

1012 *Jungeblut,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 159 Rn. 2 f.; *Adolf*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 159 Rn. 7; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 157 Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

net werden. Die Wahrheitsfindung wird nachfolgend nicht i.S.v. philosophischen Wahrheitstheorien[1013], sondern im Sinne der im SGG niedergelegten Grundsätze zur Ermittlung des Sachverhalts verstanden.[1014] Die Sachverhaltsermittlung setzt sich zusammen aus der Beweiserhebung und der freien Beweiswürdigung des Gerichts gemäß § 128 Abs. 1 SGG (Tatsachenfeststellung).[1015] Die Beweiserhebung, Beweiswürdigung sowie die Feststellung von Einzeltatsachen sind grundsätzlich auf tatsächlichem Gebiet zu verorten und Angelegenheit der Tatsachengerichte, also der *Sozial- und Landessozialgerichte*.[1016] Wie ein Sachverhalt festgestellt werden muss, folgt jedoch gesetzlichen Beweisregeln.[1017] Auf dieses formelle Beweisrecht, welches Vorgaben zu der Sachverhaltsermittlung macht, wird in den einzelnen Kapiteln zur Beweiserhebung (a.) und Beweiswürdigung sowie Tatsachenfeststellung (b.) weiter einzugehen sein.

a. Beweiserhebung bzw. Beweisaufnahme

Die gesetzlichen Beweisregeln für die Beweiserhebung sind für die Sozialgerichtsbarkeit insbesondere in § 106 Abs. 3, in §§ 116-117 und in 119 sowie in § 118 SGG i.V.m. einzelnen Vorschriften der ZPO normiert.[1018] § 117, 1. Hs. SGG regelt den Grundsatz, dass die Beweiserhebung in der mündlichen Verhandlung (§ 124 Abs. 1 SGG) zu erfolgen hat, außer die Beweiserhebung erfordert einen besonderen Termin (§ 117, 2. Hs. SGG).[1019] § 117 SGG beinhaltet damit den Grundsatz der formellen Unmittelbarkeit der Beweiserhebung[1020]. Darunter ist zu verstehen, dass das jeweils zuständige Gericht die Beweisaufnahme selbst durchführt und dass diese unmittelbar

1013 Siehe bereits die Verweise oben in Kapitel C. I. 3. a.
1014 *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 171 ff.
1015 *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 103 Rn. 3; *Rehbinder,* Rechtssoziologie, Rn. 9; *Mushoff*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 24.06.2025, § 103 Rn. 6.
1016 *BSG,* Urteil vom 09.03.1977 – 2 RU 1/76, juris-Rn. 14; *Haueisen,* NJW 1959, S. 1348, 1348.
1017 *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 6 Rn. 8; *Haueisen,* NJW 1959, S. 1348, 1348.
1018 *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 128 Rn. 1; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 103 Rn. 3; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 106 Rn. 4; *Mushoff*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 24.06.2025, § 103 Rn. 6.
1019 *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 117 Rn. 4; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 117 Rn. 1 f.; *Bergner*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 117 Rn. 14.
1020 Zur materiellen Unmittelbarkeit der Beweiserhebung: *Völzmann-Stickelbrock*, ZZP 2005, S. 359, 367 f. oder *Lang,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 96 Rn. 4 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

durch die Richter, welche den Rechtsstreit entscheiden, in der mündlichen Verhandlung zu erfolgen hat.[1021] § 106 SGG normiert, abweichend zu § 117, 1. Hs. SGG, die richterliche Aufklärungspflicht vor, also außerhalb der mündlichen Verhandlung.[1022] § 106 Abs. 2 SGG besagt, dass das Gericht die mündliche Verhandlung so vorzubereiten hat, dass diese in einer Verhandlung ohne Verzögerung und ohne Verfahrensfehler erledigt werden kann.[1023] In § 106 Abs. 3 bzw. in § 118 Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. §§ 371 ff. ZPO sind nicht abschließend die hierfür möglichen Beweismittel geregelt.[1024] Aufgrund der Möglichkeit, dass das Gericht die mündliche Verhandlung gemäß § 106 SGG vorbereiten kann, durchbrechen § 106 Abs. 2 und 3 SGG § 117 SGG und gehen diesem vor.[1025] Die Frage, ob und welche Beweise der Richter erhebt, steht in seinem Ermessen, hat sich aber an § 103 SGG zu orientieren.[1026] Grundsätzlich gelten § 106 und § 117 SGG für das Verfahren vor den *Sozialgerichten*. Über § 153 Abs. 1 SGG gelten die Vorschriften auch vor den *Landessozialgerichten*.[1027] Nachfolgend werden einzelne in § 106 Abs. 3 SGG aufgeführte Maßnahmen zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch das jeweils zuständige Gericht aufgezeigt (aa.). Daran anschließend wird die Beauftragung der Beweiserhebung durch Beteiligte des sozialgerichtlichen Verfahrens oder durch Beteiligte des sozialrechtlichen Verwaltungsverfahrens (bb.) thematisiert.

1021 *Völzmann-Stickelbrock*, ZZP 2005, S. 359, 368 f.; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 117 Rn. 1; *Keller,* jurisPR-SozR 23/2018, Anm. 6; *Lang,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 96 Rn. 6.

1022 *Mushoff,* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 24.06.2025, § 103 Rn. 6.

1023 *BSG,* Urteil vom 19.03.1991 – 2 RU 28/90, juris-Rn. 12; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 106 Rn. 4.

1024 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 106 Rn. 7; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 106 Rn. 4; *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 106 Rn. 12; *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 118 Rn. 10; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 118 Rn. 2 und 8.

1025 *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 106 Rn. 22; *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 117 Rn. 4; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 117 Rn. 2 und 3 m.w.N.; *Bergner*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 117 Rn. 8.

1026 *BVerwG,* Beschluss vom 08.12.1988 – 9 B 388/88, juris-Rn. 4; *Schmid,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 103 Rn. 12b; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 106 Rn. 4.

1027 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 106 Rn. 3; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 117 Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa. Beweiserhebung durch das zuständige Gericht gemäß § 106 Abs. 3 SGG

(1) Urkunden (§ 106 Abs. 3 Nr. 1, 1. Hs. SGG) und elektronische Dokumente (§ 106 Abs. 3 Nr. 1, 2. Hs. SGG)

Nach § 106 Abs. 3 Nr. 1, 1. Hs., Abs. 4 sowie § 118 Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. §§ 415 ff. ZPO sowie § 202 S. 1 SGG i.V.m. § 142 ZPO kann das Gericht um die Mitteilung von Urkunden und gemäß § 106 Abs. 3 Nr. 1, 2. Hs. sowie § 118 Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. §§ 371, 371a ZPO um das Übersenden von elektronischen Dokumenten ersuchen.[1028] Das Ersuchen kann sich einerseits an Verfahrensbeteiligte oder andererseits an natürliche oder juristische Personen des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts richten und beinhaltet keine Vorlagepflicht an das Gericht.[1029] Der Begriff der Urkunde wird weder im SGG noch in der ZPO definiert. Zu verstehen ist darunter jedoch eine schriftlich verkörperte und vom Aussteller unterzeichnete Gedankenerklärung. Nicht unter den Begriff der Urkunde, und somit nicht als verkörperte Gedankenerklärung, fallen elektronische Dokumente. Gemäß § 416a ZPO gilt dies ausnahmsweise nicht für öffentliche elektronische Dokumente von öffentlichen Behörden, die samt Beglaubigung als Ausdruck transformiert wurden.[1030] Elektronische Dokumente sind gemäß Art. 3 Nr. 35 VO (EU) Nr. 910/2014[1031] „[…] jeder in elektronischer Form, insbesondere als Text-, Ton-, Bild- oder audiovisuelle Aufzeichnung gespeicherte Inhalt." Elektronische Dokumente werden mit Hilfe der elektronischen Datenverarbeitung (EDV) erstellt und können auf Hardware-Systemen (DVDs, Disketten oder Festplatten) gespeichert werden. § 65a Abs. 1 SGG nennt nicht abschlie-

1028 *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 106 Rn. 16; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 106 Rn. 9 m.w.N.; *Müller,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 106 Rn. 27 f.; *Mushoff*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 24.06.2025, § 106 Rn. 113 ff. und 121.

1029 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 106 Rn. 9; *Müller,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 106 Rn. 27.

1030 *BGH,* Urteil vom 24.09.1997 – XII ZR 234/95, juris-Rn. 26; *BVerwG,* Urteil vom 19.04.1972 – V C 38.71, juris-Rn. 7; *Krafka,* in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 415 Rn. 1 m.w.N. und 3; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 118 Rn. 9a und 13; *Mushoff*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 24.06.2025, § 106 Rn. 114 und 121; *Röß*, in: Musielak, ZPO, § 371 Rn. 12.

1031 Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.07.2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG (ABl. L 257 vom 28.08.2014, S. 73), zuletzt geändert durch Art. 1 VO (EU) 2024/1183 vom 11.04.2024 (ABl. L, 2024/1183 vom 30.4.2024, ELI).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ßend diejenigen Dokumente, welche dem Gericht in elektronischer Form von den Beteiligten des Verfahrens zugesandt werden können.[1032] Dazu gehören z.B. vorbereitende Schriftsätze und deren Anlagen, Anträge und Erklärungen der Prozessbeteiligten, Auskünfte, Aussagen, Gutachten oder auch Grafik-, Audio- und Videodateien.[1033]

(2) Medizinische Unterlagen (§ 106 Abs. 3 Nr. 2 SGG) und Auskünfte (§ 106 Abs. 3 Nr. 3 SGG)

Gemäß § 106 Abs. 3 Nr. 2 sowie § 118 Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. § 415 ff. ZPO kann das Gericht medizinische Unterlagen, wie z.B. Krankenunterlagen, Krankenakten, Aufzeichnungen, Untersuchungsbefunde oder Röntgenaufnahmen heranziehen.[1034] Die Beiziehung erfolgt im Urkundenbeweis.[1035] Nach § 106 Abs. 3 Nr. 3 SGG können durch das Gericht auch Auskünfte jeder Art eingeholt werden. Dazu können Informationen, z.B. bei Behörden, natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts erfragt werden. Diese Auskünfte dienen der Aufbereitung des Prozessstoffs und zum besseren Verständnis des Gerichts und der Beteiligten des Verfahrens.[1036] § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist ähnlich wie § 106 Abs. 3 Nr. 3 SGG formuliert. § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO beschränkt sich jedoch auf amtliche Auskünfte aus dem Internet und ist demnach enger als § 106 Abs. 3 Nr. 3 SGG gefasst.[1037] Unter § 106 Abs. 3 Nr. 2 SGG sind deshalb auch im Internet durch das Gericht recherchierte medizinische Studien, wissenschaftliche Publikationen oder Stellungnahmen etc. zu fassen, auf welche das Gericht verweist oder zu-

1032 *Leopold,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 118 Rn. 27; *Littmann,* in: Berchtold, SGG, § 65a Rn. 5; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 65a Rn. 4; *Krafka,* in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 415 Rn. 3; *Schenke,* in: Kopp, VwGO, § 55a Rn. 3.

1033 *Stäbler*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 10.01.2025, § 65a Rn. 21; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 65a Rn. 4 m.w.N.; *Mink,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 65a Rn. 2.

1034 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 106 Rn. 10; *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 106 Rn. 17 f.; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 118 Rn. 10k m.w.N.; *Mushoff*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 24.06.2025, § 106 Rn. 122 f.

1035 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 106 Rn. 10; *Mushoff*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 24.06.2025, § 106 Rn. 122.

1036 *Mushoff*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 24.06.2025, § 106 Rn. 128 ff. m.w.N.; *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 106 Rn. 20 m.w.N.; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 106 Rn. 1l.

1037 *Mushoff*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 24.06.2025, § 106 Rn. 128; *Greger,* in: Zöller, ZPO, § 273 Rn. 7; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 106 Rn. 1a.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rückgreift, um diese Informationen in das Verfahren einzubringen. Ebenso kann die Heranziehung von Fachliteratur in analoger Form durch das Gericht unter § 106 Abs. 3 Nr. 3 SGG subsumiert werden.

(3) Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen (§ 106 Abs. 3 Nr. 4 SGG)

Gemäß § 106 Abs. 3 Nr. 4, Abs. 4 sowie § 118 Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. § 373 ff. ZPO kann das Gericht in geeigneten Fällen Zeugen und behandelnde Ärzte als sachverständige Zeugen vernehmen bzw. anhören und diese um eine Stellungnahme bitten.[1038]

(4) Einnahme des Augenscheins (§ 106 Abs. 3 Nr. 5, 1. Hs. SGG)

Gemäß § 106 Abs. 3 Nr. 5, 1. Hs., Abs. 4 sowie § 118 Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. § 371 bis 372a ZPO kann das Gericht Beweis durch Einnahme des Augenscheins erheben. Damit ist die sinnliche Wahrnehmung mittels des Geruchs-, Tast-, Geschmacks- und Gehörsinns von Orten, Gegenständen und Personen gemeint. Der Beweis durch Augenschein vermittelt also grundsätzlich keinen gedanklichen Inhalt.[1039] Z.B. kann der Ort eines Arbeitsunfalls gemäß § 8 SGB VII[1040] oder ein Hausbesuch in SGB II-Angelegenheiten, etwa in Bezug auf die Feststellung, ob eine Einstands- und Verantwortungsgemeinschaft gemäß § 7 Abs. 3 Nr. 3 lit. c SGB II[1041] besteht, unter die Inaugenscheinnahme fallen.[1042]

1038 *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 106 Rn. 7; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 118 Rn. 3 ff.; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 106 Rn. 12 f.; *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 106 Rn. 22 ff.; *Müller,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 106 Rn. 34 ff.; *Mushoff*, in: Schlegel/Voelzke, juris-PK-SGG, 24.06.2025, § 106 Rn. 137 m.w.N.

1039 *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 106 Rn. 8; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 118 Rn. 2; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 106 Rn. 13; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 118 Rn. 9; *Leopold,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 118 Rn. 24 und 26; *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 118 Rn. 11.

1040 *Wenner/Terdenge/Krauß*, Grundzüge der Sozialgerichtsbarkeit, Rn. 550.

1041 Zweites Buch Sozialgesetzbuch – Bürgergeld, Grundsicherung für Arbeitsuchende – in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.05.2011 (BGBl. I, S. 850, 2094), zuletzt geändert durch Art. 59 des Gesetzes vom 23.10.2024 (BGBl. I, Nr. 323).

1042 *Leopold,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 118 Rn. 26.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(5) Gerichtliche Sachverständigengutachten (§ 106 Abs. 3 Nr. 5, 2. Hs. SGG)

(i) Definition

Der Begriff des Einzelfallgutachtens ist nicht im Gesetz definiert. Unter einem gerichtlichen Gutachten ist die wissenschaftliche Bearbeitung einer bestimmten medizinischen Fragestellung durch eine sachverständige Person zu verstehen.[1043] Diese Gutachten beziehen sich auf einen konkreten Einzelfall und die sachkundige Person stellt dem Gericht als Auftraggeber des Gutachtens ein Einzelfallgutachten aus. Die Informationserhebung, -einholung oder -beschaffung durch das Gericht wird also an eine andere Person oder Stelle delegiert.[1044] Gutachten sind abzugrenzen von medizinischen Stellungnahmen sowie Schriftsätzen des Sozialleistungsträgers.[1045]

(ii) Notwendigkeit der Erhebung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens durch das Gericht

Gemäß § 106 Abs. 3 Nr. 5, 2. Hs., Abs. 4 sowie § 118 Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. §§ 402 bis 414 ZPO kann das Gericht von Amts wegen eine sachverständige Person zur Begutachtung beauftragen, welche dann ein (medizinisches) Gerichtsgutachten erstattet.[1046] Grundsätzlich ergibt sich die Notwendigkeit der Beweiserhebung bzw. der Informationserhebung[1047] des Gerichts in medizinischen Angelegenheiten dadurch, dass dieses für die Beantwortung der entscheidungserheblichen Frage nicht über die hierfür nötige Sach- und Fachkunde verfügt. Auch ist denkbar, dass das vorliegende (medizinische) Tatsachenmaterial für die Beantwortung der Rechtsfrage nicht ausreicht. Ein Sachverständigengutachten muss in diesen Fällen vom

1043 *BSG,* Urteil vom 05.02.2008 – B 2 U 8/07 R, juris-Rn. 16 und 26.
1044 *Keller,* SGb 2003, S. 254, 254; *Keller*, MedSach 2006, S. 128, 128; *Bieresborn*, in: Francke/Gagel/Bieresborn, Der Sachverständigenbeweis im Sozialrecht, § 2 Rn. 3.
1045 *LSG Baden-Württemberg,* Urteil vom 28.10.2011 – L 8 U 5734/10, juris-Rn. 42; *Bieresborn,* in: Francke/Gagel/Bieresborn, Der Sachverständigenbeweis im Sozialrecht, § 2 Rn. 2.
1046 *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 106 Rn. 9; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 118 Rn. 7 ff.; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 106 Rn. 13; *Mushoff*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 24.06.2025, § 106 Rn. 143; *Becker*, MedSach 2008, S. 85, 86; *Bieresborn,* in: Francke/Gagel/Bieresborn, Der Sachverständigenbeweis im Sozialrecht, § 2 Rn. 6.
1047 *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 97.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gericht eingeholt werden.[1048] Ebenso muss sachverständiger Rat eingeholt werden, wenn das jeweils zuständige Tatsachengericht medizinische Fachliteratur zur Bestimmung des allgemein anerkannten wissenschaftlichen Erkenntnisstands mangels eigener Sach- und Fachkunde nicht abschließend beurteilen und einschätzen kann.[1049] Die Rechtspraxis ist in diesen Fällen auf die Expertise der medizinischen Disziplin angewiesen.[1050] Gerade in sozialgerichtlichen Verfahren spielen im Rahmen der Amtsermittlung medizinische Fragen und damit die Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens durch das Gericht häufig eine bedeutende Rolle.[1051] Denkbar ist, dass das Gericht eigene (medizinische) Sachkunde, etwa durch die Beteiligung von ehrenamtlichen Richtern in der entscheidenden Kammer oder in dem entscheidenden Senat, insbesondere in den Kammern und Senaten des Vertrags(zahn)arztrechts, für den zu beurteilenden Einzelfall nachweisen kann. In einem solchen Fall steht dem Gericht Ermessen zu und es kann auf die Einholung eines Gutachtens verzichten, wenn die

1048 *BSG,* Urteil vom 06.09.2018 – B 2 U 10/17 R, juris-Rn. 28 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 17.04.2013 – B 9 V 1/12 R, juris-Rn. 45; *BVerwG,* Beschluss vom 15.10.2001 – 3 B 134/00, juris-Rn. 8 ff. m.w.N.; *Groth,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III. Kapitel Rn. 47; *Steiner*, MedSach 2017, S. 181, 182; *Roller,* SGb 1998, S. 401, 401 f.; *Veit,* SGb 2019, S. 404, 407; *Bieresborn,* in: Francke/Gagel/Bieresborn, Der Sachverständigenbeweis im Sozialrecht, § 2 Rn. 11; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 118 Rn. 11b*; Roller,* in: Berchtold, SGG, § 118 Rn. 18; *Müller,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 103 Rn. 28.

1049 *BSG,* Urteil vom 06.09.2018 – B 2 U 10/17 R, juris-Rn. 28; *BSG,* Urteil vom 24.07.2012 – B 2 U 9/11 R, juris-Rn. 68 f.; *BSG,* Urteil vom 06.10.2020 – B 2 U 94/20 B, juris-Rn. 9; *BSG,* Urteil vom 09.05.2006 – B 2 U 1/05 R, juris-Rn. 27; *BSG,* Urteil vom 17.12.2015 – B 2 U 11/14 R, juris-Rn. 28 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 16.03.2021 – B 2 U 11/19 R, juris-Rn. 34 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 17.12.2013 – B 2 U 131/18 B, juris-Rn. 7; *BSG,* Urteil vom 23.04.2015 – B 2 U 10/14 R, juris-Rn. 20 m.w.N.; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 21; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 103 Rn. 7c m.w.N.

1050 Siehe bereits oben in Bezug auf die Abhängigkeit der Rechtsanwendung von der EbM: D. I. 1. b. bb. (2) (ii).

1051 *Bultmann,* in: Plagemann, MAH SozR, § 42 Rn. 1 f.; *Schmidt/Schnitzler*, MedR 2020, S. 902, 902 f.; *Bieresborn,* in: Francke/Gagel/Bieresborn, Der Sachverständigenbeweis im Sozialrecht, § 2 Rn. 1; *Müller,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 103 Rn. 28; *Brettel/Vogt*, Ärztliche Begutachtung im Sozialrecht, S. 15; *Merkel/Beller,* Handbuch Sozialgerichtsprozess, Rn. 236; *Udsching,* NZS 1992, S. 50, 50 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Beteiligten vorher auf die Sachkunde des Gerichts und deren Grundlage hingewiesen werden (Art. 103 Abs. 1 GG).[1052]

(6) Antizipierte Sachverständigengutachten

(i) Definition

Antizipierte Sachverständigengutachten sind für eine Vielzahl vergleichbarer Fälle bedeutsam. Sinn und Zweck solcher, insbesondere von Fachgesellschaften auf wissenschaftlicher Grundlage erstellten, Gutachten ist es, die Einordnung meist medizinischer Sachverhalte möglichst nach einheitlichen Grundsätzen zu gewährleisten.[1053] Im Gegensatz zu Einzelfallgutachten[1054] sind antizipierte Sachverständigengutachten nicht im Gesetz normiert. Der Begriff des antizipierten Sachverständigengutachtens wurde zum ersten Mal in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Umweltrecht im Jahr 1978[1055] verwendet.[1056]

(ii) Antizipierte Sachverständigengutachten im Sozialrecht

Im Sozialrecht verwendet das *BSG* den Begriff des antizipierten Sachverständigengutachtens später im sozialen Entschädigungsrecht und dem Schwerbehindertenrecht in einem Urteil aus dem Jahr 1993.[1057] In diesem Urteil wurden die Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit im sozialen Entschädigungsrecht und nach dem Schwerbehindertenrecht

1052 *BSG,* Beschluss vom 24.10.2013 – B 13 R 209/13 B, juris-Rn. 8; *BSG,* Urteil vom 28.02.1963 – 6 RKa 29/61, juris-Rn. 16; *BSG,* Urteil vom 17.06.2020 – B 5 R 1/20 B, juris-Rn. 4 f. m.w.N.; *Bieresborn,* in: Francke/Gagel/Bieresborn, Der Sachverständigenbeweis im Sozialrecht, § 2 Rn. 11 m.w.N.; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 62 Rn. 8b und 9b; *Rixen,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 108 Rn. 29 m.w.N.; *Hauck*, in: Hennig, SGG, Band 2, 06/2017, § 118 Rn. 9.

1053 *Keller,* SGb 2003, S. 254, 254; *Keller*, MedSach 2006, S. 128, 128; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 11b*; Bieresborn*, SGb 2016, S. 379, 381 f.; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 103 Rn. 7c.

1054 E. II. 2. a. aa. (5).

1055 *BVerwG,* Urteil vom 17.02.1978 – I C 102.76, juris-Rn. 37, 40 und 44.

1056 *Keller*, MedSach 2006, S. 128, 128; *Becker,* ASUMed 2009, S. 592, 593; *Siefert*, MedSach 2010, S. 60, 61.

1057 *BSG,* Urteil vom 23.06.1993 – 9/9a RVs 1/91, juris-Rn. 14*; Keller*, MedSach 2006, S. 128, 128.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(AHP) von der Rechtsprechung als antizipierte Sachverständigengutachten eingestuft.[1058] Die AHP galten bis zum 31.12.2008 und wurden benötigt, um die Schwere einer Schädigungsfolge i.S.d. Bundesversorgungsgesetzes (BVG)[1059] oder einen Grad der Behinderung (GdB) festzustellen.[1060] Hinsichtlich der AHP wurde von Seiten der Gerichte[1061] und der rechtswissenschaftlichen Literatur[1062] kritisiert, dass der Herausgeber der AHP, das *Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS)*, nicht durch eine gesetzliche Grundlage legitimiert war, die AHP zu erlassen. Mit § 30 Abs. 16 BVG[1063], bzw. seit dem 01.01.2024 mit § 5 Abs. 2 SGB XIV[1064], wurde schließlich die Ermächtigungsgrundlage zum Erlass für die seit 01.01.2009[1065] geltende Nachfolgevorschrift der AHP geschaffen. Damit ist die Verordnung zur Durchführung des § 1 Abs. 1 und 3, des § 30 Abs. 1 und des § 35 Abs. 1 des BVG (Versorgungsmedizin-Verordnung – VersMedV) durch das *BMAS* mit Zustimmung des *Bundesrates* angesprochen. Diese ist für Verwaltung und Gerichte verbindlich[1066] und verweist in § 2 auf die Anlage zu § 2 VersMedV (AnlVersMedV), welche versorgungsmedizini-

1058 *BSG,* Urteil vom 23.06.1993 – 9/9a RVs 1/91, juris-Rn. 14 ff.; kritisch dazu, ob die AHP als antizipierte Sachverständigengutachten einzustufen sind, etwa: *Ockenga*, ZFSH/SGB 2004, S. 587, 588 f.

1059 Das BVG in der Fassung der Bekanntmachung vom 22.01.1982 (BGBl. I, S. 21), das zuletzt durch Art. 6 des Gesetzes vom 10.12.2019 (BGBl. I, S. 2135) geändert wurde, wurde zum 31.12.2023 durch das Gesetz zur Regelung des Sozialen Entschädigungsrechts (G-SER - SGB XIV) vom 12.12.2019 (BGBl. I, S. 2652) außer Kraft gesetzt.

1060 *Dau*, jurisPR-SozR 4/2009, Anm. 4.

1061 Beispielsweise *BSG,* Urteil vom 23.06.1993 – 9/9a RVs 1/91, juris-Rn. 15 oder *BSG,* Urteil vom 24.04.2008 – B 9/9a SB 10/06 R, juris-Rn. 25; das *BVerfG* kritisiert diesen Umstand zwar, hält ein Eingreifen jedoch nicht für angezeigt, solange sich das *BSG* nicht strikt an die AHP gebunden sehe und diese einer richterlichen Kontrolle unterziehe, wenn dies in Bezug auf verfassungsrechtliche Fragen erforderlich sei (*BVerfG,* Kammerbeschluss vom 06.03.1995 – 1 BvR 60/95, juris-Rn. 7).

1062 Beispielsweise: *Dau*, jurisPR-SozR 4/2009, Anm. 4.

1063 § 30 Abs. 17 BVG: Eingefügt durch Art. 1 Nr. 32 Buchstabe i durch Gesetz vom 13.12.2007 (BGBl. I, S. 2904), mit Wirkung vom 21.12.2007; § 30 Abs. 16 BVG: Eingefügt durch Art. 1 Nr. 16 Buchstabe e und f durch Gesetz vom 20.6.2011 (BGBl. I, S. 1114), mit Wirkung vom 01.07.2011.

1064 Vierzehntes Buch Sozialgesetzbuch – Soziale Entschädigung – vom 12.12.2019 (BGBl. I, S. 2652), zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 17.06.2024 (BGBl. I, Nr. 195).

1065 Verordnung zur Durchführung des § 1 Abs. 1 und 3, des § 30 Abs. 1 und des § 35 Abs. 1 des BVG vom 10.12.2008 (BGBl. I, S. 2412), zuletzt geändert durch Art. 2 der Verordnung vom 19.06.2023 (BGBl. 2023 I, Nr. 158).

1066 *BSG,* Urteil vom 11.08.2015 – B 9 SB 2/14 R, juris-Rn. 11 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sche Grundsätze enthält und die vorher geltenden AHP weiterentwickelt und abgelöst hat. Diese versorgungsmedizinischen Grundsätze regeln insbesondere, nach welchen Grundsätzen ein GdB gemäß § 152 Abs. 1 SGB IX und ein Grad der Schädigungsfolgen (GdS) gemäß § 5 Abs. 1 SGB XIV festzustellen ist[1067]. Gemäß § 153a SGB IX existiert seit 14.06.2023[1068] eine Norm, welche die Bildung eines unabhängigen „Sachverständigenbeirats Versorgungsmedizinische Begutachtung" beim *BMAS* zum Gegenstand hat (§ 153a Abs. 1 S. 1 SGB IX). Die Rechtsvorschrift ersetzt die §§ 3 und 4 VersMedV. Gemäß § 153a Abs. 1 SGB IX berät der Beirat das *BMAS* in versorgungsmedizinischen Angelegenheiten und bereitet die Fortentwicklung der versorgungsmedizinischen Grundsätze aus der VersMedV vor (§ 153a Abs. 1 S. 2 SGB IX). Die Zusammensetzung des Beirats regelt § 153a Abs. 2 SGB IX. Bisher war im Gremium allein ärztliche Expertise vorhanden (§ 3 VersMedV). Das Gremium bündelt fortan neben medizinischer, auch sozial- und arbeitswissenschaftliche sowie juristische Expertise[1069].

(iii) Anforderungen an antizipierte Sachverständigengutachten

α. Fachgremium

Die Voraussetzungen dafür, dass wissenschaftliche Ausarbeitungen als antizipierte Sachverständigengutachten eingestuft werden können[1070], bestehen zum einen darin, dass sie von einem Fachgremium aufgrund wissenschaftlicher Grundlage erlassen wurden. Weiterhin müssen sie ausschließlich auf der Fachkunde und Erfahrung eines sachverständigen Expertengremiums, welches sich optimalerweise aus unterschiedlichen Experten unterschiedlicher Disziplinen zusammensetzt, verabschiedet worden sein. In Bezug auf

1067 *BSG,* Urteil vom 10.07.2017 – B 9 V 12/17 B, juris-Rn. 7; *Welti,* in: von Maydell/Ruland, SRH, § 27 Rn. 239 f.; *Knickrehm,* in: Knickrehm/Rademacker, LPK-SGB XIV, § 5 Rn. 16.

1068 Eingefügt durch Art. 1 Nr. 5 des Gesetzes zur Förderung eines inklusiven Arbeitsmarkts vom 06.06.2023 (BGBl. I, Nr. 146).

1069 BT-Drs. 20/5664, S. 21; *Palsherm*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IX, 02.11.2023, § 153a Rn. 1 f. und 7 f.

1070 Die folgenden Ausführungen wurden explizit in Bezug auf die Tabellen und Empfehlungen von fachkundigen Gremien für die Einschätzung über die Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) im Unfallversicherungsrecht (MdE-Tabellen) getroffen.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das Gremium muss weiterhin sichergestellt sein, dass dessen Entscheidungen neutral und unvoreingenommen zustande kommen können.[1071]

β. Öffentliches Verfahren

Die sachverständigen Aussagen dieses besonderen Gremiums müssen weiterhin in einem öffentlich bekannten, besonderen Verfahren ausgesprochen worden sein. Dieses Verfahren muss regeln, welche Mitglieder stimmberechtigt sind und sicherstellen, dass die Entscheidungen des Fachgremiums mit der Mehrheit der Mitglieder getroffen worden sind. Dies sichert dann die Legitimation der Einschätzungen in dem Gutachten.[1072]

γ. Regelmäßige Anwendung

Zudem müssen die antizipierten Sachverständigengutachten regelmäßig angewandt sowie von Gutachtern, Verwaltungsbehörden, Versicherungsträgern, Gerichten sowie betroffenen Personen akzeptiert werden. Auch müssen antizipierte Sachverständigengutachten so konkret erstellt worden sein, dass sachverständige Personen einschätzen können, ob die im Gutachten genannten Richtwerte und Beurteilungskriterien auf den Einzelfall angewandt werden können. Weiterhin muss eine Prüfung und Überarbeitung möglich sein, ob die Richtwerte und Beurteilungskriterien der Gutachten noch dem aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstand entsprechen.[1073]

1071 *Keller,* SGb 2003, S. 254, 256 f.; ähnlich zu den Normausschüssen *des Deutschen Instituts für Normung (DIN)*: *BVerwG,* Urteil vom 22.05.1987 – 4 C 33 - 35/83, juris-Rn. 19.

1072 *Wiester,* NZS 2001, S. 630, 634; *Keller,* SGb 2003, S. 254, 257.

1073 *BSG,* Urteil vom 02.05.2001 – B 2 U 24/00 R, juris-Rn. 29 m.w.N.; *Keller,* SGb 2003, S. 254, 256 f.; *Keller*, MedSach 2006, S. 128, 129; *Bieresborn*, SGb 2016, S. 379, 381 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Beauftragung der Beweiserhebung durch Beteiligte des sozialgerichtlichen Verfahrens oder durch Beteiligte des sozialrechtlichen Verwaltungsverfahrens

Grundsätzlich ist nur das Gericht dazu ermächtigt, Beweis zu erheben.[1074] Daneben besteht jedoch die Möglichkeit der, vom Autor so bezeichneten, „nicht-gerichtlichen Beweiserhebung". Damit sind Gutachten gemäß § 109 SGG ((1)) und Verwaltungsgutachten ((2)) angesprochen. Weiterhin können Beteiligte des gerichtlichen Verfahrens ihr rechtliches Begehren mit weiterem medizinischen Sachverstand untermauern und dazu z.B. ein Privatgutachten ((3)) in Auftrag geben[1075].

(1) Gutachten gemäß § 109 SGG

Unter § 106 Abs. 3 Nr. 5, 2. Hs. SGG fallen ebenfalls Gutachten gemäß § 109 SGG.[1076] Damit ist das Gutachten nach § 109 SGG grundsätzlich ein gerichtliches Gutachten. § 109 SGG gibt der am Gerichtsverfahren beteiligten Person jedoch auf Antrag das Recht, einen bestimmten Sachverständigen mit der Anfertigung eines Gutachtens zu beauftragen, wenn das Gericht nicht in weitere Ermittlungen eintritt. Da die am Verfahren beteiligte Person nicht wie Behörden oder Versicherungsträger die Möglichkeit hat, auf medizinischen Sachverstand aus den eigenen Reihen zurückzugreifen, soll § 109 SGG diesen Umstand kompensieren. Damit schränkt die Norm in einem gewissen Umfang § 103 S. 2 SGG[1077] ein.[1078]

1074 *Müller,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 103 Rn. 28.

1075 *BSG,* Beschluss vom 23.09.1957 – 2 RU 113/57, juris-Rn. 8; *Müller,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 103 Rn. 28.

1076 *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 106 Rn. 9; *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 106 Rn. 25; zur Analyse von § 109 SGG Norm existiert eine rechtstatsächliche Dissertationsschrift von *Daniela Schweigler* (*Schweigler, Daniela,* Das Recht auf Anhörung eines bestimmten Arztes (§ 109 SGG), Baden-Baden 2013).

1077 E. I. 1.

1078 *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 109 Rn. 2; *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 118 Rn. 18; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 109 Rn. 2; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 109 Rn. 1; *Pitz*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 05.07.2022, § 109 Rn. 6; *Müller,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 109 Rn. 4, Rn. 8 und 15.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Gutachten aus dem Verwaltungsverfahren oder dem Widerspruchsverfahren (Verwaltungsgutachten)

Unter einem Verwaltungsgutachten ist ein Sachverständigengutachten zu verstehen, welches im sozialrechtlichen Verwaltungs- oder Widerspruchsverfahren im Auftrag einer öffentlichen Behörde, beispielsweise eines Versicherungsträgers, gemäß § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, Abs. 3 SGB X bzw. § 26 Abs. 1 Nr. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) eingeholt wurde.[1079] Im Krankenversicherungsrecht kann beispielsweise der Medizinische Dienst gemäß § 275 ff. SGB V zur Begutachtung beauftragt werden.

(3) Privatgutachten

Privatgutachten sind von Verwaltungsgutachten abzugrenzen.[1080] Bei Privatgutachten handelt es sich um Gutachten, welche von einem Verfahrensbeteiligten privat beauftragt und in den laufenden gerichtlichen Prozess eingebracht werden. Auch Versicherungsträger oder Behörden können in einem laufenden Gerichtsverfahren eigene medizinische Gutachten in Auftrag geben.[1081]

cc. Zwischenergebnis

In Bezug auf die Begriffsbestimmung von Beweiserhebung bzw. Beweisaufnahme wird in dieser Arbeit darauf abgestellt, ob Beweismittel vom jeweils zuständigen Gericht selbst erhoben wurden[1082] oder bereits Teil der Ermittlungen des vorangegangenen Verwaltungsverfahrens[1083], des vor-

1079 *Schnorr,* ZSR 1994, S. 403, 404; *Becker*, MedSach 2008, S. 85, 86; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 7f.; *Bieresborn,* in: Francke/Gagel/Bieresborn, Der Sachverständigenbeweis im Sozialrecht, § 2 Rn. 7.

1080 *BSG,* Urteil vom 08.12.1988 – 2/9b RU 66/87, juris-Rn. 17; *BSG,* Beschluss vom 31.05.1963 – 2 RU 231/62, juris-Rn. 7 f.; *Becker*, MedSach 2008, S. 85, 86.

1081 *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 7g; *Müller,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 103 Rn. 28; *Heß/Burmann*, NJW 2019, S. 492, 493; *Ladage*, Der Standard der sozialen Pflegeversicherung als Maßstab für Vertragsleistungen der privaten Pflegeversicherungsunternehmen, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 673, 685.

1082 Siehe: E. II. 2. a. aa.

1083 Siehe: E. II. 2. a. bb. (2).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

instanzlichen Gerichtsverfahrens oder eines anderen Gerichtsverfahrens[1084] waren und dort erhoben wurden. Auch nicht zur Beweiserhebung des Gerichts zählt, wenn die Beweiserhebung durch Beteiligte des laufenden Gerichtsverfahrens beauftragt wird[1085]. Wenn das jeweils zuständige Gericht also kein Material eigenständig erhebt, sondern Beweismittel aus dem Verwaltungsverfahren oder anderen Gerichtsverfahren in das eigene Verfahren einführt und in die Verwertung von diesen bereits erhobenen Beweisen eintritt, wird von Beweiswürdigung gesprochen[1086]. Auf die freie Würdigung von Beweisen, die Grundlagen des Urteils und die Grenzen der freien Beweiswürdigung gemäß § 128 SGG ist nachfolgend einzugehen (b.).

b. Die freie Beweiswürdigung des Gerichts, die Grundlagen des Urteils und die Grenzen der freien Beweiswürdigung gemäß § 128 SGG

Dieses Kapitel gliedert sich auf in die freie Beweiswürdigung des Gerichts gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG (aa.), die Grundlagen des Urteils gemäß § 128 Abs. 2 SGG und § 128 Abs. 1 S. 2 SGG (bb.) sowie die Grenzen der freien Beweiswürdigung (cc.). Grundsätzlich gilt § 128 SGG[1087] für das Verfahren vor den *Sozialgerichten*. Gemäß § 153 Abs. 1 SGG gilt die Vorschrift auch in der zweiten Instanz[1088].

aa. Die freie Beweiswürdigung des Gerichts gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG

(1) Tatsächliche Beweiswürdigung

(i) Definition

Gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung. Welche

1084 Siehe zu der Verwertung von Gutachten aus anderen Gerichtsverfahren durch das Gericht sogleich unten: E. II. 2. b. cc. (1) (i) β.
1085 Siehe: E. II. 2. a. bb. (1) und E. II. 2. a. bb. (3).
1086 Ähnlich: *Dreher,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 799.
1087 Die Ursprungsfassung der Rechtsvorschrift (Sozialgerichtsgesetz vom 03.09.1953 (BGBl. I, S. 1239)) gilt bis heute (*Giesbert*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 128 Rn. 1).
1088 *Sommer,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 153 Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Tatsachen[1089] letztendlich erwiesen bzw. bewiesen sind, entscheidet das Gericht also nach seiner freien Beweiswürdigung. Hierfür sind jegliche Beweise und Umstände auszuwerten.[1090] Das bedeutet, dass das Gericht feststellen muss, ob es vom Vorliegen oder Nichtvorliegen der Tatsachen überzeugt ist. Grundsätzlich gilt eine Tatsache als bewiesen, wenn hierfür Vollbeweis erbracht werden kann. Das bedeutet, dass das Gericht mit an Gewissheit grenzender Wahrscheinlichkeit vom Vorliegen der Tatsachen überzeugt sein muss. Das Vorliegen einer Tatsache muss in so hohem Maße wahrscheinlich sein, dass alle Umstände des Falles nach Abwägung des Gesamtergebnisses des Verfahrens und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sind, die volle richterliche Überzeugung zu begründen.[1091] Die Betonung liegt hier auf der richterlichen Überzeugung. Der Richter muss vom Vorliegen einer Tatsache überzeugt sein, nicht der medizinische Sachverständige.[1092] Wenn Beweise oder Informationen vom jeweiligen Tatsachengericht erhoben bzw. zusammengetragen wurden, müssen sie tatsächlich selektiert, bewertet, ausgewertet, eingeordnet, gedeutet, miteinander verknüpft und auch hinsichtlich ihrer Gewichtung gegenübergestellt werden. Die Beweiswürdigung bezieht sich also auf zuvor zusammengetragenes Erkenntnismaterial. Die Beweiswürdigung könnte also ebenso als Informationsverarbeitung angesehen werden und gehört grundsätzlich zur Tatsachenfrage[1093]. Kriterien können hierbei die Logik, die Wahrscheinlichkeit, die Plausibilität oder auch die Evidenz sein. Grundsätzlich ist der Richter frei darin, sich seine eigene Überzeugung zu bilden und die seiner Meinung nach maßgeblichen Kriterien auszuwählen.[1094] Demnach steht die

1089 C. III. 2. b. aa.

1090 *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 2 f.; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 4.

1091 *BSG,* Urteil vom 28.06.2022 – B 2 U 8/20 R, juris-Rn. 13 m.w.N.; *Kühl,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 103 Rn. 4; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 3b m.w.N.; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 128 Rn. 1; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 4; kritisch zum Maßstab der an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit: *May,* Die Revision, VI. B. Rn. 359.

1092 *Steiner,* in: Bieresborn, Einführung in die medizinische Sachverständigentätigkeit vor Sozialgerichten, 1.1 S. 35 f.

1093 *BSG,* Urteil vom 09.06.1967 – 4 RJ 109/67, juris-Leitsatz Nr. 1; *BVerwG*, Urteil vom 22.05.2019 – 1 C 10/18, juris-Rn. 28; ebenso: *EuGH,* Beschluss vom 15.12.2010 – C-156/10, C-156/10 P, juris-Orientierungssatz Nr. 1 und Entscheidungsgrund Nr. 38 m.w.N.; *Hauck*, in: Zeihe, SGG, 08/2017, § 163 Rn. 2 dd); *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 162 Rn. 2; *Henrichs,* SGb 2005, S. 608, 609; *Henke*, ZZP 1968, S. 196, 209.

1094 *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 97.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

in § 128 Abs. 1 S. 1 SGG verankerte freie Beweiswürdigung und richterliche Überzeugungsbildung der jeweils zuständigen Berufungsinstanz grundsätzlich in deren freiem Ermessen[1095].[1096]

(ii) Verhältnis verschiedener Beweismittel zueinander

Es gibt grundsätzlich keine Beweisregeln. In der Sozialgerichtsbarkeit existiert also keine Rangfolge dahingehend, dass einzelne Beweise wegen ihres höheren Beweiswerts stärker in die Beweiswürdigung einzubeziehen sind. Das Gericht kann grundsätzlich alle Beweismittel gleichwertig in die Beweiswürdigung und Überzeugungsbildung einbeziehen.[1097] Bei der Würdigung von Beweisen haben die Tatsachengerichte jedoch grundsätzlich zu beachten, dass es bestimmte mittelbare bzw. sachfernere Beweismittel mit einem geringeren Beweiswert (z.B. Vernehmungsprotokolle) und andere unmittelbare bzw. sachnähere Beweismittel mit einem höheren Beweiswert (z.B. Zeugenaussagen) gibt. Die qualitativ höherwertigen Beweise der zweiten Art sind grundsätzlich zu präferieren, um den Sachverhalt zu erforschen (materielle Beweisunmittelbarkeit[1098]). Soweit für das Gericht sachnähere Beweismittel weder vorhanden noch zugänglich sind, dürfen sachfernere Beweismittel in die Entscheidung einbezogen werden.[1099]

1095 Siehe zum Ermessen der Verwaltung: C. II. 1. c. aa.

1096 *BSG*, Urteil vom 04.06.2002 – B 2 U 16/01 R, juris-Rn. 21; *Hübschmann,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 39; *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 162 Rn. 43; *Hauck*, in: Zeihe, SGG, 08/2017, § 163 Rn. 4 aa); *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 5.

1097 *BSG*, Urteil vom 16.05.2024 – B 1 KR 40/22 R, juris-Rn. 14; *BSG,* Urteil vom 06.04.1989 – 2 RU 55/88, juris-Rn. 20; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 4a f.; *Keller,* jurisPR-SozR 1/2016, Anm. 4; *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 3 ff.; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 128 Rn. 1 f.; *Roller,* SGb 1998, S. 401, 402; *Lang,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 96 Rn. 4.

1098 *Keller,* jurisPR-SozR 23/2018, Anm. 6 m.w.N.

1099 *BVerfG,* Beschluss vom 26.05.1981 – 2 BvR 215/81, juris-Rn. 66 f.; *BSG,* Urteil vom 21.10.1998 – B 9 VG 6/97 R, juris-Rn. 16; *BVerwG,* Urteil vom 28.07.2011 – 2 C 28/10, juris-Rn. 16 f.; *BVerwG,* Beschluss vom 04.04.2008 – 8 B 115/07, juris-Rn. 7; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 4a; *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(iii) Die Feststellung von Tatsachen

α. Eigene Feststellungen des Gerichts

Die Feststellung von (Einzel-)Tatsachen[1100] bei der Prüfung von materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen durch das jeweils zuständige Gericht ist notwendiger und hinreichender Bestandteil der freien richterlichen Überzeugungsbildung.[1101] Tatsachen gelten vom Tatsachengericht in seinem Urteil als festgestellt, wenn sich das Gericht auf Grundlage der erhobenen Beweise[1102] eine eigene Überzeugung gebildet[1103] und sodann aufgrund dieser Überzeugung eigene Feststellungen getroffen hat. Nicht ausreichend ist es z.B., wenn das Tatsachengericht Aussagen von anderen am Prozess beteiligten Personen, Sachverständigen oder Zeugen lediglich referiert. Diese Aussagen sind hinsichtlich ihres Wahrheitsgehalts einzuordnen und vom Gericht in seine Überzeugungsbildung bzw. Entscheidungsfindung einzubeziehen. Das jeweils zuständige Gericht hat deutlich zu machen, von welchem Sachverhalt bei der Subsumtion ausgegangen wird.[1104] Wenn das Gericht keine eigenen Feststellungen trifft, ist § 128 Abs. 1 S. 1 SGG verletzt.[1105]

β. Ort der Tatsachenfeststellungen

Fraglich ist, an welcher Stelle im Urteil sich die Tatsachenfeststellungen des Gerichts zu befinden haben. Gemäß § 136 Abs. 1 Nr. 5 SGG enthält das Urteil die gedrängte Darstellung des Tatbestands und gemäß § 136 Abs. 1

1100 C. III. 2. b. aa.

1101 *Giesbert*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 128 Rn. 20; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 64; *Hauck,* in: Hennig, SGG, Band 3, 12/2018, § 163 Rn. 18.

1102 Siehe: E. II. 2. a.

1103 Siehe: E. II. 2. b. aa.

1104 *BSG,* Urteil vom 16.03.2021 – B 2 U 11/19 R, juris-Rn. 16; *BSG,* Urteil vom 22.06.2005 – B 12 RA 14/04 R, juris-Rn. 12; *BSG,* Urteil vom 26.10.2004 – B 2 U 16/04 R, juris-Rn. 19 ff.*; BSG,* Urteil vom 15.02.2005 – B 2 U 1/04 R, juris-Rn. 17; *Berchtold,* in: Berchtold/Karmanski/Richter, Prozesse in Sozialsachen, § 8 Rn. 257; *Henrichs,* SGb 2005, S. 608, 608 f.; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 163 Rn. 8; *Giesbert*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 128 Rn. 20; *Neumann/Korbmacher,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 137 Rn. 136.

1105 *BSG,* Urteil vom 26.10.2004 – B 2 U 16/04 R, juris-Rn. 19 ff.; *Henrichs,* SGb 2005, S. 608, 608 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nr. 6 SGG die Entscheidungsgründe. Aus der Darstellung gemäß § 136 Abs. 1 Nr. 5 SGG muss in knapper und gedrängter Form ersichtlich werden, welcher Sachverhalt der rechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt wird. Die Information gemäß § 136 Abs. 1 Nr. 6 SGG dient der Inkenntnissetzung der Verfahrensbeteiligten über die Tatsachenfeststellungen, Erkenntnisse und rechtlichen Erwägungen des entscheidenden Gerichts[1106]. Die durch das Tatsachengericht festgestellten Tatsachen sind im Urteil also einerseits im Tatbestand gemäß § 136 Abs. 1 Nr. 5 SGG und/oder in den Entscheidungsgründen gemäß § 136 Abs. 1 Nr. 6 SGG zu finden.[1107] Darüber hinaus ist denkbar, dass sich die Tatsachenfeststellungen ebenso aus der Sitzungsniederschrift (§ 122 SGG i.V.m. §§ 159-165 ZPO) der jeweiligen Vorinstanz ergeben (§ 202 S. 1 SGG i.V.m. § 559 Abs. 1 S. 1 ZPO) oder aus Schriftstücken oder Unterlagen, welche Gegenstand der angefochtenen Entscheidung waren, hervorgehen.[1108] In der vorliegenden Arbeit wird jedoch die Ansicht bevorzugt, welche in Verfahren mit Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 103 SGG[1109] die Tatsachenfeststellungen in den Entscheidungsgründen verortet.[1110] So ist das Gericht gemäß § 103 S. 2 SGG an das Vorbringen und die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden. Das Gericht muss sich gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG auch bei unstrittigen vorgebrachten Tatsachen eine eigenständige Überzeugung vom Vorliegen oder Nicht-Vorliegen der betreffenden Tatsachen bilden.[1111] Entweder hat das Gericht eigene Feststellungen zu treffen[1112] oder in den Entscheidungsgründen mit einem Ver-

1106 *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 136 Rn. 6 f. m.w.N.; *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 136 Rn. 14 und 17 ff.

1107 *Schmidt*, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 3; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 163 Rn. 9; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 451; *Hübschmann,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 97.

1108 *BSG*, Urteil vom 06.10.2011 – B 9 SB 7/10 R, juris-Rn. 20; *BSG*, Urteil vom 18.01.2011 – B 4 AS 14/10 R, juris-Rn. 19; *BSG*, Beschluss vom 09.04.2014 – B 14 AS 293/13 B, juris-Rn. 7; *BVerwG*, Urteil vom 23.09.1969 – II C 25.66, juris-Orientierungssatz Nr. 1, 2. Absatz; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 451; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 12; *Henrichs*, SGb 2005, S. 608, 609; *Schmidt*, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 4; *Neumann/Korbmacher,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 137 Rn. 137.

1109 Siehe: E. I. 1.

1110 *Berchtold,* in: Berchtold/Karmanski/Richter, Prozesse in Sozialsachen, § 8 Rn. 249; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 5; *Henrichs*, SGb 2005, S. 608, 609; ebenso in diese Richtung deutend: *BSG*, Urteil vom 16.03.2021 – B 2 U 11/19 R, juris-Rn. 16.

1111 *BSG*, Urteil vom 22.03.2018 – B 5 RE 5/16 R, juris. Rn. 62 f.

1112 E. II. 2. b. aa. (1) (iii) α.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weis auf den Tatbestand darzulegen, dass es der schlüssigen Angaben der Beteiligten folgt.[1113] Damit zusammenhängend sind die Ausführungen im Tatbestand vordergründig nicht als die Feststellungen des entscheidenden Gerichts zu sehen. Im Tatbestand sind insbesondere die Anträge der Beteiligten zum Streitgegenstand, deren wiedergegebenen Rechtsansichten oder tatsächlichen Behauptungen sowie die Chronologie des Rechtsstreits zu finden.[1114]

(2) Rechtliche Beweiswürdigung (Subsumtion im engeren Sinne)

Unter rechtlicher Beweiswürdigung ist zu verstehen, dass der tatsächlich gewürdigte bzw. festgestellte Sachverhalt im Hinblick auf die im Einzelfall einschlägige Norm oder die einschlägigen Normen rechtlich gewürdigt wird. Der Sachverhalt mit seinen Beweisen und Tatsachen wird also dem ausgelegten Rechtsbegriff zugeordnet, er wird rechtlich gewürdigt.[1115] Die tatsächliche Beweiswürdigung geht also in die rechtliche Beweiswürdigung über, welche die Subsumtion (Rechtsfrage[1116]) darstellt.

bb. Die Grundlagen des Urteils

(1) Rechtliches Gehör gemäß § 128 Abs. 2 SGG

Anknüpfend an das oben zu Art. 103 Abs. 1 GG Gesagte[1117], ist die Umsetzung dieses verfassungsrechtlich verbürgten Rechts auf rechtliches Gehör im sozialgerichtlichen Verfahrensrecht in § 128 Abs. 2 SGG zu beleuchten.

1113 *BSG*, Urteil vom 13.05.2009 – B 4 AS 58/08 R, juris. Rn. 12 f. (vorgehend: *LSG Nordrhein-Westfalen,* Urteil vom 21.04.2008 – L 20 AS 7/07, juris-Rn. 15 und 22).
1114 *Berchtold,* in: Berchtold/Karmanski/Richter, Prozesse in Sozialsachen, § 8 Rn. 249.
1115 *Kuchinke*, Grenzen und Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 117 und 222; *Ott*, Die Methode der Rechtsanwendung, S. 96 („rechtliche Beurteilung des Sachverhalts").
1116 C. III. 2. a. bb. (2).
1117 B. II. 4. b.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(i) Anwendungsbereich von § 128 Abs. 2 SGG

Der Grundsatz auf Gewährung rechtlichen Gehörs wird in verschiedenen Normen des sozialrechtlichen Prozessrechts aufgegriffen. Auch in anderen Verfahrensordnungen findet er einfachgesetzlich seinen Platz. So z.B. in § 108 Abs. 2 VwGO[1118], in § 33 Strafprozessordnung (StPO[1119])[1120] oder in § 139 Abs. 1-3 ZPO[1121]. Im Sozialrecht ist der Grundsatz insbesondere in den §§ 62 und 128 Abs. 2 SGG normiert. § 62, 1. Hs. SGG besagt, dass den Beteiligten vor jeder Entscheidung rechtliches Gehör zu gewähren ist. § 128 Abs. 2 SGG konkretisiert § 62 SGG und ist gleichzeitig eine Folge aus diesem, wenn § 128 Abs. 2 SGG fordert, dass das Urteil nur auf Tatsachen und Beweisergebnisse gestützt werden darf, zu denen sich die Beteiligten äußern konnten[1122]. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs sichert den Beteiligten ein Recht auf Information hinsichtlich einer beabsichtigten Beweisaufnahme[1123] sowie deren Ergebnissen vor einer bzw. bis zu einer gerichtlichen Entscheidung, also in der Regel vor oder in der mündlichen Verhandlung[1124]. Die Verfahrensbeteiligten können zu den dem Prozess zugrunde liegenden Tatsachen nur Stellung beziehen, also gehört werden, wenn das Gericht die erhobenen Beweise offenlegt. Für eine solche Stellungnahme ist den Beteiligten ausreichend Zeit einzuräumen.[1125] Dazu gehört insbesondere, dass den Beteiligten die Möglichkeit eingeräumt wird, in die Unterlagen, wie z.B. Akten, Sachverständigengutachten, schriftliche

1118 *Rixen,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 108 Rn. 175 ff.

1119 Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 07.04.1987 (BGBl. I, S. 1074, 1319), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes vom 07.11.2024 (BGBl. I, Nr. 351).

1120 *Valerius,* in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 1, § 33 Rn. 1 ff.

1121 *Stadler*, in: Musielak, ZPO, § 139 Rn. 19; *von Selle,* in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 139 Rn. 44 ff.

1122 Ebenso in Bezug auf Art. 103 Abs. 1 GG: *BVerfG*, Stattgebender Kammerbeschluss, vom 17.09.2020 – 2 BvR 1605/16, juris-Rn. 15, *BVerfG*, Urteil vom 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02, juris-Rn. 135 und *BGH,* Beschluss vom 27.01.2022 – III ZR 195/20, juris-Rn. 8.

1123 E. II. 2. a.

1124 *BSG*, Beschluss vom 05.08.2004 – B 13 RJ 206/03 B, juris-Rn. 6; *BSG*, Urteil vom 22.09.1977 – 10 RV 79/76, juris-Rn. 12.

1125 *BVerfG*, Beschluss, vom 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, juris-Rn. 42; *BSG*, Urteil vom 19.12.2017 – B 1 KR 19/17 R, juris-Rn. 11; *BSG*, Urteil vom 19.03.1991 – 2 RU 33/90, juris-Rn. 33 f.; *Mink,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 62 Rn. 2; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 62 Rn. 2; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 17; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 128 Rn. 7; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 68.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zeugenaussagen, Befundberichte oder Auskünfte, Einsicht zu nehmen, die das Gericht in den Prozess eingeführt hat und die die Grundlage der richterlichen Entscheidung bilden.[1126] Die Überprüfung, ob den Beteiligten eines Rechtsstreits rechtliches Gehör gewährt wurde, erfolgt insbesondere anhand des jeweiligen Urteils, aber z.B. auch anhand des Sitzungsprotokolls (§ 122 SGG i.V.m. §§ 159-165 ZPO), der Verwaltungs- und Gerichtsakten oder der im jeweiligen Verwaltungsverfahren bzw. der im jeweiligen Klage- und Berufungsverfahren eingeholten Gutachten.[1127]

(ii) Verhältnis von § 128 Abs. 2 zu § 128 Abs. 1 S. 1 SGG

§ 128 Abs. 2 SGG bezieht sich auf die tatsächlichen Grundlagen des Urteils, also auf die erhobenen Beweise. Die freie tatrichterliche Beweiswürdigung gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG[1128] ist demnach nicht von § 128 Abs. 2 SGG umfasst. Weder im Verfassungsrecht (Art. 103 Abs. 1 GG) noch im sozialrechtlichen Verfahrensrecht existiert eine Norm, welche regelt, dass die Erwägungen für die richterliche Überzeugungsbildung durch das Gericht vorab kommuniziert werden müssen. Das Gericht ist lediglich dazu verpflichtet, die tatsächlichen Grundlagen aufzuzeigen, nicht aber wie es plant, diese zu würdigen. Das gilt ausnahmsweise nicht, wenn die vom Tatsachengericht beabsichtigte Beweiswürdigung eine überraschende Wende für das Verfahren bedeuten würde.[1129] Ebenso bezieht sich § 128 Abs. 2 SGG grundsätzlich nicht auf die rechtliche Beweiswürdigung[1130] des Gerichts. So ist die Rechtsauffassung des jeweils zuständigen Gerichts bzw. die Beurteilung der

1126 *BSG*, Urteil vom 19.12.2017 – B 1 KR 19/17 R, juris-Rn. 11; *Haupt,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 128 Rn. 11; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 128 Rn. 7.

1127 In Bezug auf die Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäß § 128 Abs. 2 SGG i.V.m. Art. 103 Abs. 1 GG durch die Berufungsinstanz, z.B.: *BSG,* Urteil vom 05.03.2002 – B 2 U 27/01 R, juris-Rn. 20 f.

1128 E. II. 2. b. aa. (1).

1129 *BSG,* Urteil vom 04.09.2013 – B 12 KR 13/11 R, juris-Rn. 15 m.w.N.; *BSG*, Urteil vom 19.12.2017 – B 1 KR 19/17 R, juris-Rn. 11; *BSG,* Beschluss vom 02.11.2011 – B 12 KR 34/11 B, juris-Rn. 8 m.w.N.; *BSG,* Beschluss vom 05.03.2007 – B 4 RS 58/06 B, juris-Rn. 9; *BSG*, Urteil vom 30.10.2014 – B 5 R 8/14 R, juris-Rn. 23; *BSG,* Beschluss vom 17.10.2006 – B 1 KR 104/06 B, juris-Rn. 9 m.w.N.; *BSG*, Beschluss vom 21.09.2006 – B 12 KR 24/06 B, juris-Rn. 9 m.w.N.; *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 27; *Haupt,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 128 Rn. 12; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 128 Rn. 7; in Bezug auf Art. 103 Abs. 1 GG: *BVerfG*, Urteil, vom 18.07.1997 – 1 BvR 1934/93, juris-Rn. 52.

1130 E. II. 2. b. aa. (2).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

in Streit stehenden Rechtsfrage nicht Gegenstand von § 128 Abs. 2 SGG[1131]. Hiervon gibt es auch eine Ausnahme: Wenn das Gericht ohne vorherigen Hinweis auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellt, von dem ein gewissenhafter und kundiger Verfahrensbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen überrascht würde, kann dies einer Verhinderung einer Äußerung zur Rechtslage gleichkommen. Das Gericht darf deshalb insbesondere keine Rechtsaufassung vertreten, welche bisher weder in der Rechtsprechung noch Literatur diskutiert wurde.[1132]

(2) Begründungspflicht gemäß § 128 Abs. 1 S. 2 SGG

(i) Anwendungsbereich von § 128 Abs. 1 S. 2 SGG

Die in § 128 Abs. 1 S. 2 SGG normierte Begründungspflicht besagt, dass das jeweils zuständige Tatsachengericht die bereits abgeschlossene Überzeugungsbildung des Gerichts nach § 128 Abs. 1 S. 1 SGG in dem schriftlichen Urteil zu begründen hat. Das Gericht hat demnach die tragenden Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung bzw. die jeweilige Entscheidung leitend gewesen sind. Damit konkretisiert § 128 Abs. 1 S. 2 SGG § 136 Abs. 1 Nr. 6 SGG.[1133] Fraglich ist, ob sich § 128 Abs. 1 S. 2 SGG lediglich auf die Tatsachen und Beweisergebnisse oder auch auf die rechtlichen

1131 Diese Auslegung, dass sich der Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht auf Rechtsfragen bezieht, gilt ebenso in Bezug auf § 62 SGG (*Littmann,* in: Berchtold, SGG, § 62 Rn. 5).

1132 *BSG,* Urteil vom 04.09.2013 – B 12 KR 13/11 R, juris-Rn. 15 m.w.N.; *BSG,* Beschluss vom 17.10.2006 – B 1 KR 104/06 B, juris-Rn. 9; *BSG*, Beschluss vom 05.08.2004 – B 13 RJ 206/03 B, juris-Rn. 6; *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 27; *Haupt,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 128 Rn. 10; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 128 Rn. 7; in Bezug auf das Verwaltungsrecht: *Schenke,* in: Kopp, VwGO, § 108 Rn. 21; in Bezug auf Art. 103 Abs. 1 GG: *BVerfG*, Urteil vom 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02, juris-Rn. 135; *BVerfG*, Beschluss vom 19.05.1992 – 1 BvR 986/91, juris-Rn. 36, *BVerfG*, Beschluss vom 29.05.1991 – 1 BvR 1383/90, juris-Rn. 7, *BVerfG*, Urteil vom 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97, juris-Rn. 162 oder *BVerfG*, Urteil, vom 18.07.1997 – 1 BvR 1934/93, juris-Rn. 5; siehe zu weiteren Beispielen von Gehörsverletzungen: *Groth,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III. Kapitel Rn. 24 f.

1133 *Giesbert*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 128 Rn. 83; *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 26; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 136 Rn. 7; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 16; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 128 Rn. 8; *Hübschmann,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 6 und 93; *Haupt,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 128 Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gründe bezieht.[1134] § 128 Abs. 1 S. 2 SGG spricht insofern von „Gründen". Darunter sind die tatsächlichen, aber auch die rechtlichen Gründe einer gerichtlichen Entscheidung zu verstehen. Das Gericht hat also aus tatsächlicher Sicht den Sachverhalt, welcher der rechtlichen Beurteilung unterworfen wird, und die rechtlichen Gründe bzw. Erwägungen, auf welchen die Entscheidung beruht, anzugeben. Weiterhin muss aus dem Urteil deutlich werden, dass das Gericht die Tatsachenfeststellungen[1135] gewürdigt hat.[1136] Der Erkenntnis- bzw. Beweiswürdigungsprozess muss nachvollziehbar und logisch korrekt dargestellt werden. Wenn nicht rechtlich korrekt begründet wird, handelt es sich um eine Verletzung von § 128 Abs. 1 S. 2 SGG und damit von einer Norm des formellen Rechts.[1137] In den Entscheidungsgründen[1138] muss also nicht nur deutlich werden, welcher Tatsachenstoff der Entscheidung zugrunde liegt und welche Tatsachenfeststellungen getroffen wurden (tatsächliche Würdigung[1139]), sondern auch, in welchem Bezug die Tatsachenfeststellungen zu den im Einzelfall angewendeten Normen bzw. zu den ausgelegten Rechtsbegriffen stehen (rechtliche Würdigung i.S.v. Subsumtion[1140]).[1141] Dazu muss auch, jedenfalls wenn es darauf ankommt, die Offenlegung der jeweiligen Auslegungsmethoden[1142] und einer ggf. notwen-

1134 Diese These aufwerfend: *Hübschmann,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 94 m.w.N.; so wohl: *BSG,* Urteil vom 09.06.1967 – 4 RJ 109/67, juris-Leitsatz Nr. 1.

1135 C. III. 2. b. und E. II. 2. b. aa. (1) (iii).

1136 *BSG,* Beschluss vom 24.02.2010 – B 13 R 547/09 B, juris-Rn. 10*; BSG*, Beschluss vom 26.5.2011 – B 11 AL 145/10 B, juris-Rn. 3; *BSG,* Urteil vom 26.10.2004 – B 2 U 16/04 R, juris-Rn. 20; *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 26; *Haupt,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 128 Rn. 12; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 1 und 16; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 128 Rn. 8.

1137 *Grave/Mühle,* MDR 1975, S. 274, 276.

1138 A.A.: *Hübschmann,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 97, welcher die Begründungspflicht des Gerichts gemäß § 128 Abs. 1 S. 2 SGG in Bezug auf den entscheidungserheblichen Sachverhalt auch im Tatbestand gemäß § 136 Abs. 1 Nr. 5 SGG verortet.

1139 Siehe: E. II. 2. b. aa. (1).

1140 Siehe: E. II. 2. b. aa. (2).

1141 *BSG*, Beschluss vom 26.05.2011 – B 11 AL 145/10 B, juris-Rn. 3; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 1; *Humpert,* in: Jansen, SGG, § 128 Rn. 26; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 128 Rn. 8; *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 26; *Henrichs,* SGb 2005, S. 608, 609; *Hübschmann,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 98; *Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 156.

1142 C. II. 1. b. cc.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

digen Auslegungsrangfolge[1143] gehören. In Bezug auf das Einbringen von neuem Tatsachenmaterial oder Beweisanträgen von Beteiligten gilt, dass das Gericht gemäß § 103 S. 2 SGG daran grundsätzlich nicht gebunden ist[1144]. Jedoch muss das Gericht, wenn es dem Vorbringen oder einem Beweisantrag nicht folgt, den Beteiligten hierfür eine Begründung liefern[1145]. Insgesamt muss das Gericht nicht auf sämtliche Einzelfragen Bezug nehmen oder zu Fragen Stellung beziehen, welche nicht entscheidungsrelevant sind. Insofern genügt die Darstellung der Leitgedanken bzw. der entscheidungserheblichen Gesichtspunkte[1146]. Aus dem Gesagten ergibt sich aus theoretischer Sicht, dass die Begründungspflicht des § 128 Abs. 1 S. 2 SGG der Gewährleistung rechtlichen Gehörs gemäß § 128 Abs. 2 SGG[1147] nachgeordnet ist[1148]. Weiterhin normiert die Begründungspflicht gemäß § 128 Abs. 1 S. 2 SGG den Gedanken der Begründung des Vorgangs der produktiven Rechtsnormerzeugung bzw. einer gerichtlichen Entscheidung[1149] im sozialrechtlichen Verfahrensrecht.

(ii) Adressaten von § 128 Abs. 1 S. 2 SGG

Recht wird von Menschen gesprochen. Rechtsprechung ist deshalb subjektiv und von den Vorstellungen und Wertungen der jeweiligen Richter geprägt. Nur wenn diese Vorstellungen und Wertungen im Sinne der Begründungspflicht in den Entscheidungsgründen offengelegt werden, kann darauf von Verfahrensbeteiligten, nachgehenden Gerichten oder der Rechtswissenschaft reagiert werden.[1150] So verfolgt die Begründungspflicht des

1143 C. II. 1. b. ee.
1144 E. I. 1.
1145 *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 103 Rn. 12 ff.
1146 *BSG,* Beschluss vom 24.02.2010 – B 13 R 547/09 B, juris-Rn. 10; *BSG,* Urteil vom 25.11.1998 – B 6 KA 51/98 B, juris-Rn. 6; *BSG,* Urteil vom 24.09.2003 – B 8 KN 6/02 B, juris-Rn. 7; *BSG*, Beschluss vom 17.02.2016 – B 6 KA 50/15 B, juris-Rn. 9; *BSG*, Urteil vom 20.10.2004 – B 5 RJ 48/03 R, juris-Rn. 26 f.; *BVerwG*, Beschluss vom 12.03.2014 – 5 B 48/13, juris-Rn. 22; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 16; *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 26; *Hübschmann,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 102.
1147 E. II. 2. b. bb. (1).
1148 *Haupt,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 128 Rn. 12.
1149 Siehe: C. II. 2. b. bb.
1150 *Flint*, Das Bundessozialgericht als Akteur im Gesundheitsrecht, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S. 429, 439; in Bezug auf die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen und die dadurch sichergestellte Gesetzestreue der Richterschaft:

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG den Sinn und Zweck, die Verfahrensbeteiligten zu informieren, damit diese das Urteil überprüfen und die Einlegung von Rechtsmittel dagegen prüfen können. Damit zusammenhängend hat die Begründungspflicht auch den Sinn und Zweck, die Fremdkontrolle durch die Revisionsinstanz zu erleichtern, indem die Beweiserhebung[1151], die freie richterliche Beweiswürdigung[1152] und etwaige Rechtsverletzungen[1153] überprüft werden können.[1154] Darüber hinaus stellt die Begründungspflicht eine Informationsfunktion für die Rechtswissenschaft dar, damit diese die Rechtsprechung analysieren und kritisch würdigen kann.[1155] In dieser Arbeit wird eine Ansicht vertreten, welche die Begründungspflicht eines Gerichts i.S.v. § 128 Abs. 1 S. 2 SGG dem Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG[1156] entnimmt. Das wird später zu zeigen sein.

cc. Grenzen der freien Beweiswürdigung

Wie bereits aufgeführt, steht die freie (tatsächliche) Beweiswürdigung und Überzeugungsbildung gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG im Ermessen des Tatsachengerichts[1157], sie hat jedoch Grenzen, welche vom *BSG* in einem Revisionsverfahren überprüft werden können.[1158] Die Überprüfung der Tatsachenfeststellungen[1159] des vorentscheidenden *LSG* an sich ist dem *BSG* gemäß § 163, 1. Hs. SGG komplett entzogen[1160]. Wenn dem Berufungsgericht jedoch beim Feststellen von Tatsachen Fehler unterlaufen bzw., wenn die Art und Weise des Zustandekommens von Tatsachenfeststellungen, also deren Erhebung, Würdigung und Feststellung, dem formellen Beweisrecht

---

Eichenhofer, SGb 1994, S. 206, 207, mit Verweis auf *Rheinstein*, JuS 7/1974, S. 409, 412.

1151 E. II. 2. a.

1152 E. II. 2. b. aa.

1153 C. II. 1. d.

1154 *Henrichs,* SGb 2005, S. 608, 609; *Hübschmann,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 98.

1155 A. IV. 1.

1156 B. II. 4. a.

1157 E. II. 2. b. aa. (1) (i).

1158 *BSG*, Urteil vom 30.10.2014 – B 5 R 8/14 R, juris-Rn. 24; *Hauck*, in: Zeihe, SGG, 08/2017, § 163 Rn. 2 dd) und 4 aa); *Giesbert*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 128 Rn. 15; *Haueisen,* NJW 1959, S. 1348, 1348.

1159 C. III. 2. b. und E. II. 2. b. aa. (1) (iii).

1160 Siehe bereits einleitend A. I. und sodann dezidiert unten: E. III. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

widerspricht (Feststellungsfehler oder Fehler im Untersatz[1161]), kann dies vom Revisionsgericht kontrolliert werden. Hierbei handelt es sich also um Rechtsfragen.[1162] Das betrifft Fälle, in denen insbesondere gegen § 128 Abs. 1 SGG verstoßen wird, wenn also die Ermessensgrenzen der freien Beweiswürdigung durch das jeweilige *LSG* überschritten werden. Zu diesen Grenzen gehören die gesetzlichen Beweisregeln ((1)), die Denkgesetze ((2)), die Naturgesetze ((3)) sowie die Erfahrungssätze ((4)). Weiterhin kann überprüft werden, ob das Berufungsgericht gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG eigene Feststellungen getroffen[1163] und das Gesamtergebnis des Verfahrens ausreichend und umfassend berücksichtigt hat ((5)).[1164] Auch die Begründungspflicht gemäß § 128 Abs. 1 S. 2 SGG[1165] stellt eine Grenze der freien Beweiswürdigung gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG dar. Die Gewährung rechtlichen Gehörs gemäß § 128 Abs. 2 SGG ist nur als Grenze von § 128 Abs. 1 S. 1 SGG zu sehen, wenn die Beweiswürdigung für die Beteiligten überraschend ist[1166].

1161 Siehe zu Rechtsanwendungsfehlern: C. II. 1. d.

1162 *BSG,* Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 12 m.w.N.*; BSG,* Beschluss vom 23.02.2017 – B 5 SF 5/16 AR, juris-Rn. 16 f. m.w.N.; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 6; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 162 Rn. 26; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 6 Rn. 8; *Haueisen,* NJW 1959, S. 1348, 1348.

1163 E. II. 2. b. aa. (1) (iii).

1164 Ständige Rechtsprechung: *BSG,* Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 12, *BSG,* Beschluss vom 23.02.2017 – B 5 SF 5/16 AR, juris-Rn. 17, *BSG*, Urteil vom 30.10.2014 – B 5 R 8/14 R, juris-Rn. 24, *BSG,* Urteil vom 02.04.2009 – B 2 U 7/08 R, juris-Rn. 24, *BSG*, Urteil vom 04.06.2002 – B 2 U 16/01 R, juris-Rn. 21, *BSG,* Urteil vom 07.02.2002 – B 7 AL 102/00 R, juris-Rn. 34 m.w.N., *BSG,* Urteil vom 18.11.2008 – B 2 U 27/07 R, juris-Rn. 21, *BSG*, Urteil vom 27.08.2009 – B 13 R 101/08 R, juris-Rn. 15 m.w.N., *BSG,* Urteil vom 11.08.2015 – B 9 SB 1/14 R, juris-Rn. 26 m.w.N.*, BSG,* Urteil vom 27.05.1959 – 9 RV 428/56, juris-Rn. 6, *BSG,* Urteil vom 10.12.1957 – 2 RU 270/55, juris-Rn. 24; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 10 ff. m.w.N.; *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 5 f.; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 128 Rn. 2; *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 162 Rn. 43; *Hübschmann,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 39; *Giesbert*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 128 Rn. 15 m.w.N.; *Hauck*, in: Zeihe, SGG, 08/2017, § 163 Rn. 2 dd) m.w.N. und 4 aa) m.w.N.; *Groth,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III. Kapitel Rn. 162 f.; *Bieresborn*, SGb 2016, S. 310, 311.

1165 E. II. 2. b. bb. (2).

1166 *Hufen,* Verwaltungsprozessrecht, § 37 Rn. 20; siehe ebenso: E. II. 2. b. bb. (1) (ii).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(1) Gesetzliche Beweisregeln

Das Tatsachengericht hat das jeweilige Beweismittel als den Beweis in die Beweiswürdigung einzubeziehen, der er ist.[1167] Gesetzliche Beweisregeln hierzu sind in den §§ 118, 122 und 202 SGG zu finden, welche auf einzelne Vorschriften der ZPO verweisen.[1168] So sind z.B. in § 118 Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. § 402 ff. ZPO Regelungen zur Beweiskraft von gerichtlichen (medizinischen) Sachverständigengutachten ((i)) und in § 118 Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. §§ 415-419 ZPO Regelungen zur Beweiskraft von Urkunden ((ii) und (iii)) zu finden.

(i) Beweiskraft von gerichtlichen (medizinischen) Sachverständigengutachten

α. Besonderheiten des Sachverständigenbeweises

Gerichtliche (medizinische) Sachverständigengutachten[1169] sind als Sachverständigenbeweis gemäß § 118 Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. § 402 ff. ZPO zu würdigen.[1170] Hinsichtlich der Würdigung solcher Gutachten muss zum Ausdruck kommen, dass das Gericht das Gutachten kritisch gewürdigt und dessen Ergebnisse nicht einfach übernommen hat. Wenn ein Gutachten nach kritischer Würdigung als überzeugend eingestuft wird, kann auf die Einholung weiterer Gutachten verzichtet werden. Wenn sich ein Gutachten jedoch inhaltlich widerspricht, ist das Gericht nicht dazu befugt, sich über diese Widersprüche durch eine eigene Interpretation hinwegzusetzen[1171]. Notwendig ist in einem solchen Fall, dass sich das Gericht durch weitere Ermittlungen Klarheit verschafft.[1172] Eine Abweichung von einem medizinischen bzw. Hinwegsetzung über ein medizinisches Sachverständigengutachten durch das Gericht aufgrund eigener Sachkunde[1173] ist denkbar. Dies

1167 *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 4; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 15a.
1168 *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 4b; *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 5.
1169 E. II. 2. a. aa. (5).
1170 *BSG,* Urteil vom 07.05.2019 – B 2 U 25/17 R, juris-Rn. 14.
1171 *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 103 Rn. 38.
1172 *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 7 und 7a.
1173 Siehe zum Verzicht des Gerichts auf Einholung eines Gutachtens aufgrund eigener Sachkunde: E. II. 2. a. aa. (5) (ii).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist jedoch nur möglich, wenn das Gericht die Beteiligten über das Bestehen und den Umfang der eigenen Sachkunde informiert (§ 128 Abs. 2 SGG) und in den Entscheidungsgründen dargelegt hat, was die Grundlage (z.B. Fachliteratur) dieser Sachkunde ist (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG). Eine solche Konstellation ist jedoch in der Praxis bei komplexen sozialmedizinischen Fragstellungen unwahrscheinlich. Das Gericht verletzt den Grundsatz des rechtlichen Gehörs bzw. überschreitet die Grenzen der freien Beweiswürdigung also, wenn es von einem medizinischen Sachverständigengutachten abweicht und darüber nicht ausreichend informiert bzw. dies nicht ausreichend begründet.[1174]

β. Gutachten aus einem anderen Gerichtsverfahrens gemäß § 118 Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. § 411a ZPO

Das jeweils zuständige Gericht kann auch gemäß § 118 Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. § 411a ZPO gerichtliche oder staatsanwaltschaftlich eingeholte Gutachten, welche in einem anderen Gerichtsverfahren eingeholt wurden, als Sachverständigenbeweis auswerten und die eigene schriftliche Begutachtung dadurch ersetzen. Mit einem anderen Verfahren sind alle gerichtlichen Verfahren vor Fachgerichten der Sozialgerichtsbarkeit, also auch die gerichtliche Vorinstanz, aber auch Gerichtsverfahren einer anderen Gerichtsbarkeit[1175] gemeint.[1176] Schriftliche Gutachten aus anderen Verwaltungsverfahren fallen nicht unter die Vorschrift. Das ist damit zu begrün-

1174 *BSG,* Urteil vom 18.01.2011 – B 2 U 5/10 R, juris-Rn. 26; *BSG,* Urteil vom 10.12.1987 – 9a RV 36/85, juris-Rn. 12; *BSG,* Urteil vom 05.03.2002 – B 2 U 27/01 R, juris-Rn. 20 f.; *Hübschmann,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 101 und 127; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 7 und 16; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 62 Rn. 9b; *Rixen,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 108 Rn. 29 m.w.N.; *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 26.

1175 Zur Beachtung der besonderen Grundsätze anderer Gerichtsbarkeiten, z.B. der Sozialgerichtsbarkeit: *OLG Köln,* Beschluss vom 05.05.1998 – 13 U 208/97, juris-Rn. 2.

1176 *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 117 Rn. 6 m.w.N.; *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 118 Rn. 18; *Groth,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III. Kapitel Rn. 40 und 55; *Röß,* in: Musielak, ZPO, § 411a Rn. 3 und 5; *Thönissen/Scheuch,* in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 411a Rn. 5 ff.; *Hübschmann,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 75; *Siebert,* in: Saenger, ZPO, § 411a Rn. 2; *Greger,* in: Zöller, ZPO, § 411a Rn. 2; *Völzmann-Stickelbrock*, ZZP 2005, S. 359, 379 f.; *Saenger*, ZZP 2008, S. 139, 156; *Heß/Burmann*, NJW 2019, S. 492, 493 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den, dass der Sinn und Zweck der Norm darin besteht, die eigene schriftliche Begutachtung durch das entscheidende Gericht durch ein früheres gerichtliches Gutachten, welches entsprechend den §§ 402 ff. ZPO erhoben wurde, zu ersetzen.[1177]

(ii) Beweiskraft von Gutachten aus dem Verwaltungsverfahren oder dem Widerspruchsverfahren (Verwaltungsgutachten)

α. Besonderheiten des Urkundenbeweises

Die §§ 415, 417 und 418 ZPO enthalten Regelungen zur Beweiskraft öffentlicher Urkunden.[1178] Urkunden begründen gemäß § 118 Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. § 415 Abs. 1 ZPO den vollen Beweis des von der öffentlichen Behörde beurkundeten Vorgangs. In der sozialgerichtlichen Rechtsprechung werden Gutachten aus dem Verwaltungs- oder Widerspruchsverfahren[1179] im Wege des Urkundenbeweises gewürdigt.[1180] Zu den Besonderheiten des Urkundenbeweises gehören z.B. die fehlende Verantwortlichkeit des Verwaltungsgutachters gegenüber dem Gericht (§ 118 Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. § 404a und § 407a ZPO) oder das fehlende Fragerecht (§ 62 SGG; § 116 S. 2, § 118 Abs 1. S. 1 SGG i.V.m. § 397, § 402 und § 411 Abs. 4 ZPO). Dass sich das entscheidende Gericht dieser Besonderheiten bewusst ist, ist gemäß § 128 Abs. 1 S. 2 SGG darzulegen.[1181]

1177 *Greger,* in: Zöller, ZPO, § 411a Rn. 2; *Thönissen/Scheuch,* in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 411a Rn. 6; *Siebert,* in: Saenger, ZPO, § 411a Rn. 3; a.A.: *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 117 Rn. 6.

1178 *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 118 Rn. 13a m.w.N.; *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 5.

1179 E. II. 2. a. bb. (2).

1180 *BSG,* Urteil vom 08.12.1988 – 2/9b RU 66/87, juris-Rn. 17; *BSG*, Beschluss vom 17.05.2022 – B 5 R 21/22 B, juris-Rn. 10; *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 4 f. und 19; *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 118 Rn. 18; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 7f; *Schnorr,* ZSR 1994, S. 403, 404; *Ladage*, Der Standard der sozialen Pflegeversicherung als Maßstab für Vertragsleistungen der privaten Pflegeversicherungsunternehmen, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 673, 685.

1181 *BSG,* Urteil vom 07.05.2019 – B 2 U 25/17 R, juris-Rn. 14; *BSG*, Beschluss vom 30.03.2017 – B 2 U 181/16 B, juris-Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

β. Gutachten aus dem Verwaltungsverfahren oder dem Widerspruchsverfahren (Verwaltungsgutachten) versus gerichtliches Sachverständigengutachten

Das entscheidende Gericht kann auch auf Verwaltungs- oder Amtsgutachten des vorgeschalteten Vorverfahrens (§ 78 SGG) zurückgreifen und diese im Prozess im Urkundenbeweis verwerten.[1182] Durch die Gleichwertigkeit aller Beweismittel[1183] haben Verwaltungsgutachten grundsätzlich keinen geringeren Beweiswert als medizinische Sachverständigengutachten des Gerichts.[1184] Aufgrund der freien richterlichen Beweiswürdigung gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG ist es also grundsätzlich möglich, dass das zuständige Tatsachengericht ein Verwaltungsgutachten als alleinige Entscheidungsgrundlage heranzieht[1185] und kein gerichtliches Sachverständigengutachten einholt[1186] oder einem Verwaltungsgutachten entgegen einem Gerichtsgutachten folgt[1187]. In diesen Fällen muss das Verwaltungsgutachten in Bezug auf seine Form und seinen Inhalt bestimmten Mindestanforderungen genügen, die auch an ein Sachverständigengutachten zu stellen sind, welches

1182 *BSG,* Beschluss vom 31.05.1963 – 2 RU 231/62, juris-Rn. 7; *BSG,* Beschluss vom 08.12.1998 – B 2 U 222/98 B, juris-Rn. 9; *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 103 Rn. 37; *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 118 Rn. 18; *Hübschmann,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 72.

1183 Siehe: E. II. 2. b. aa. (1) (ii).

1184 *BSG*, Beschluss vom 05.08.2020 – B 5 R 78/20 B, juris-Rn. 6; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 7f; *Giesbert*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 128 Rn. 51; a.A.: *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 103 Rn. 37, *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 4 und *Berchtold,* ASR 2021, S. 246, 247; kritisch ebenso: *BSG,* Beschluss vom 26.05.2000 – B 2 U 90/00 B, juris-Rn. 4 oder *BSG,* Beschluss vom 29.06.2015 – B 9 V 45/14 B, juris-Rn. 6.

1185 *BSG*, Beschluss vom 17.05.2022 – B 5 R 21/22 B, juris-Rn. 10; *BSG*, Urteil vom 07.05.2019 – B 2 U 25/17 R, juris-Rn. 14; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 7f; *Hübschmann,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 72; kritisch dazu: *BSG,* Urteil vom 15.10.1986 – 5b RJ 80/85, juris-Rn. 10.

1186 *BSG,* Urteil vom 14.12.2000 – B 3 P 5/00 R, juris-Rn. 12 f. m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 17.04.2014 – B 9 V 36/12 B, juris-Rn. 6; *BSG*, Urteil vom 06.04.1989 – 2 RU 55/88, juris-Rn. 21 f.

1187 *BSG*, Urteil vom 22.12.2021 – B 5 R 175/21 B, juris-Rn. 7 f.; *BSG,* Beschluss vom 26.05.2000 – B 2 U 90/00 B, juris-Rn. 4; *BSG,* Beschluss vom 29.06.2015 – B 9 V 45/14 B, juris-Rn. 6; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 4a.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auf wissenschaftlich begründeten Annahmen basiert[1188]. Daneben muss das Gericht deutlich machen, dass es das Verwaltungsgutachten nicht als gerichtliches Sachverständigengutachten gewürdigt hat. Das bedeutet, dass das *Tatsachengericht* erkennen lassen muss, dass ihm der unterschiedliche Beweiswert zwischen einem Verwaltungsgutachten, welches als Urkunde mit seinen Besonderheiten[1189] zu verwerten ist, und einem gerichtlichen Sachverständigengutachten, welches als Sachverständigenbeweis auszuwerten ist, bewusst ist[1190]. Die Verdeutlichung des besonderen Beweiswerts einer Urkunde und die Auseinandersetzung mit den genannten Mindestanforderungen, welche an ein Verwaltungsgutachten zu stellen sind, muss gemäß § 128 Abs. 1 S. 2 SGG in der Urteilsbegründung ersichtlich sein[1191].

(iii) Beweiskraft von Privatgutachten

Privatgutachten[1192] sind vom Richter als urkundlich belegter, qualifizierter Beteiligtenvortrag zu würdigen.[1193] Möglich ist, dass das Privatgutachten als alleinige Grundlage für die gerichtliche Entscheidung dient[1194] und kein Gerichtsgutachten eingeholt wird[1195] oder, dass bei einem Widerspruch zwischen diesen beiden Arten von Gutachten, das Privatgutachten als aus-

1188 *BSG,* Beschluss vom 17.05.2022 – B 5 R 21/22 B, juris-Rn. 10 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 07.05.2019 – B 2 U 25/17 R, juris-Rn. 14 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 30.03.2017 – B 2 U 181/16 B, juris-Rn. 9 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 01.03.1984 – 9a RV 45/82, juris-Rn. 12; mit Beispiel: *BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 14.01.2005 – 2 BvR 983/04, juris-Rn. 16; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 7f.

1189 E. II. 2. b. cc. (1) (ii) α.

1190 *BSG*, Beschluss vom 17.05.2022 – B 5 R 21/22 B, juris-Rn. 10; *BSG,* Urteil vom 07.05.2019 – B 2 U 25/17 R, juris-Rn. 14; *BSG,* Beschluss vom 29.06.2015 – B 9 V 45/14 B, juris-Rn. 6; *BSG,* Urteil vom 30.03.2017 – B 2 U 181/16 B, juris-Rn. 9 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 17.04.2014 – B 9 V 36/12 B, juris-Rn. 6; *BSG*, Urteil vom 22.12.2021 – B 5 R 175/21 B, juris-Rn. 7; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 7f und 15a.

1191 *BSG,* Urteil vom 07.05.2019 – B 2 U 25/17 R, juris-Rn. 14; *BSG,* Urteil vom 30.03.2017 – B 2 U 181/16 B, juris-Rn. 9.

1192 E. II. 2. a. bb. (3).

1193 *BSG,* Urteil vom 09.03.1977 – 2 RU 1/76, juris-Rn. 17; *Hübschmann,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 73; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 7g; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 118 Rn. 12d.

1194 *BSG,* Urteil vom 08.12.1988 – 2/9b RU 66/87, juris-Rn. 17; *BSG,* Urteil vom 06.04.1989 – 2 RU 55/88, juris-Rn. 20 m.w.N.

1195 *BSG,* Urteil vom 22.04.2015 – B 3 P 8/13 R, juris-Rn. 25; *BSG*, Beschluss vom 25.11.2020 – B 6 KA 6/20 B, juris-Rn. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schließliche Entscheidungsgrundlage herangezogen wird[1196]. In Bezug auf die Voraussetzungen, in welchen Fällen dies möglich ist, gelten die oben gemachten Ausführungen zu Verwaltungsgutachten[1197].

(2) Denkgesetze

(i) Definition

Der Begriff des Denkgesetzes wird erstmalig vom *Reichsgericht (RG)* in einem Urteil zu der Auslegung von Vertragserklärungen verwendet.[1198] Weiterhin wird der Begriff von der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung regelmäßig eingesetzt, obwohl er bisher nicht abschließend definiert worden ist.[1199] Definitionen des Begriffs Denkgesetz sind jedoch in der juristischen Literatur zu finden. So versteht beispielsweise *Ernst Rudolf Bierling* unter Denkgesetzen die „ganze formale, reine und angewandte Logik".[1200] Unter Denkgesetzen sind also die Regeln oder Gesetze der Logik zu verstehen. Denkgesetze geben demnach das korrekte schlussfolgernde Denken vor.[1201] Gesprochen werden könnte auch von Grundsätzen oder Gesetzen des richtigen Denkens.[1202] Grundsätzlich kann gesagt werden, dass nachvollziehbar sein muss, welchem Gedankengang das *LSG* nachgegangen ist, damit ein möglicher Verstoß gegen Denkgesetze vom *BSG* überprüft werden kann.[1203] Denkgesetze erfüllen einen doppelten Zweck im Rahmen der Rechtsanwendung: Einerseits hat das Gericht sie im Hinblick auf die den Denkgesetzen entsprechende Auslegung von Rechtsbegriffen und andererseits im Hinblick auf die fehlerfreie Subsumtion von Tatsachen unter diese Begriffe

1196 *Hübschmann,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 73 m.w.N.; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 7g.

1197 *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 7g; zu diesen Voraussetzungen: E. II. 2. b. cc. (1) (ii) β.

1198 *RG,* Urteil vom 02.01.1914 – II 409/13, juris (RGZ 83, 414, 422).

1199 *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 162 Rn. 42; *Neufert,* Die Revisibilität der Auslegung individueller Vertragserklärungen, S. 39.

1200 *Bierling,* Juristische Prinzipienlehre, S. 83.

1201 *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 162 Rn. 42; *Giesbert*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 128 Rn. 19.

1202 *Haueisen,* NJW 1959, S. 1348, 1350; *Regenbogen/Meyer*, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, Stichwort: Denkgesetze (S. 141 f.); näher zu den sogenannten vier obersten Denkgesetzen: *Schnapp,* Logik für Juristen, S. 93 ff.

1203 *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 162 Rn. 42; *Grave/Mühle,* MDR 1975, S. 274, 274 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu beachten ((ii)). Andererseits stellen sie auch Grenzen der Beweiswürdigung und Tatsachenfeststellung dar ((iii)).[1204]

(ii) Verletzung von Denkgesetzen bei der Auslegung und Subsumtion

Eine Verletzung oder Nichtbeachtung von Denkgesetzen bei der Auslegung ist zu bejahen, wenn ein Rechtsbegriff denkfehlerhaft ausgelegt wird (Auslegungsfehler[1205]). Weiterhin können Denkfehler bei der Subsumtion begangen werden, nämlich dann, wenn das Gericht den Untersatz denkfehlerhaft unter den Obersatz subsumiert (Subsumtionsfehler[1206]) und folglich eine logisch falsche Schlussfolgerung zieht. Im Ergebnis liegt keine Verletzung eines Denkgesetzes vor, sondern infolge der Verletzung eines Denkgesetzes wird ein Rechtssatz des formellen oder materiellen Rechts unrichtig angewandt. Dies stellt dann eine Rechtsfrage[1207] dar.[1208]

(iii) Verletzung von Denkgesetzen bei der Beweiswürdigung und Tatsachenfeststellung

Die tatsächliche Beweiswürdigung und Tatsachenfeststellung des Gerichts verstößt gegen ein Denkgesetz, wenn z.B. aus den festgestellten Gegebenheiten schon logisch nur eine einzige Folgerung gezogen werden kann, jede andere nicht denkbar ist und das Gericht die allein denkbare Folgerung nicht gezogen hat. Ebenso werden Denkgesetze verletzt, wenn aus Indizien verschiedene Folgerungen möglich sind, das Tatsachengericht jedoch nur eine Folgerung für möglich hält und die anderen Folgerungen ausschließt. Beispielsweise werden Denkgesetze bei der Beweiswürdigung verletzt, wenn ein Sachverständigengutachten sich widersprechende Aussagen enthält, das Tatsachengericht jedoch, ohne dies zu begründen, eine

1204 *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 162 Rn. 42 f.; *Grave/Mühle,* MDR 1975, S. 274, 274 ff.
1205 C. II. 1. d.
1206 *Ebd.*
1207 C. III. 2. a.
1208 *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 162 Rn. 42; *Grave/Mühle,* MDR 1975, S. 274, 275; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aussage davon als Feststellung des Gutachters verwertet.[1209] Wenn ein Gericht weiterhin widersprüchliche Tatsachen feststellt und sodann diese in der Begründung des Urteils für miteinander vereinbar erklärt, liegt eine Verletzung der Denkgesetze und damit eine widersprüchliche und logisch-unkorrekte Begründung des Gerichts (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG) vor.[1210] Keine Verletzung von Denkgesetzen ist hingegen anzunehmen, wenn verschiedene Schlussfolgerungen denkbar sind und das Gericht eine davon für richtig oder auch nur wahrscheinlich richtig hält. In einem solchen Fall handelt es sich dann um eine „denkgesetzlich zulässige Beweiswürdigung".[1211].[1212] Bei einer Überschreitung der Grenzen der Denkgesetze bei der Beweiswürdigung liegt im Ergebnis eine Verletzung des formellen Rechts, konkret von § 128 Abs. 1 S. 1 SGG vor, weil die Denkgesetze eine „immanente Schranke" der Beweiswürdigung und Begründungspflicht darstellen.[1213]

(3) Naturgesetze

Für die Verletzung von Naturgesetzen kann grundsätzlich auf die soeben dargestellten Ausführungen zu der Verletzung von Denkgesetzen verwiesen werden.[1214] Folgende Beispiele von Naturgesetzen können darüber hinaus angeführt werden: so ist es z.B. ein Naturgesetz, dass sich eine Person nicht gleichzeitig an zwei verschiedenen Orten aufhalten kann.[1215] Als weiteres Beispiel für ein Naturgesetz kann die kurze Zeitspanne zwischen Wurf und Auffangen eines Gegenstands dienen. So sei es laut *BSG* nicht zu beanstanden, wenn das *Tatsachengericht* aus diesen naturgesetzlichen Gründen geschlossen habe, dass eine Person einen geworfenen Gegenstand nur fangen

1209 *BSG,* Urteil vom 15.05.1985 – 7 RAr 40/84, juris-Rn. 18; *BSG,* Urteil vom 07.04.1987 – 11b RAr 56/86, juris-Rn. 16; *BGH,* Urteil vom 14.10.1952 – 2 StR 306/52, juris-Rn. 10; *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 162 Rn. 43; *Giesbert*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 128 Rn. 66; *Haueisen,* NJW 1959, S. 1348, 1350 f.; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 12 m.w.N.; *Grave/Mühle,* MDR 1975, S. 274, 276.

1210 *Grave/Mühle,* MDR 1975, S. 274, 276.

1211 *BSG,* Urteil vom 15.05.1985 – 7 RAr 40/84, juris-Rn. 18 m.w.N.

1212 *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 12; *Haueisen,* NJW 1959, S. 1348, 1349.

1213 *BSG*, Beschluss vom 31.01.2017 – B 3 KR 44/16 B, juris-Rn. 10; *Grave/Mühle,* MDR 1975, S. 274, 276.

1214 *Giesbert,* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 128 Rn. 66.

1215 *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 305 f.; *Pense,* Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 70 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

könne, wenn dieser Gegenstand gezielt auf eine Person geworfen werde.[1216] Auch die in einem Sachverständigengutachten konstatierte Annahme, dass die gesundheitliche Wirkung von Gefahrstoffen dosisabhängig sei, ist ein Naturgesetz.[1217]

(4) Allgemeine, besondere (spezielle), qualifizierte und einfache Erfahrungssätze

Erfahrungssätze sind Wahrscheinlichkeitsaussagen[1218] und aufzugliedern in allgemeine oder absolute ((i)), besondere oder spezielle ((ii)), qualifizierte ((iii)) und einfache Erfahrungssätze ((iv)).[1219] Das Gericht verletzt den Grundsatz der freien Beweiswürdigung gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG, wenn es einen bestehenden Erfahrungssatz nicht berücksichtigt[1220], einen tatsächlich nicht existierenden Erfahrungssatz anwendet[1221] oder einen Erfahrungssatz fehlerhaft anwendet[1222].[1223]

(i) Allgemeine oder absolute Erfahrungssätze

Bei allgemeinen Erfahrungssätzen handelt es sich um Schlüsse, die aufgrund von Erfahrung aus einer Reihe gleichartiger Tatsachen gezogen werden und daher der allgemeinen Lebenserfahrung angehören.[1224] Diese

1216 *BSG,* Urteil vom 24.04.1991 – 9a/9 RVg 1/89, juris-Rn. 13.

1217 *LSG Hessen,* Urteil vom 31.08.2010 – L 3 U 162/05, juris-Rn. 57.

1218 *Prütting,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 1, ZPO § 286 Rn. 58.

1219 *BSG,* Urteil vom 17.11.2015 – B 1 KR 15/15 R, juris-Rn. 46 m.w.N.; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 11; *Keller,* SGb 2003, S. 254, 258; *Bieresborn*, SGb 2016, S. 310, 311; *Hauck*, in: Hennig, SGG, Band 3, 12/2018, § 163 Rn. 71 f.

1220 *BSG,* Urteil vom 30.04.1975 – 12 RJ 340/74, juris-Rn. 15; *BSG,* Urteil vom 17.12.2015 – B 2 U 11/14 R, juris-Rn. 29.

1221 *BSG,* Urteil vom 23.04.2015 – B 2 U 6/13 R, juris-Rn. 25 ff.; *BSG,* Urteil vom 29.05.1973 – 2 RU 17/71, juris-Rn. 13; *BSG,* Urteil vom 02.05.2001 – B 2 U 16/00 R, juris-Rn. 25; *BSG,* Urteil vom 02.05.2001 – B 2 U 24/00 R, juris-Rn. 26.

1222 *BSG*, Urteil vom 06.03.2021 – B 2 U 11/19 R, juris-Rn. 33.

1223 *BSG,* Urteil vom 18.06.2013 – B 2 U 3/12 R, juris-Rn. 29 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 11.10.2006 – B 6 KA 46/05 R, juris-Rn. 46; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 11; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 128 Rn. 4 m.w.N.; *Humpert,* in: Jansen, SGG, § 128 Rn. 13 m.w.N.

1224 *BSG,* Beschluss vom 19.06.2002 – B 2 U 22/01 R, juris-Rn. 25; *Giesbert*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 128 Rn. 69; *Bieresborn*, SGb 2016, S. 310, 311; *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 8; *Humpert,* in: Jansen, SGG, § 128 Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Art von Erfahrungssätzen gelten unzweifelhaft und sind nach menschlichem Ermessen nicht widerlegbar, so z.B. die Einmaligkeit jedes Fingerabdrucks.[1225] Ein weiteres Beispiel kann im Gesetz der Schwerkraft oder in der Aussage, dass alle Magneten Eisen anziehen, gesehen werden.[1226] Allgemeine Erfahrungssätze können auch als naturwissenschaftliche Gesetzmäßigkeiten oder Naturgesetze[1227] bezeichnet werden.[1228] Sie müssen demnach auch nicht wie Einzeltatsachen bewiesen werden, eine Beweiserhebung entfällt also.[1229] Zu diskutieren ist die Aussage des *BSG*, dass es ein allgemeiner Erfahrungssatz sei, dass theoretisch erworbene Kenntnisse wieder verloren gingen, wenn sie jahrzehntelang, in dem konkreten Fall 40 Jahre, weder angewandt noch aufgefrischt würden. Laut *BSG* habe das *LSG* diesen existierenden Erfahrungssatz im Rahmen seiner Beweiswürdigung verkannt.[1230] Hierzu muss gesagt werden, dass es sich bei dieser Tatsache eher um eine Einzeltatsache[1231] handelt. Ob die Annahme zutrifft, dass theoretisch erworbene Kenntnisse ausnahmslos verloren gehen, hängt von verschiedenen, einzelfallabhängigen Faktoren ab, so z.B. von der Persönlichkeit der jeweiligen Person, aber auch von der Tätigkeit an sich. Demnach kann diese Annahme nicht pauschal auf alle Menschen gleich angewandt werden. Der konkrete Einzelfall ist etwa durch die Beauftragung einer Begutachtung zu erforschen.[1232]

1225 *BSG,* Urteil vom 12.06.2001 – B 9 V 5/00 R, juris-Rn. 41 m.w.N.; *BVerwG,* Urteil vom 08.07.1994 – 8 C 4/93, juris-Rn. 21 m.w.N.; *BVerwG,* Beschluss vom 19.12.2012 – 2 B 75/11, juris-Rn. 18; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 11; *Hauck,* in: Zeihe, SGG, 08/2017, § 163 Rn. 4 cc); *Hauck*, in: Hennig, SGG, Band 3, 12/2018, § 163 Rn. 68; *Keller,* SGb 2003, S. 254, 258; *Breuer,* AöR 101 (1976), S. 46, 80; *Pense,* Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 70 m.w.N.; *Neumann/Korbmacher,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 137 Rn. 184.

1226 *Eisenberg*, NStZ 2010, S. 125, 127; *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie für Juristen, S. 342.

1227 E. II. 2. b. cc. (3).

1228 *Hauck*, in: Hennig, SGG, Band 3, 12/2018, § 163 Rn. 68; *Prütting,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 1, ZPO § 286 Rn. 59; *Greger,* in: Zöller, ZPO, § 286 Rn. 13e.

1229 *BSG,* Urteil vom 07.08.1975 – 10 RV 313/74, juris-Rn. 19; *BSG,* Urteil vom 04.09.2013 – B 12 AL 2/12 R, juris-Rn. 25; *BSG,* Urteil vom 09.12.1969 – 10 RV 789/66, juris-Rn. 12; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 12.

1230 *BSG*, Urteil vom 30.04.1975 – 12 RJ 340/74, juris-Rn. 15.

1231 C. III. 2. b. aa, und E. II. 2. b. aa. (1) (iii).

1232 *Giesbert*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 128 Rn. 69; ebenso kritisch: *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 11a.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(ii) Besondere oder spezielle Erfahrungssätze

Wenn ein allgemeiner Erfahrungssatz auf besondere (medizinische) Sach- und Fachkunde zurückzuführen ist, wird von einem besonderen oder speziellen[1233] (medizinischen) Erfahrungssatz gesprochen. Diese Sach- und Fachkunde kann sich aus wissenschaftlicher Forschung, beispielsweise aus medizinischen Erkenntnissen, ergeben.[1234] Medizinische Erfahrungssätze basieren also auf wissenschaftlichen Erkenntnisquellen.[1235] Die den Erfahrungssätzen zugrunde liegenden wissenschaftlich-medizinischen Erkenntnisquellen kommen z.B. in der Form von verschiedenen Veröffentlichungen, einschlägigen Leitlinien, sonstigen wissenschaftlichen Publikationen, Bekanntmachungen oder Sachverständigengutachten vor.[1236] Diese wissenschaftlichen Erkenntnisquellen müssen weiterhin den aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstand abbilden, welchen das Gericht, grundsätzlich unter Heranziehung von externem Sachverstand, zu ermitteln hat[1237].[1238] So kann das *BSG* z.B. kontrollieren, ob das vorentscheidenden *LSG* den aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstand, also die neusten, verfügbaren medizinischen Erfahrungssätze, seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat.[1239] Nach diesen Ausführungen kann gesagt werden, dass diese Art von Erfahrungssätzen mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit gelten.

1233 *BSG*, Urteil vom 07.08.1975 – 10 RV 313/74, juris-Rn. 19 f.; *Hauck*, in: Zeihe, SGG, 08/2017, § 163 Rn. 4 cc).

1234 *Bieresborn*, SGb 2016, S. 310, 311; *Keller*, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 11; *Bolay*, in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 8; *Pense,* Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 69.

1235 *Bieresborn*, SGb 2016, S. 310, 311; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 128 Rn. 4; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 11; *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 8.

1236 *BSG,* Urteil vom 09.05.2006 – B 2 U 1/05 R, juris-Rn. 26 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 17.12.2015 – B 2 U 11/14 R, juris-Rn. 28 f. m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 24.07.2012 – B 2 U 9/11 R, juris-Rn. 68.

1237 Siehe: E. II. 2. a. aa. (5) (ii).

1238 *BSG,* Urteil vom 23.04.2015 – B 2 U 20/14 R, juris-Rn. 32 ff.; *BSG,* Urteil vom 23.04.2015 – B 2 U 10/14 R, juris-Rn. 19 ff.; *BSG,* Urteil vom 06.09.2018 – B 2 U 10/17 R, juris-Rn. 28 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 24.07.2012 – B 2 U 9/11 R, juris-Rn. 68 m.w.N.; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 21; *Bieresborn*, SGb 2016, S. 310, 311.

1239 *BSG*, Urteil vom 17.12.2015 – B 2 U 11/14 R, juris-Rn. 29.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(iii) Qualifizierte Erfahrungssätze

Qualifizierte Erfahrungssätze begründen einen Beweis des ersten Anscheins[1240] und weisen ein hohes Maß an vermuteter Richtigkeit nach[1241], sie treffen also überwiegend bzw. in aller Regel zu[1242]. Tatsächliche Vermutungen des Gerichts bilden grundsätzlich die Grundlage für einen Anscheinsbeweis. Aufgrund von qualifizierten Erfahrungssätzen kann das Gericht aus bestimmten Gegebenheiten auf typische Folgen schließen oder andersherum bestimmte Schlussfolgerungen auf eine bestimmte Grundlage zurückführen.[1243] So kann als Beispiel für einen qualifizierten Erfahrungssatz der Aussagesatz genannt werden, dass, wenn ein Fahrer von der Fahrbahn abkommt, dies auf eine Unaufmerksamkeit des Fahrers zurückzuführen ist.[1244] In der Literatur wird vereinzelt die Ansicht vertreten, dass antizipierte Sachverständigengutachten qualifizierte Erfahrungssätze seien.[1245] Wenn jedoch die bereits gemachten Ausführungen zu antizipierten Sachverständigengutachten[1246] zugrunde gelegt werden, sind sie eher in die Kategorie der besonderen Erfahrungssätze einzuordnen.

(iv) Einfache Erfahrungssätze

Ein einfacher Erfahrungssatz belegt lediglich eine schwache Wahrscheinlichkeit.[1247] So ist die Erfahrung, dass Menschen nach dem Essen müde werden[1248], durch verschiedene Einflüsse widerlegbar. So wird jemand, der

1240 *BSG,* Urteil vom 17.11.2015 – B 1 KR 15/15 R, juris-Rn. 46 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 13.11.2012 – B 1 KR 10/12 R, juris-Rn. 14; *BVerwG,* Urteil vom 23.02.1979 – IV C 86.76, juris-Rn. 15 m.w.N.; *Hauck,* in: Hennig, SGG, Band 2, 04/2024, § 103 Rn. 77 m.w.N.*; Hauck,* in: Hennig, SGG, Band 3, 12/2018, § 163 Rn. 72 m.w.N.; *Breuer,* AöR 101 (1976), S. 46, 81; *Becker,* ASUMed 2009, S. 592, 593.

1241 *Bieresborn*, SGb 2016, S. 310, 311 (Fußnote 21); *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 11.

1242 *Keller,* SGb 2003, S. 254, 258.

1243 *Hauck,* in: Hennig, SGG, Band 3, 12/2018, § 163 Rn. 72; *Breuer,* AöR 101 (1976), S. 46, 80.

1244 *Pense,* Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 71.

1245 *Siefert*, MedSach 2010, S. 60, 63; *Becker,* ASUMed 2009, S. 592, 593; *Breuer,* AöR 101 (1976), S. 46, 81; *Bieresborn*, SGb 2016, S. 379, 382.

1246 E. II. 2. a. aa. (6).

1247 *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 11; *Keller,* SGb 2003, S. 254, 258; *Bieresborn*, SGb 2016, S. 310, 311 (Fußnote 21); *Pense,* Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 70 m.w.N.

1248 *Hauck,* in: Hennig, SGG, Band 3, 12/2018, § 163 Rn. 72.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

beispielsweise eine kleine und leichte Mahlzeit zum Mittagessen zu sich genommen hat, nicht zwingend müde.

(v) Zwischenergebnis

α. Unterschiedliche Arten von Erfahrungssätzen

Hinsichtlich der verschiedenen Arten von Erfahrungssätzen[1249] kann eine Rangfolge gebildet werden. Diese orientiert sich an dem jeweiligen wissenschaftlichen Aussagewert, welcher dem jeweiligen Erfahrungssatz beigemessen werden kann. An oberster Stelle mit einer absoluten Wahrscheinlichkeit stehen allgemeine Erfahrungssätze[1250]. Darunter sind besondere Erfahrungssätze[1251] einzuordnen. Das liegt darin begründet, dass besondere Erfahrungssätze, anders als allgemeine Erfahrungssätze, als naturwissenschaftliche Gesetzmäßigkeiten, bewiesen werden müssen und auf besonderer Sach- und Fachkunde, einschließlich wissenschaftlichen Erkenntnissen basieren. Diese Erkenntnisse können sich im Laufe der Zeit ändern bzw. widerlegt werden. Darunter sind qualifizierte Erfahrungssätze[1252] zu verorten. Auf der untersten Stufe können einfache Erfahrungssätze[1253] eingeordnet werden. In der Literatur[1254] und Rechtsprechung[1255] wird oftmals nicht zwischen besonderen und qualifizierten Erfahrungssätzen unterschieden bzw. es wird nicht deutlich, ob mit qualifizierten Erfahrungssätzen besondere Erfahrungssätze gemeint sind. *Ernst Hauck* trennt beide Arten von Erfahrungssätzen[1256], was aufgrund der oben gemachten Ausführungen auch zu bevorzugen ist.

1249 *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 11.
1250 E. II. 2. b. cc. (4) (i).
1251 E. II. 2. b. cc. (4) (ii).
1252 E. II. 2. b. cc. (4) (iii).
1253 E. II. 2. b. cc. (4) (iv).
1254 *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 11; *Bieresborn*, SGb 2016, S. 310, 311 (Fußnote 21); *Pense,* Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 88 f.
1255 Beispielhaft: *BSG,* Urteil vom 17.11.2015 – B 1 KR 15/15 R, juris-Rn. 46.
1256 *Hauck,* in: Hennig, SGG, Band 3, 12/2018, § 163 Rn. 71 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

β. Überprüfung der Einhaltung des formellen Beweisrechts bei der Feststellung von besonderen Erfahrungssätzen durch die Berufungsinstanz

Voraussetzung für die Überprüfung, ob das Berufungsgericht einen bestehenden Erfahrungssatz nicht berücksichtigt hat, einen tatsächlich nicht existierenden Erfahrungssatz angewandt oder einen Erfahrungssatz fehlerhaft angewandt hat (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG), ist die Einhaltung weiterer formellrechtlicher Pflichten durch die Tatsacheninstanz bei der Feststellung besonderer Erfahrungssätze.[1257] So gilt hinsichtlich § 128 Abs. 2 SGG[1258], dass das Berufungsgericht die Beteiligten bei der Erhebung und Feststellung von besonderen Erfahrungsätzen auf die jeweilige Erkenntnisgrundlage des Erfahrungssatzes, z.B. Fachliteratur, sowie auf den Erfahrungssatz an sich hinzuweisen bzw. diese Erkenntnisse in den Rechtsstreit einzuführen hat. Dies gilt, wenn die Beteiligten nicht mit der Einbeziehung des besonderen Erfahrungssatzes rechnen müssen.[1259] Wenn fachmedizinische Literatur lediglich als weitere Quelle herangezogen wird, um Aussagen in einem Gutachten zu untermauern, ist dies für § 128 Abs. 2 SGG unschädlich, auch wenn die Beteiligten darauf nicht hingewiesen werden.[1260] In Bezug auf § 128 Abs. 1 S. 2 SGG[1261] hat das Gericht bei der Feststellung besonderer Erfahrungssätze die diesen zugrunde liegenden Erkenntnisgrundlagen und den besonderen Erfahrungssatz in den Entscheidungsgründen darzulegen. Ansonsten liegt ein Verstoß gegen § 128 Abs. 1 SGG vor.[1262]

1257 In Bezug auf § 128 Abs. 2 SGG: *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 11.

1258 E. II. 2. b. bb. (1).

1259 *BSG,* Beschluss vom 09.11.2010 – B 2 U 168/10 B, juris-Rn. 5 ff.; *BSG,* Urteil vom 05.03.2002 – B 2 U 27/01 R, juris-Rn. 20 ff.; *BSG,* Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 13/05 R, juris-Rn. 19 f.; *BSG,* Urteil vom 13.09.2005 – B 2 U 4/04 R, juris-Rn. 30; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 11 und 17; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 62 Rn. 8b; *Groth,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III. Kapitel Rn. 22 und 23a; *Merten,* jurisPR-SozR 2/2007, Anm. 5.

1260 *BSG,* Beschluss vom 04.07.2013 – B 2 U 79/13 B, juris-Rn. 7 ff.; *Münker*, jurisPR-SozR 13/2014, Anm. 6; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 7e; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 62 Rn. 8b.

1261 E. II. 2. b. bb. (2).

1262 *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 26; *Hübschmann,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 101; *Hauck*, in: Hennig, SGG, Band 2, 12/2018, § 128 Rn. 207.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(5) Berücksichtigung des Gesamtergebnisses des Verfahrens

Die Grenzen der freien Beweiswürdigung gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG sind ferner überschritten, wenn das Tatsachengericht das Gesamtergebnis des Verfahrens nicht ausreichend und umfassend berücksichtigt. So hat das Gericht das gesamte Vorbringen der Beteiligten, also auch während der mündlichen Verhandlung, und die Ergebnisse der Beweisaufnahme in seine Beweiswürdigung miteinzubeziehen.[1263] Grundsätzlich verletzt das Gericht den Grundsatz der Würdigung des Gesamtergebnisses des Verfahrens, wenn von einem unvollständigen oder unrichtigen Sachverhalt ausgegangen wird. Das ist z.B. der Fall, wenn nicht alle (medizinischen) Unterlagen, wie ärztliche Gutachten, Bescheinigungen, Meinungen oder Privatgutachten, welche durch die Beteiligten in das Verfahrens eingeführt wurden, gewürdigt werden.[1264] Ebenso wird das Gesamtergebnis des Verfahrens nicht ausreichend berücksichtigt, wenn sich das Gericht in seinem Urteil auf sich gegenseitig widersprechende Tatsachen stützt.[1265] Dabei handelt es sich aber wohl eher um einen Verstoß gegen die Denkgesetze[1266]. Die Würdigung des Gesamtergebnisses des Verfahrens umfasst nicht die Bezugnahme des Gerichts auf jegliche Einzelheiten. So kann aus dem Außerachtlassen einzelner Umstände im Urteil nicht gleichzeitig geschlossen werden, dass das Gericht die entsprechenden Tatsachen unberücksichtigt gelassen hat. Das Gericht muss lediglich alle für die rechtliche Entscheidung bedeutsamen Beweise und Tatsachen in seine Entscheidungsfindung einbeziehen.[1267]

1263 *Groth,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III. Kapitel Rn. 165; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 13.

1264 *BSG,* Beschluss vom 23.09.1957 – 2 RU 113/57, juris-Rn. 8*; BVerwG*, Urteil vom 22.05.2019 – 1 C 10/18, juris-Rn. 28 m.w.N.; *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 10; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 5 und 13, mit weiteren Beispielen der Nichtberücksichtigung des Gesamtergebnisses des Verfahrens in den Rn. 14 ff.; *Hübschmann,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 39; *Groth,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III. Kapitel Rn. 167; *Haueisen,* NJW 1959, S. 1348, 1348 ff.

1265 *BVerwG*, Urteil vom 22.05.2019 – 1 C 10/18, juris-Rn. 28 m.w.N.; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 13.

1266 Siehe: E. II. 2. b. cc. (2) (iii).

1267 *BSG,* Urteil vom 16.06.1955 – 3 RJ 118/54, juris-Rn. 11; *Groth,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III. Kapitel Rn. 167; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dd. Zwischenergebnis

Der Weg zu einer gerichtlichen Entscheidung ist gekennzeichnet von der tatsächlichen[1268] und rechtlichen Würdigung[1269] von Tatsachen. In Bezug auf die tatsächliche und die rechtliche Beweiswürdigung ist zu sagen, dass lediglich die rechtliche Beweiswürdigung (Subsumtion) zur Rechtsfrage[1270] gehört. Die Beweismittel, welche einer rechtlichen Entscheidung zugrunde liegen, müssen den Beteiligten eines Rechtsstreits bekannt gegeben werden, damit sich diese dazu äußern können (§ 128 Abs. 2 SGG[1271]). Das Tatsachengericht hat bei seiner freien Beweiswürdigung gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG Grenzen zu beachten, welche vom *BSG* überprüfbar sind. Zu diesen Grenzen der freien richterlichen Beweiswürdigung gehört, dass nicht gegen gesetzliche Beweisregeln[1272] verstoßen wird. Weiterhin darf das Gericht nicht gegen Denkgesetze[1273], Naturgesetze[1274] oder Erfahrungssätze[1275] verstoßen. Die Nichtbeachtung dieser Grundsätze stellt im Ergebnis auch eine Verletzung von § 128 Abs. 1 S. 1 SGG dar[1276]. Ebenso hat das Tatsachengericht das Gesamtergebnis des Verfahrens gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG zu berücksichtigen[1277]. Ferner gehören zu den gesetzlich normierten Grundsätzen, welche bei der Beweiswürdigung einzuhalten sind, das eigenständige Feststellen von Tatsachen durch das Gericht gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG[1278] und die Begründungspflicht gemäß § 128 Abs. 1 S. 2 SGG[1279]. Bei der Feststellung von Erfahrungssätzen hat das Berufungsgericht weiterhin § 128 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 SGG zu beachten[1280].

1268 E. II. 2. b. aa. (1).
1269 E. II. 2. b. aa. (2).
1270 C. III. 2. a. bb. (2).
1271 E. II. 2. b. bb. (1).
1272 E. II. 2. b. cc. (1).
1273 E. II. 2. b. cc. (2).
1274 E. II. 2. b. cc. (3).
1275 E. II. 2. b. cc. (4).
1276 *BSG,* Beschluss vom 26.01.1977 – 11 BA 184/76, juris-Rn. 3; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 09.12.2024, § 160 Rn. 151; *May,* Die Revision, VI. B. Rn. 323 und 348.
1277 E. II. 2. b. cc. (5).
1278 E. II. 2. b. aa. (1) (iii).
1279 E. II. 2. b. bb. (2).
1280 E. II. 2. b. cc. (4) (v) β.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Zwischenergebnis

Die Beweiserhebung, bei welcher das Beweismaterial erst noch zu erstellen bzw. zu erfragen oder zu erheben ist[1281], ist abzugrenzen von dem Fall, dass das Gericht bereits erhobenes und vorhandenes Informationsmaterial aus dem vorangegangenen Verwaltungsverfahren[1282], der gerichtlichen Vorinstanz[1283] oder einem anderen Gerichtsverfahren[1284] beizieht und verwertet. Das Gericht kann in diesem Fall also direkt in die Beweiswürdigung eintreten. Logischerweise ist die Beweiserhebung der Beweiswürdigung von Tatsachen grundsätzlich vorgeschaltet und von dieser auch zu unterscheiden. In der Praxis sind die zwei Bereiche nicht voneinander zu trennen, da sie ineinandergreifen[1285]. Ob der jeweilige Sachverhalt abschließend und entsprechend den gesetzlichen Vorschriften, dem Beweisrecht, festgestellt wurde[1286] und sodann subsumiert werden kann, ist eine revisionsgerichtlich nachprüfbare Rechtsfrage[1287]. In diesem Zusammenhang ist nachfolgend insbesondere aufzuarbeiten, welche Kompetenzen das Revisionsgericht im Verhältnis zum Berufungsgericht hat (III.).

III. Die Revision im sozialgerichtlichen Verfahren gemäß §§ 160 ff. SGG

Die Revision im sozialgerichtlichen Verfahren ist ein Rechtsmittel, welches grundsätzlich ausschließlich auf die rechtliche Klärung einer Streitfrage ausgerichtet ist. Bei dieser Streitfrage handelt es sich um eine abstrakte Rechtsfrage[1288], die von der Tatsachenfrage[1289] abzugrenzen ist. Die Revision ist darauf ausgerichtet, die Rechtsanwendung des vorentscheidenden *Landessozialgerichts*, welcher tatsächliche Feststellungen des Tatrichters zu-

1281 E. II. 2. a. aa.
1282 E. II. 2. a. cc. und E. II. 2. b. cc. (1) (ii) β.
1283 E. II. 2. a. cc. und E. II. 2. b. cc. (1) (i) β.
1284 E. II. 2. a. cc. und E. II. 2. b. cc. (1) (i) β.
1285 *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 97.
1286 Siehe: E. II. 2. a. und E. II. 2. b.
1287 *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 6 Rn. 8; *Nolte*, Die Verarbeitung von extrajuridischem Wissen im Verwaltungsgerichtsverfahren, in: Augsberg, Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht, S. 241, 241; in Bezug auf die Finanzgerichtsbarkeit: *Lange*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 11/2023, FGO § 118 Rn. 100 ff.
1288 D. III. 2. a.
1289 D. III. 2. b. bb.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

grunde liegen, in rechtlicher Hinsicht einer Prüfung bzw. Kontrolle zu unterziehen.[1290] In diesem Kapitel werden zunächst verschiedene Möglichkeiten aufgezeigt, Rechtsverletzungen mit der Revision an das *BSG* zu verfolgen (1.). Sodann wird der Grundsatz der Zulassungsrevision gemäß § 160 Abs. 1 SGG erläutert (2.). Anschließend werden die Voraussetzungen der Zulässigkeit gemäß § 160 Abs. 2 SGG (3.) und der Begründetheit gemäß § 162 SGG (4.) der Revision aufgearbeitet. In einem nächsten Schritt ist auf das Begründungserfordernis gemäß § 164 Abs. 2 SGG einer zugelassenen Revision einzugehen (5.). Zudem wird die Bindung des Revisionsgerichts an die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz gemäß § 163 SGG thematisiert (6.). Weiterhin wird aufgezeigt, in welchen Fällen eine Zurückverweisung des Rechtsstreits an das vorentscheidende Gericht gemäß § 170 SGG erfolgt (7.). Abschließend wird auf den *Großen Senat des BSG* gemäß § 41 SGG (8.) eingegangen.

1. Sachrüge und Verfahrensrüge

Mit einer Sachrüge bzw. einer Rüge der Rechtsanwendung kann der Revisionskläger rügen, dass eine Norm des materiellen Rechts durch das *LSG* nicht oder nicht richtig angewandt wurde.[1291] Eine solche Rüge bezieht sich auf den sachlichen Inhalt des Urteils. Die Rüge zielt auf die Unrichtigkeit der Entscheidung, also auf einen Entscheidungsmangel ab.[1292] Davon abzugrenzen ist die Verfahrensrüge. Diese Rüge betrifft die Frage, ob die Sachentscheidung allein wegen Verstößen gegen das Verfahrensrecht (Verfahrensmangel) falsch ist. Auch hier liegt eine Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung des Rechts, und zwar des Verfahrensrechts, vor.[1293]

1290 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 1; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 3; *Merkel/Beller,* Handbuch Sozialgerichtsprozess, Rn. 481; *Ratschow,* in: Gräber, FGO, § 118 Rn. 20; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 163 Rn. 1.

1291 *BSG*, Urteil, vom 06.11.2018 – B 1 KR 30/18 R, juris-Rn. 12; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 6.

1292 *BSG Großer Senat,* Beschluss vom 13.06.2018 – GS 1/17, juris-Rn. 34; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 144 Rn. 32; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 33.

1293 *BSG*, Beschluss, vom 29.11.1955 – 1 RA 15/54, juris-Rn. 4; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 144 Rn. 32; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 162 Rn. 26; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 33; *Becker*, SGb 2007, S. 328, 328.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Zulassungsrevision gemäß § 160 Abs. 1 SGG

a. Zulassungsentscheidung

In § 160 Abs. 1 SGG ist der Grundsatz der Zulassungsrevision normiert. Dieser besagt, dass die Revision nur statthaft ist, wenn sie durch eine dem Revisionsverfahren vorgelagerte Zulassungsentscheidung zugelassen wurde. Die Revision kann durch das *SG* (§ 161 Abs. 1 S. 1 SGG), das *LSG* (§ 160 Abs. 1 SGG) oder das *BSG* im Beschluss auf eine Nichtzulassungsbeschwerde (§ 160a Abs. 4 S. 1 SGG) zugelassen werden.[1294] Die beiden Tatsacheninstanzen prüfen, ob ein Zulassungsgrund gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 SGG vorliegt.[1295] Nach § 160 Abs. 3 SGG gilt, dass das *BSG* an die Zulassung des *LSG* uneingeschränkt und gemäß § 161 Abs. 2 S. 2 SGG an die Zulassung der Sprungrevision durch das *SG*[1296] grundsätzlich gebunden ist.[1297]

b. Die Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 160a SGG

Wurde die Revision vom jeweils zuständigen *LSG* in seiner Entscheidung nicht zugelassen, steht den Beteiligten die Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 160a SGG als eigenständiges Rechtsmittel zu[1298]. Das *BSG* entscheidet gemäß § 160a Abs. 4 SGG über diese Art der Beschwerde per Beschluss und prüft in einem solchen Fall die Zulässigkeit und das Vorliegen der

1294 *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 160 Rn. 1; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 6 und 22 f.; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 4; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 09.12.2024, § 160 Rn. 11, Rn. 15, Rn. 19 und 27; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 1.

1295 *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 160 Rn. 27; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 161 Rn. 3.

1296 *BSG,* Urteil vom 16.03.2006 – B 4 RA 59/04 R, juris-Rn. 11; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 161 Rn. 8.

1297 *BSG,* Urteil vom 23.08.2007 – B 4 RS 2/06 R, juris-Rn. 10; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 93; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 51; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 74; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 26.

1298 Ausführlich zur Nichtzulassungsbeschwerde: *Becker*, SGb 2007, S. 261, 261 ff. und *Becker*, SGb 2007, S. 328, 328 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zulassungsgründe des § 160 Abs 2 SGG.[1299] Die Rüge im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde ist gemäß § 160a Abs. 1 S. 2 SGG innerhalb eines Monats nach Zustellung des Berufungsurteils einzulegen und gemäß § 160a Abs. 2 S. 1 SGG innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils zu begründen.[1300] In der Begründung ist gemäß § 160a Abs. 2 S. 3 SGG entweder die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG[1301], eine Divergenz gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 2 SGG[1302] oder ein Verfahrensmangel gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 3, 1. Hs. SGG [1303] darzulegen.[1304] Wenn eine Nichtzulassungsbeschwerde durch das *BSG* als unzulässig verworfen oder als unbegründet zurückgewiesen wird, wird das angefochtene

1299 *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 160a Rn. 1; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160a Rn. 2b, Rn. 3 und 17 ff.; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 54; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160a Rn. 7.

1300 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160a Rn. 7 und 10; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160a Rn. 36 f.

1301 Statt vieler: *BSG*, Beschluss vom 16.11.1987 – 5b BJ 118/87, juris-Rn. 3 ff.*;* *BSG*, Beschluss vom 22.07.1988 – 7 BAr 104/87, juris-Rn. 2 f.; *BSG*, Beschluss vom 16.12.1993 – 7 BAr 126/93, juris-Rn. 6 ff.*;* *BSG,* Beschluss vom 14.05.2007 – B 1 KR 16/07 B, juris-Rn. 5 ff.; *BSG*, Beschluss vom 16.01.2020 – B 5 RS 7/19 B, juris-Rn. 5 ff.; *BSG*, Beschluss vom 24.10.2018 – B 13 R 239/17 B, juris-Rn. 8 m.w.N.; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160a Rn. 51 ff.; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160a Rn. 14-14k; *Kummer,* Die Nichtzulassungsbeschwerde, Rn. 303 ff.; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 70 ff.

1302 Statt vieler: *BSG*, Beschluss vom 30.11.2016 – B 6 KA 36/16 B, juris-Rn. 4 ff.; *BSG*, Beschluss vom 30.01.2017 – B 13 R 385/16 B, juris-Rn. 7 ff.; *BSG*, Beschluss vom 08.08.2019 – B 5 R 282/18 B, juris-Rn. 16 f.; *BSG*, Beschluss vom 19.11.2019 – B 1 KR 72/18 B, juris-Rn. 8*;* *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160a Rn. 80 ff.; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160a Rn. 15-15e; *Kummer,* Die Nichtzulassungsbeschwerde, Rn. 388 ff.; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 99 ff.

1303 Statt vieler: *BSG*, Beschluss vom 27.10.2010 – B 12 KR 2/10 B, juris-Rn. 5 ff.; *BSG*, Beschluss vom 23.09.2013 – B 10 ÜG 12/13 B, juris-Rn. 6; *BSG*, Beschluss vom 09.08.2018 – B 9 V 2/18 B, juris-Rn. 7 ff.; *BSG*, Beschluss vom 30.08.2018 – B 2 U 230/17 B, juris-Rn. 3 ff.; *BSG*, Beschluss vom 15.04.2019 – B 14 AS 144/18 B, juris-Rn. 2 f.; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160a Rn. 16-16g; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160a Rn. 92 ff.; *Kummer,* Die Nichtzulassungsbeschwerde, Rn. 432 ff.; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 113 ff.

1304 *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 160a Rn. 5; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160a Rn.13c; zur Verfassungskonformität der Anforderungen an die Begründung einer Nichtzulassungsbeschwerde: *BVerfG*, Nichtannahmebeschluss vom 23.01.2006 – 1 BvR 1786/01, juris-Rn. 3 und *BVerfG*, Nichtannahmebeschluss vom 15.02.2006 – 1 BvR 2597/05, juris-Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Urteil des *LSG* rechtskräftig (§ 160a Abs. 4 S. 3 SGG). In einem solchen Fall ist dann der Rechtsweg für eine Verfassungsbeschwerde an das *BVerfG* eröffnet.[1305] Auf die einzelnen Zulassungsgründe des § 160 Abs. 2 SGG ist im Folgenden dezidiert einzugehen (3.).

3. Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Revision gemäß § 160 SGG

§ 160 Abs. 2 SGG nennt abschließend die einzelnen Zulassungsgründe der Revision an das *BSG*.[1306] Demnach ist die Revision zuzulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG)[1307] (a.), das angefochtene Urteil von einer Entscheidung des *BSG*, des *Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes* (*GmS-OGB*) oder des *BVerfG* abweicht und auf dieser Abweichung beruht (§ 160 Abs. 2 Nr. 2 SGG) (b.) oder ein Verfahrensmangel geltend gemacht wird, auf dem die angefochtene Entscheidung beruhen kann (§ 160 Abs. 2 Nr. 3, 1. Hs. SGG) (c.). Durch diese Zulassungsgründe wird deutlich, dass der übergeordnete Sinn und Zweck der Revision in der Wahrung der Einheit des Rechts bzw. der Rechtsanwendung sowie der Fortbildung des Rechts besteht.[1308]

1305 *BVerfG,* Kammerbeschluss vom 27.06.1996 – 1 BvR 1979/95, juris-Rn. 10; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160a Rn. 2 und 23; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 54.

1306 *BSG,* Beschluss vom 16.11.2000 – B 4 RA 122/99 B, juris-Rn. 23; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 21; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 5; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 13; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 25; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 09.12.2024, § 160 Rn. 77.

1307 Neben dem sozialgerichtlichen Verfahrensrecht (§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG) verwenden auch andere Verfahrensordnungen (z.B. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO, § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO oder § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO) den Wortlaut der Rechtssache von grundsätzlicher Bedeutung (*Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 6).

1308 *BSG,* Beschluss vom 07.10.2005 – B 1 KR 107/04 B, juris-Rn. 7; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 160 Rn. 1; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 99; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 41; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 6; *Becker,* SGb 2007, S. 261, 266; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 21; zur Verfassungskonformität dieser übergeordneten Aufgabe des *BSG*, welche sich in §§ 160 und 160a SGG ausdrückt: *BVerfG,* Kammerbeschluss vom 09.02.1992 – 1 BvR 1935/91, juris-Orientierungssatz Nr. 1 und Rn. 6; siehe bereits: C. III. 1. b.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a. Rechtssache von grundsätzlicher Bedeutung gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG

aa. Rechtssache

(1) Rechtssache als Tatsachenfrage

In der älteren Rechtsprechung des *BSG*[1309] sind Überlegungen dahingehend zu finden, dass zwischen der Formulierung „Rechtssache von grundsätzlicher Bedeutung" und „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung" ein „bemerkenswerter Unterschied" bestehe. Demnach könnten auch Tatsachenfragen als Rechtssachen grundsätzliche Bedeutung haben. Das *BSG* sah hier also neben einem sprachlichen auch einen sachlichen Unterschied zwischen dem Begriffspaar Rechtssache und Rechtsfrage. Diese Unterscheidung zwischen einer Rechtssache und einer Rechtsfrage traf das *BSG* jedoch damals in Bezug auf den Wesensunterschied[1310] zwischen dem Zugang zur Berufungsinstanz gemäß § 150 Nr. 1 SGG a.F.[1311] und dem Zugang zur Revisionsinstanz gemäß § 162 Abs. 1 Nr. 1 SGG a.F.[1312]. Der damalige § 150 Nr. 1 SGG sprach von einer Rechtssache und § 162 Abs. 1 Nr. 1 SGG von einer Rechtsfrage.[1313] Ursprünglich war die heutige Regelung des § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG in § 162 Abs. 1 Nr. 1 SGG a.F. gefasst. § 162 Abs. 1 Nr. 1 SGG a.F. lautete damals: „Die Revision findet nur statt, wenn das Landessozialgericht sie zulässt; sie ist zuzulassen, wenn über Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden ist […]". Mit dem Gesetz zur

1309 *BSG,* Urteil vom 23.11.1955 – 7 RAr 30/55, juris-Rn. 11 f. oder *BSG,* Urteil vom 26.05.1964 – 9 RV 850/63, juris-Orientierungssatz Nr. 1.

1310 *Weyreuther,* Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte, Rn. 57.

1311 Sozialgerichtsgesetz vom 03.09.1953 (BGBl. I, S. 1239), zuletzt geändert durch Art. 1 Nr. 14 des Gesetzes vom 30.07.1974 (BGBl. I, S. 1625), in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.09.1975 (BGBl. I, S. 2535).

1312 Sozialgerichtsgesetz vom 03.09.1953 (BGBl. I, S. 1239).

1313 Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung und der Literatur, welche neben einem sprachlichen auch einen sachlichen Unterschied zwischen dem Begriff der Rechtssache und demjenigen der Rechtsfrage bejahen, sind bei *Prütting*, Die Zulassung der Revision, S. 122 (Fußnote 114) oder *Weyreuther,* Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte, Rn. 57 (Fußnote 4) zu finden.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Änderung des Sozialgerichtsgesetzes vom 30.07.1974[1314] wurde der Wortlaut des heutigen § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG durch die Ersetzung des Begriffs „Rechtsfrage" im alten § 162 Abs. 1 Nr. 1 SGG durch den Begriff „Rechtssache" neu gefasst.[1315] Wenn der damaligen Argumentation des *BSG* gefolgt wird, ergibt demnach eine reine Auslegung nach dem Wortlaut von § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG, dass sich die grundsätzliche Bedeutung einer Rechtssache auch auf eine Tatsachenfrage von allgemeiner oder genereller Bedeutung beziehen kann.[1316]

(2) Aktuelle Auslegung von § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG

Bereits mit der Schaffung des Sozialgerichtsgesetzes im Jahr 1953[1317] und dem Gesetz zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes aus dem Jahr 1974 wurden als Sinn und Zweck von § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG bzw. des Revisionsverfahrens vor dem *BSG* die Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung sowie die Fortbildung des Rechts festgelegt.[1318] Diese Aufgabe des *BSG* dient dem öffentlichen Interesse, eine strittige Rechtsfrage zu beantworten und damit die Einheit von Recht und Rechtsprechung im

1314 Art. 1 Nr. 16 des Gesetzes zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes vom 30.07.1974 (BGBl. I, S. 1625), in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.09.1975 (BGBl. I, S. 2535).

1315 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 6.

1316 *Keller*, jurisPR-SozR 3/2006, Anm. 5, welcher jedoch hinterfragt, ob eine solche Auslegung dem Sinn und Zweck einer Nichtzulassungsbeschwerde bzw. der Revisionszulassung dient.

1317 Sozialgerichtsgesetz vom 03.09.1953 (BGBl. I, S. 1239).

1318 Siehe dazu in der Gesetzesbegründung zum Sozialgerichtsgesetz: BT-Drs. 1/4225, S. 18, in der Gesetzesbegründung zum Gesetz zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes: BT-Drs. 7/861, S. 10 und im dazugehörigen Bericht und Antrag des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung (11. Ausschuß): BT-Drs. 7/2024, S. 3; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 13; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 160 Rn. 1; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 2; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 70; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 3 und 6; *May,* Die Revision, IV. B. Rn. 51; *Keller*, jurisPR-SozR 3/2006, Anm. 5; *Rauscher,* SGb 1986, S. 45, 47.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bundesgebiet zu wahren sowie das Recht fortzubilden.[1319] Das ist gleichzeitig Ausdruck der in der Verfassung niedergelegten Grundsätze der Rechtssicherheit gemäß Art. 20 Abs. 3 GG sowie des Gleichheitssatzes gemäß Art. 3 GG.[1320] Die oben dargestellte Änderung im Wortlaut des § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG[1321] hat nach allgemeiner Auffassung in der Rechtsprechung des *BSG* und in der Literatur in Bezug auf die Aufgabe der Revision keine entscheidende Bedeutung gehabt. Das *BSG* versteht demnach unter einer Rechtssache eine Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts[1322].[1323] Dies folge aus dem Wortlaut des § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG, inklusive seiner Textgeschichte und dessen Regelungszweck, welcher in der originären Aufgabe des *BSG*, der Wahrung der Rechtseinheit und der Fortbildung des Rechts, bestehe.[1324] Diese Auslegung stehe im Einklang mit

1319 *BVerfG,* Beschluss vom 08.12.1965 – 1 BvR 662/65, juris-Rn. 10; *BSG,* Beschluss vom 07.10.2005 – B 1 KR 107/04 B, juris-Rn. 7; *Dreher,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 792; *Hauck,* Gesundheit aus richterlicher Sicht des BSG: Zur Bedeutung der Sozialstaatsforschung, in: Masuch et al., Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Band 2, S. 299, 300; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 3 und 6; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 1 und 6*; Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 13; *Merkel/Beller,* Handbuch Sozialgerichtsprozess, Rn. 481.

1320 *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 3; *Weyreuther,* Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte, Rn. 3.

1321 E. III. 3. a. aa. (1).

1322 C. III. 2. a.

1323 *BSG,* Beschluss vom 12.01.2022 – B 1 KR 18/21 B, juris-Rn. 5 ff.; *BSG,* Beschluss vom 24.01.2017 – B 1 KR 92/16 B, juris-Rn. 6 ff.; *BSG,* Beschluss vom 07.10.2005 – B 1 KR 107/04 B, juris-Rn. 5 und 8; *BSG,* Beschluss vom 23.10.2009 – B 1 KR 98/09 B, juris-Rn. 4; *BSG,* Beschluss vom 19.12.2013 – B 9 V 53/13 B, juris-Rn. 3; *BSG,* Beschluss vom 21.12.2004 – B 1 KR 11/03 B, juris-Rn. 4 ff.; *BSG,* Beschluss vom 19.10.2004 – B 1 KR 92/03 B, juris-Rn. 4; *BSG,* Beschluss vom 27.01.1999 – B 4 RA 131/98 B, juris-Rn. 9; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 6 m.w.N.; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 17; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 160 Rn. 9; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 24; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 26; *Düring,* in: Jansen, SGG, § 160 Rn. 9; *Keller*, jurisPR-SozR 3/2006, Anm. 5; *Merkel/Beller,* Handbuch Sozialgerichtsprozess, Rn. 484; *Kummer,* Die Nichtzulassungsbeschwerde, Rn. 301; *May,* Die Revision, IV. B. Rn. 52.

1324 *BSG,* Beschluss vom 07.10.2005 – B 1 KR 107/04 B, juris-Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Rechtsprechung aus anderen Rechtsgebieten[1325].[1326] Auch das *BVerfG* ordnet diese Auslegung als unbedenklich ein.[1327] Eine Wortlautauslegung, wonach Tatsachenfragen von grundsätzlicher oder allgemeiner Bedeutung zur Zulassung der Revision führen, widerspricht dem Sinn und Zweck der Revision, nämlich der Beantwortung von Rechtsfragen.[1328] In diesem Sinne ist im Rahmen einer teleologischen Reduktion der Tatbestand von § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG auf Rechtsfragen zu reduzieren.[1329] Zudem fordern die aktuellen Fassungen des § 144 Abs. 2 Nr. 1 SGG (Zulassung der Berufung) und des § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG beide eine Rechtssache von grundsätzlicher Bedeutung und machen keinen Unterschied mehr zwischen einer Rechtssache und einer Rechtsfrage.

(3) Zwischenergebnis

Mit einer Rechtssache ist zusammenfassend der gesamte Rechtsstreit zwischen den beteiligten Akteuren[1330] eines sozialgerichtlichen Verfahrens gemeint. Innerhalb dieses Verfahrens steht die Frage im Mittelpunkt, ob der durch das Tatsachengericht festgestellte Sachverhalt des Einzelfalls den Tatbestand einer Rechtsnorm des Bundesrechts erfüllt und damit eine konkrete Rechtsfolge ausgelöst wird.[1331]

1325 *BVerwG,* Beschluss vom 24.07.2017 – 1 B 70/17, 1 B 70/17, 1 PKH 41/17, juris-Rn. 4 ff.; *BVerwG,* Urteil vom 31.07.1984 – 9 C 46/84, juris-Rn. 13 m.w.N.; *BVerwG,* Beschluss vom 02.03.1978 – 6 B 24/78, juris-Orientierungssatz Nr. 1; *BVerwG,* Beschluss vom 29.12.1987 – 9 B 426/87, juris-Orientierungssatz Nr. 1 und 2; *Buchheister*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 09/2018, § 132 Rn. 32 m.w.N.; *BFH,* Beschluss vom 10.04.2003 – X B 109/02, juris-Rn. 3 m.w.N.; *Ratschow,* in: Gräber, FGO, § 115 Rn. 100 m.w.N.

1326 *BSG,* Beschluss vom 07.10.2005 – B 1 KR 107/04 B, juris-Rn. 7.

1327 *BVerfG,* Dreierausschussbeschluss vom 06.09.1983 – 1 BvR 237/83, juris-Orientierungssatz Nr. 1; *BVerfG,* Kammerbeschluss vom 18.12.1991 – 1 BvR 1411/91, juris-Rn. 8.

1328 *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 6; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 26 und 29; *BVerwG*, Beschluss vom 24.04.2017 – 1 B 22/17, juris-Rn. 4; in diese Richtung denkend: *Keller*, jurisPR-SozR 3/2006, Anm. 5; ebenso *Prütting*, Die Zulassung der Revision, S. 122 ff.

1329 *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 26.

1330 *Prütting*, Die Zulassung der Revision, S. 122.

1331 *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 26.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Grundsätzliche Bedeutung

Mit der Formulierung der grundsätzlichen Bedeutung einer Rechtssache i.S.v. § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG ist gemeint, dass diese über den Einzelfall hinaus von Bedeutung ist, indem ihre Beantwortung in Anbetracht der Ziele der Revision[1332] klärungsbedürftig (cc.) sowie klärungsfähig (dd.) ist.[1333] Das bedeutet, dass diese Rechtsfrage „Breitenwirkung" entfalten muss, sie muss also in einer unbestimmten Anzahl an weiteren Verfahren Bedeutung erlangen.[1334]

cc. Abstrakte Klärungsbedürftigkeit der Rechtssache

Die abstrakte Klärungsbedürftigkeit einer Rechtsfrage ist gegeben, wenn sie noch nicht höchstrichterlich, insbesondere durch das *BSG*, entschieden wurde und die Beantwortung der entsprechenden Rechtsfrage zweifelhaft bzw. weiterhin umstritten ist. Weiterhin kann Klärungsbedürftigkeit bestehen, wenn sich die betreffende Rechtsfrage nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergibt oder wenn es an mehreren höchstrichterlichen Präzedenzentscheidungen fehlt, welche zu vergleichbaren Fallkonstellationen Indizien dafür liefern, wie das entsprechende Rechtsproblem gelöst werden

1332 E. III. 3.

1333 *BSG,* Beschluss vom 25.07.2011 – B 12 KR 114/10 B, juris-Rn. 5; *BSG,* Beschluss vom 25.09.2002 – B 7 AL 142/02 B, juris-Rn. 6; *BSG,* Beschluss vom 22.07.1988 – 7 BAr 104/87, juris-Rn. 2; *BSG*, Beschluss vom 27.01.1999 – B 4 RA 131/98 B, juris-Rn. 9; *BSG*, Beschluss vom 16.11.1995 – 11 BAr 117/95, juris-Rn. 6; *BSG*, Beschluss vom 19.07.2012 – B 1 KR 65/11 B, juris-Rn. 10; in Bezug auf das Zivilrecht: *BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 04.11.2008 – 1 BvR 2587/06, juris-Rn. 19 m.w.N.; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 24 und 26; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 17; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 7a ff.; *Becker,* SGb 2007, S. 261, 266; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 09.12.2024, § 160 Rn. 80 f.

1334 *BSG*, Beschluss vom 26.10.2015 – B 10 ÜG 13/15 B, juris-Rn. 4; *BSG*, Beschluss vom 26.06.1975 – 12 BJ 12/75, juris-Rn. 2; *Becker,* SGb 2007, S. 261, 266; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 21; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 26 und 38.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kann.[1335] Eine bereits durch höchstrichterliche Rechtsprechung geklärte Rechtsfrage kann aber auch erneut klärungsbedürftig werden, wenn der geklärten Rechtsfrage mit bedeutsamen Einwänden widersprochen wird. Der erneute Bedarf an der Beantwortung der Rechtsfrage kann sich aus der Rechtsprechung des *BVerfG*[1336], aus der Rechtsprechung anderer obersten Gerichtshöfe, der Rechtsprechung der Instanzgerichte oder aber auch aus der rechtswissenschaftlichen Literatur ergeben.[1337]

dd. Konkrete Klärungsfähigkeit der Rechtssache

Die abstrakte, klärungsbedürftige Rechtsfrage muss weiterhin für den konkret zu entscheidenden Einzelfall auch klärungsfähig sein. Das *BSG* muss für die rechtliche Klärung also auch fähig sein. Die Beantwortung der Rechtsfrage durch das *BSG* muss insofern in der Sache und aufgrund der durch die Vorinstanz festgestellten Tatsachen erwartbar sein.[1338] Überwiegend wird angenommen, dass die Klärungsfähigkeit einer Rechtsfrage mit deren Entscheidungserheblichkeit gleichzusetzen sei, bzw. dass die

1335 *BSG*, Beschluss vom 30.09.2020 – B 6 KA 26/19 B, juris-Rn. 12; *BSG*, Beschluss vom 16.04.2013 – B 14 AS 206/12 B, juris-Rn. 6; *BSG*, Beschluss vom 10.05.2012 – B 1 KR 78/11 B, juris-Rn. 5 f.; *BSG*, Beschluss vom 21.01.1993 – 13 BJ 207/92, juris-Rn. 7; *BSG*, Beschluss vom 22.07.1988 – 7 BAr 104/87, juris-Rn. 2; *BSG*, Beschluss vom 14.08.1981 – 12 BK 15/81, juris-Rn. 2; *BSG*, Beschluss vom 12.10.1988 – 8 BKn 16/88, juris-Rn. 2; *BSG*, Beschluss vom 04.06.1975 – 11 BA 4/75, juris-Rn. 7; *BSG*, Beschluss vom 22.08.1975 – 11 BA 8/75, juris-Rn. 7; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 09.12.2024, § 160 Rn. 92; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 8 f. m.w.N.; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 30; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 19; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 30; *Weyreuther,* Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte, Rn. 65.

1336 *BSG*, Beschluss vom 30.09.1992 – 11 BAr 47/92, juris-Rn. 8 und 10.

1337 *BSG*, Beschluss vom 25.09.1975 – 12 BJ 94/75, juris-Rn. 6; *BSG*, Beschluss vom 22.07.1988 – 7 BAr 104/87, juris-Rn. 2; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 31; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 8b f.; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 20; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 30a.

1338 *BSG*, Beschluss vom 27.08.2019 – B 11 AL 28/19 B, juris-Rn. 2; *BSG*, Beschluss vom 29.03.2007 – B 9a V 7/06 B, juris-Rn. 5; *BSG*, Beschluss vom 09.01.2008 – B 12 KR 24/07 B, juris-Rn. 4; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 9; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 32; *Kummer,* Die Nichtzulassungsbeschwerde, Rn. 324.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Klärungsfähigkeit die Entscheidungserheblichkeit miteinschließe.[1339] Treffender ist die Formulierung, dass die klärungsfähige Rechtsfrage Entscheidungserheblichkeit bzw. Rechtserheblichkeit voraussetzt. „Klärungsfähig ist eine Rechtsfrage *also* (Einfügung und Hervorhebung durch den Verfasser) dann, wenn sie für den zu entscheidenden Rechtsstreit rechtserheblich ist […]"[1340].[1341] Klärungsfähigkeit ist z.B. zu verneinen, wenn sich die Rechtsfrage auf nicht-revisibles Recht[1342], also z.B. auf Landesrecht, bezieht.[1343] Weiterhin ist die Klärungsfähigkeit einer Rechtsfrage abzulehnen, wenn für ein Revisionsverfahren notwendige Tatsachenfeststellungen durch das zuständige Tatsachengericht fehlen.[1344]

b. Abweichung von höchstrichterlicher Rechtsprechung gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 2 SGG

Die sogenannte Divergenzrevision gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 2 SGG ist ein Unterfall der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG.[1345] Eine Divergenz gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 2 SGG ist zu bejahen,

---

1339 *BSG*, Beschluss vom 27.8.2019 – B 11 AL 28/19 B, juris-Rn. 8; *BSG*, Beschluss vom 09.01.2008 – B 12 KR 24/07 B, juris-Rn. 5; *BSG*, Beschluss vom 30.08.2004 – B 2 U 401/03 B, juris-Rn. 2; *BSG*, Beschluss vom 13.06.2016 – B 13 R 87/16 B, juris-Rn. 4 ff.; *BSG*, Beschluss vom 28.09.2016 – B 6 KA 27/16 B, juris-Rn. 5; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 32; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 34; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 9; einen Unterschied erkennend zwischen der Klärungsfähigkeit und Entscheidungserheblichkeit einer Rechtsfrage: *Becker*, SGb 2007, S. 261, 267 ff.

1340 *BSG*, Beschluss vom 29.03.2007 – B 9a V 7/06 B, juris-Rn. 5, mit Verweis auf *BFH*, Beschluss vom 28.04.1972 – III B 40/71, juris-Rn. 8.

1341 *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 160 Rn. 16.

1342 Dazu sogleich unten in Kapitel E. III. 4. a.

1343 *Kummer,* Die Nichtzulassungsbeschwerde, Rn. 329; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 23; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 33; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 160 Rn. 16.

1344 *BSG*, Beschluss vom 10.11.2008 – B 12 R 14/08 B, juris-Rn. 6; *BVerwG*, Beschluss vom 02.02.2011 – 6 B 37/10, juris-Rn. 11; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 23; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 9f.; weitere Fallkonstellationen, in denen die konkrete Klärungsfähigkeit einer Rechtsfrage abgelehnt wurde, sind zu finden bei: *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 32, *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 9d ff. und *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 23.

1345 *BSG*, Beschluss vom 04.04.2019 – B 1 KR 26/18 B, juris-Rn. 9; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 42; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 27; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 99.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wenn das jeweils zuständigen *SG* oder *LSG* in den Entscheidungsgründen zu einer konkreten Rechtsfrage entscheidungserheblich von der Rechtsprechung des *BSG*, des *GmS-OGB* oder des *BVerfG* abgewichen ist.[1346] Dazu muss das *LSG* einen eigenständigen abstrakten Rechtssatz aufgestellt haben und im Grundsatz von einem vom *BSG*, des *GmS-OGB* oder des *BVerfG* aufgestellten abstrakten Rechtssatz entscheidungstragend abgewichen sein.[1347] Unter einem Rechtssatz in diesem Sinne ist eine konkrete rechtliche Aussage des jeweils zuständigen Gerichts im Urteil zum der Revision zugänglichen revisiblen Rechts, inklusive des Verfahrensrechts, zu verstehen.[1348] Damit sind die oben behandelten Aussagesätze über das positive Recht[1349] gemeint. Davon abzugrenzen sind die normativ-verbindlichen Rechtssätze einer Rechtsnorm[1350]. Entscheidungen anderer Gerichte, als denjenigen, welche in § 160 Abs. 2 Nr. 2 SGG genannt werden, sind nicht der Divergenzrevision zugänglich. Insofern handelt es sich um eine abschließende Aufzählung[1351]. Schließlich muss das angegriffene Urteil des *LSG* auf der Divergenz beruhen. Das bedeutet, dass die entsprechende Entscheidung des Tatsachengerichts anders ausgefallen wäre, wenn dieses den

1346 *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 39; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 10; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 42.

1347 Ständige Rechtsprechung: *BSG*, Beschluss vom 28.09.2021 – B 1 KR 7/21 B, juris-Rn. 4; *BSG*, Beschluss vom 20.12.2016 – B 4 AS 247/16 B, juris-Rn. 7; *BSG*, Beschluss vom 25.09.2002 – B 7 AL 142/02 B, juris-Rn. 13; *BSG*, Beschluss vom 21.02.2008 – B 11a AL 91/07 B, juris-Rn. 4; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 13; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 40 und 43; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 160 Rn. 18 f.; *Kummer,* Die Nichtzulassungsbeschwerde, Rn. 379; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 102; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 44.

1348 *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 102; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 27; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 48.

1349 C. I. 3. a.

1350 *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 45; siehe dazu: C. I. 2. c. bb.

1351 *BSG*, Beschluss vom 11.02.2020 – B 10 ÜG 16/19 B, juris-Rn. 7; *BSG*, Beschluss vom 30.10.2019 – B 6 KA 22/19 B. juris-Rn. 5; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 160 Rn. 18; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 39 und 49; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 101.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtssatz zugrunde gelegt hätte, von welchem das Gericht abgewichen ist[1352].

c. Verfahrensmangel gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG

§ 160 Abs. 2 Nr. 3, 1. Hs. SGG eröffnet schließlich den Zugang zur Revisionsinstanz aufgrund eines Verfahrensmangels. Demnach muss ein Verfahrensmangel im Rahmen einer Verfahrensrüge[1353] geltend gemacht werden, auf dem die angefochtene Entscheidung beruhen kann. Der Verfahrensmangel muss entsprechend § 160 Abs. 2 Nr. 3, 1. Hs. SGG „geltend gemacht" werden. Durch diese Formulierung wird deutlich, dass sich die Norm an die Verfahrensbeteiligten richtet. Der Zugang zur Revisionsinstanz ist also eröffnet, wenn ein Verfahrensfehler durch das vorentscheidende *LSG* begangen wurde.[1354] Die einzelnen Voraussetzungen für die Revisionszulassung wegen eines Verfahrensmangels gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG (aa.) sind das tatsächliche Vorliegen eines Verfahrensmangels gemäß § 144 Abs. 2 Nr. 3 SGG (bb.), die Geltendmachung von diesem (cc.) sowie das mögliche Beruhen der angefochtenen Entscheidung auf dem Verfahrensmangel (dd.). Außerdem darf eine Verfahrensrüge nicht (gesetzlich) ausgeschlossen sein (§ 160 Abs. 2 Nr. 3, 2. Hs. SGG) (ee.).[1355]

aa. Definition Verfahrensmangel

Verfahrensmängel sind Verstöße des *LSG* gegen bundesrechtliche Normen des sozialgerichtlichen Verfahrensrechts[1356], inklusive der Regelungen, auf die das SGG verweist[1357], und einer daraus folgenden fehlerhaften Durch-

1352 *BSG*, Beschluss vom 26.01.2005 – B 12 KR 62/04 B, juris-Rn. 9; *BSG*, Beschluss vom 19.02.2013 – B 5 RS 59/12 B, juris-Rn. 14; *BSG*, Beschluss vom 07.02.2017 – B 11 AL 72/16 B, juris-Rn. 9; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 111; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 15 f.; *Kummer,* Die Nichtzulassungsbeschwerde, Rn. 395; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 54.

1353 E. III. 1.

1354 *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 54; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 55 f.

1355 *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 55.

1356 Siehe bereits oben: E. II. 2. und insbesondere E. II. 2. b. dd.

1357 Insbesondere § 202 S. 1 und § 118 Abs. 1 S. 1 SGG (siehe: E. II. 2. a.).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

führung des Gerichtsverfahrens. Das *LSG* hat in einem solchen Fall eine Vorschrift des Verfahrensrechts also unrichtig angewandt. Der Begriff Verfahrensrechtsverletzung bringt dies treffender zum Ausdruck.[1358] Solche Verstöße oder Fehler betreffen den äußeren Verfahrensgang und können dem *LSG* auf dem prozessualen Weg zum Urteil (error in procedendo) unterlaufen.[1359] Ob das Verfahrensrecht durch die Berufungsinstanz verletzt ist, prüft das *BSG* im Rahmen seiner „bundesgerichtlichen" Verfahrensaufsicht. Dadurch wird wiederum die bundesweite Einheit der Rechtsprechung[1360] gewahrt.[1361] § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG umfasst keine Verletzungen des Verfahrensrechts im Verwaltungsverfahren[1362] oder im Klageverfahren[1363], sondern bezieht sich auf Verfahrensmängel des unmittelbar vorgeschalteten Verfahrens. Das wird insbesondere durch die Formulierung „auf dem die angefochtene Entscheidung beruhen kann" (§ 160 Abs. 2 Nr. 3, 1. Hs. SGG) deutlich.[1364] Keine Verfahrensmängel i.S.v. § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG[1365] sind Fehler hinsichtlich des inneren Vorgangs der richterlichen Rechtsfindung des *LSG* (error in iudicando). Diese Mängel werden im Rahmen der Rüge eines Verfahrensmangels nicht vom *BSG* kontrolliert.

1358 *BSG*, Urteil vom 25.11.1998 – B 6 KA 47/98 R, juris-Rn. 16; *BSG*, Beschluss, vom 29.11.1955 – 1 RA 15/54, juris-Rn. 4; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 56; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 33; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 56 und 58; *Becker*, SGb 2007, S. 328, 328; *Haueisen*, NJW 1955, S. 1857, 1857; Beispiele möglicher Verfahrensmängel sind bei *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 160 Rn. 22 oder bei *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 19 ff. zu finden.

1359 *BSG*, Urteil vom 07.02.1956 – 3 RK 19/54, juris-Rn. 7; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 56 f.; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 32; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 6; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 16a; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 09.12.2024, § 160 Rn. 150; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 114; *Kummer,* Die Nichtzulassungsbeschwerde, Rn. 445.

1360 E. III. 3.

1361 *BSG*, Beschluss vom 16.11.2000 – B 4 RA 122/99 B, juris-Rn. 25; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 55; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 55; *Becker*, SGb 2007, S. 328, 328; *Kummer,* Die Nichtzulassungsbeschwerde, Rn. 431.

1362 *BSG*, Beschluss vom 18.04.1958 – 10 RV 1035/56, juris-Rn. 3.

1363 *BSG*, Urteil vom 15.12.1955 – 4 RJ 108/54, juris-Rn. 18.

1364 *BSG*, Beschluss, vom 08.04.2020 – B 12 R 24/19 B, juris-Rn. 13; *BSG*, Urteil, vom 25.11.1998 – B 6 KA 4/98 R, juris-Rn. 16; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 09.12.2024, § 160 Rn. 156; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 56; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 56.

1365 Beispiele ausgeschlossener Verfahrensmängel sind bei *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 160 Rn. 23 zu finden.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Damit sind Rechtsanwendungsfehler[1366], also Auslegungs- oder Subsumtionsfehler bei der Anwendung des materiellen Rechts[1367], keine Verfahrensfehler.[1368] Das gilt auch für Rechtsfragen, welche sich auf Vorschriften des Prozessrechts beziehen. Auch diese stellen keinen Verfahrensmangel dar.[1369] Rechtsanwendungsfehler durch das *LSG* können nur mit der Grundsatzrüge gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG[1370] oder der Divergenzrüge gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 2 SGG[1371] verfolgt werden.[1372] Die Abgrenzung zwischen einem Verfahrensmangel und einem Rechtsfindungsmangel ist in der Praxis nicht immer einfach, weil gerichtliche Entscheidungen verfahrensfehlerhaft und gleichzeitig auch inhaltlich falsch sein können.[1373] Bedeutende Verfahrensfehler sind es z.B., wenn Urteile auf der Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäß § 62, 1. Hs. SGG (Art. 103 Abs. 1 GG[1374])[1375] oder der Verletzung der Garantie des gesetzlichen Richters gemäß § 33 S. 1 SGG (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG[1376])[1377] fußen.

1366 C. II. 1. d.
1367 C. I. 2. c. aa. (1) (ii).
1368 *BSG*, Urteil, vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 12; *BVerwG*, Beschluss vom 02.11.1955 – 9 B 710/94, juris-Rn. 4 f.; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 57; *Berchtold,* in: Berchtold/Karmanski/Richter, Prozesse in Sozialsachen, § 8 Rn. 252; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 33; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 09.12.2024, § 160 Rn. 151; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 58; *Becker*, SGb 2007, S. 328, 328.
1369 *BSG*, Beschluss vom 18.01.2012 – B 5 R 406/11 B, BeckRS 2012, 66268, Rn. 11; *Kummer,* Die Nichtzulassungsbeschwerde, Rn. 312; *Becker*, SGb 2007, S. 328, 328; a.A., welche es nicht ausschließt, dass Subsumtionsfehler bei der Rechtsanwendung, die sich auf die Anwendung von Verfahrensnormen beziehen, Verfahrensmängel sein können: *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 33 und *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 58.
1370 E. III. 3. a.
1371 E. III. 3. b.
1372 *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 58.
1373 *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 59 m.w.N.; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 33.
1374 B. II. 4. b.
1375 *BSG*, Beschluss vom 31.08.2017 – B 2 U 74/17 B, juris-Rn. 6 ff.; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 09.12.2024, § 160 Rn. 169 ff.; *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 29; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 20 m.w.N.
1376 B. II. 4. c.
1377 *BSG*, Beschluss vom 27.04.2010 – B 2 U 344/09 B, juris-Rn. 2 ff.; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 09.12.2024, § 160 Rn. 181 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Tatsächliches Vorliegen des Verfahrensmangels

Der Verfahrensmangel muss weiterhin gemäß § 144 Abs. 2 Nr. 3 SGG auch tatsächlich vorliegen. Die bloße Geltendmachung reicht also nicht aus. Deshalb hat das *BSG* den für die Feststellung des Verfahrensmangels notwendigen Sachverhalt von Amts wegen selbst zu ermitteln.[1378]

cc. Geltendmachung des Verfahrensmangels

Nur in einem zugelassenen Revisionsverfahren[1379] wird der Verfahrensmangel auch ohne Rüge von Amts wegen berücksichtigt. Während des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 160a SGG[1380] muss der Verfahrensmangel gemäß § 160a Abs. 2 S. 3 SGG geltend gemacht, also bezeichnet werden. Verfahrensmängel, welche von Amts wegen vom Gericht zu berücksichtigen sind, sind also von Verfahrensmängeln auf eine Rüge hin abzugrenzen.[1381]

dd. Beruhen der Entscheidung auf dem Verfahrensmangel

Die angegriffene Entscheidung des *LSG* muss weiterhin auf dem tatsächlich vorliegenden und geltend gemachten Verfahrensmangel beruhen können.

1378 *BSG*, Beschluss vom 13.02.2019 – B 6 KA 14/18 B, juris-Rn. 5 ff.; *BSG*, Beschluss vom 16.06.2016 – B 13 R 35/16 B, juris-Rn. 4 ff.; *BSG*, Beschluss vom 12.12.2018 – B 6 KA 28/18 B, juris-Rn. 5 ff.; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 22a; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 59; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 09.12.2024, § 160 Rn. 160; *Becker*, SGb 2007, S. 328, 330; *Kummer,* Die Nichtzulassungsbeschwerde, Rn. 460; *May,* Die Revision, IV. B. Rn. 97; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 231 f.

1379 E. III. 2. a.

1380 E. III. 2. b.

1381 *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 60; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 22; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 5b; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 164 Rn. 13; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 09.12.2024, § 160 Rn. 153.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Beim Beruhen Können reicht die Möglichkeit aus, dass das Urteil bei korrektem Verfahren anders ausgefallen wäre.[1382]

ee. Kein gesetzlicher Ausschluss des Verfahrensmangels gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 3, 2. Hs. SGG

§ 160 Abs. 2 Nr. 3, 2. Hs. SGG schließt bestimmte Verfahrensrechtsverletzungen als Verfahrensmängel aus.[1383] Diese Ausschlüsse gelten nur für das Verfahren einer Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 160a SGG. Wenn die Revision zugelassen wurde, können alle Verfahrensmängel gerügt werden.[1384] Nachfolgend wird auf die einzelnen Ausschlusstatbestände eingegangen ((1) bis (3)).

(1) § 109 SGG

Zunächst regelt § 160 Abs. 2 Nr. 3, 2. Hs. SGG, dass ein Verfahrensmangel nicht dadurch geltend gemacht werden kann, dass eine Verletzung des § 109 SGG gerügt wird. Dieser verfassungskonforme[1385] Ausschluss gilt uneingeschränkt und kann durch keine Ausnahme umgangen werden.[1386]

1382 *BSG*, Beschluss vom 19.11.2007 – B 5a/5 R 382/06 B, juris-Rn. 4; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 09.12.2024, § 160 Rn. 161 f.; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 162 Rn. 7; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 19; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 9; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 61 m.w.N.

1383 *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 54; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 32; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 62 ff. und 71 ff.

1384 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 28d.; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 32 m.w.N.; *Giesbert*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 128 Rn. 66; *Littmann,* in: Berchtold, SGG, § 144 Rn. 20; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 160 Rn. 24; *Haueisen,* NJW 1959, S. 1348, 1351.

1385 *BVerfG*, Kammerbeschluss vom 12.04.1989 – 1 BvR 1425/88, juris-Rn. 4.

1386 *BSG*, Beschluss vom 10.07.2018 – B 13 R 64/18 B, juris-Rn. 6 m.w.N.; *BSG*, Beschluss vom 28.02.2017 – B 9 SB 69/16 B, juris-Rn. 8 m.w.N.; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 63; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 17b; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) § 128 Abs. 1 S. 1 SGG

Weiterhin kann ein geltend gemachter Verfahrensmangel nicht auf § 128 Abs. 1 S. 1 SGG gestützt werden, was der Wortlaut des § 160 Abs. 2 Nr. 3, 2. Hs. SGG eindeutig und ausnahmslos festlegt. Das inkludiert logischerweise auch die Verletzung von Denkgesetzen und Erfahrungssätzen, weil eine Verletzung von diesen im Ergebnis auch eine Verletzung von § 128 Abs. 1 S. 1 SGG darstellt[1387].[1388] Nicht zulässig ist ebenso, wenn Fragen der Beweiswürdigung von Einzeltatsachen gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG[1389] in Fragen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG[1390] umgewandelt und gerügt werden.[1391] Die Rüge der Verletzung der Begründungspflicht der freien Überzeugungsbildung gemäß § 128 Abs. 1 S. 2 SGG[1392] ist nicht durch § 160 Abs. 2 Nr. 3, 2. Hs. SGG ausgeschlossen und kann dementsprechend als Verfahrensmangel geltend gemacht werden.[1393]

(3) § 103 SGG

Die Zulassung der Revision aufgrund einer Verletzung des Amtsermittlungsgrundsatzes gemäß § 103 SGG ist eingeschränkt. So kann sich der Beschwerdeführer gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 3, 2. Hs. SGG auf eine Verletzung von § 103 SGG nur berufen, wenn im Berufungsverfahren ein Beweisan-

1387 Siehe: E. II. 2. b. dd.

1388 *BSG*, Beschluss vom 25.04.2019 – B 13 R 233/17 B, juris-Rn. 17; *BSG*, Beschluss vom 31.01.2017 – B 3 KR 44/16 B, juris-Rn. 10; *BSG*, Beschluss vom 26.01.1977 – 11 BA 184/76, juris-Rn. 3; *BSG*, Beschluss vom 24.01.2012 – B 13 R 407/11 B, BeckRS 2012, 66704, Rn. 5; *BSG*, Beschluss vom 09.02.2011 – B 11 AL 71/10 B, juris-Rn. 7; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 57 und 64; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 58; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 09.12.2024, § 160 Rn. 151; *Becker*, SGb 2007, S. 328, 329; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 32 m.w.N.; zur Verfassungskonformität dieses Ausschlusses: *BVerfG*, Kammerbeschluss vom 12.09.1991 – 1 BvR 765/91, juris-Rn. 5.

1389 E. II. 2. b. aa. (1).

1390 E. III. 3. a.

1391 *BSG*, Beschluss vom 18.01.2012 – B 5 R 406/11 B, BeckRS 2012, 66268, Rn. 12 m.w.N.; *BSG*, Beschluss vom 18.12.20120 – B 13 R 320/10 B, juris-Rn. 6 m.w.N.

1392 E. II. 2. b. bb. (2).

1393 *Hübschmann,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 104 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

trag[1394] gestellt wurde, welchen das *LSG* ohne hinreichende Begründung nicht berücksichtigt hat.[1395] Mit der Berufung auf einen Verfahrensfehler des *LSG* aufgrund der Verletzung der Amtsermittlungspflicht des Gerichts gemäß § 103 SGG[1396] wird eine Sachaufklärungsrüge oder Amtsaufklärungsrüge, also die Geltendmachung eines Verfahrensfehlers im Sinne des Verstoßes gegen die Sachaufklärungspflicht der Tatsacheninstanz, verfolgt.[1397] Der angesprochene Beweisantrag erfüllt eine Warnfunktion und muss vom Beschwerdeführer während des Berufungsverfahrens gestellt werden. Der Beweisantrag soll das *LSG* demnach darauf hinweisen, dass dieses weiter zu ermitteln hat, weil die Sachverhaltsermittlung nach Meinung des Beschwerdeführers unvollständig ist.[1398] Der Antrag muss insbesondere aufführen, welcher Beweis erhoben werden und was die Beweisaufnahme ergeben soll. Damit hat der Antrag auch den Anforderungen des § 118 Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. einzelnen Vorschriften der ZPO[1399] zu entsprechen.[1400]

1394 Zur dazu widersprüchlichen Aussage in § 103 S. 2 SGG, wonach das Gericht nicht an die Beweisanträge der Beteiligten gebunden ist (E. I. 1.): *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 41 und *Karmanski*, in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 71.

1395 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 18; *Karmanski*, in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 71; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 09.12.2024, § 160 Rn. 231.

1396 E. I. 1.

1397 *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 71; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 54; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 09.12.2024, § 160 Rn. 231.

1398 *BSG*, Beschluss vom 11.11.2020 – B 3 KR 33/20 B, juris-Rn. 6 m.w.N.; *BSG*, Beschluss vom 20.04.2021 – B 8 SO 90/20 B, juris-Rn. 8; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 18a; *Karmanski*, in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 71; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 09.12.2024, § 160 Rn. 234; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 41.

1399 Siehe: E. II. 2. a.

1400 *BSG*, Beschluss vom 12.12.2003 – B 13 RJ 179/03, juris-Rn. 5 ff.; *BSG*, Beschluss vom 29.03.2007 – B 9a VJ 5/06 B, juris-Rn. 11 f.; *BSG*, Beschluss vom 26.11.1981 – 4 BJ 87/81, juris-Rn. 6; *Karmanski*, in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 72; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 09.12.2024, § 160 Rn. 236.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Voraussetzungen für die Begründetheit der Revision gemäß § 162 SGG

§ 162 SGG trifft Aussagen zum Umfang der revisionsgerichtlichen Überprüfung der Entscheidung des vorentscheidenden *LSG*.[1401] Grundsätzlich wird mit der Vorschrift ausgesagt, dass das *BSG* die angefochtene Entscheidung der Vorinstanz auf die richtige Anwendung des Rechts auf die festgestellten Tatsachen überprüft.[1402] Konkreter regelt die Norm einerseits die Revisibilität von Rechtsnormen, also die Bestimmung der im Einzelfall durch das *BSG* zu prüfenden Rechtsvorschriften.[1403] Nach herrschender Meinung statuiert § 162 SGG andererseits die Voraussetzungen der Begründetheit der Revision an das *BSG*.[1404] Demnach ist die Revisibilität einer Rechtsnorm keine Voraussetzung der Zulässigkeit der Revision[1405] an das *BSG*.[1406] Begründet ist die Revision an das *BSG* demnach, wenn das angefochtene Urteil des Berufungsgerichts auf einer Gesetzesverletzung (a. aa.) einer revisiblen Norm des Bundesrechts (§ 162, 1. Alt. SGG) (a. bb.) oder einer sonstigen revisiblen Rechtsvorschrift (§ 162, 2. Alt. SGG) (a. cc.) beruht (b.). Das *BSG* kontrolliert also nur die Rechtsanwendung des im Einzelfall einschlägigen revisiblen Rechts.[1407]

1401 *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 162 Rn. 3; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 2; *May,* Die Revision, VI. A. Rn. 2.

1402 *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 2; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 1; *Haueisen,* NJW 1959, S. 1348, 1348.

1403 *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 2; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 1; *May,* Die Revision, VI. A. Rn. 2.

1404 *BSG,* Urteil vom 19.03.1992 – 7 RAr 26/91, juris-Rn. 21 m.w.N.; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 2; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 1 f.; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 162 Rn. 3; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 162 Rn. 1; *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 162 Rn. 6; *Düring,* in: Jansen, SGG, § 162 Rn. 2 f.; *Hauck*, in: Zeihe, SGG, 08/2017, § 162 Rn. 1d; a.A.: *May*, welcher durch § 162 SGG nicht die Voraussetzungen der Begründetheit der Revision geregelt sieht (*May,* Die Revision, VI. A. Rn. 2).

1405 E. III. 3.

1406 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 2 m.w.N.

1407 *BSG,* Urteil vom 23.01.2018 – B 2 U 10/16 R, juris-Rn. 24; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 2; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 422 und 425; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 162 Rn. 3 f.; *Röhl,* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 162 Rn. 13; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 162 Rn. 3 und 8.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a. Verletzung einer Rechtsnorm des Bundes (§ 162, 1. Alt. SGG) oder einer sonstigen revisiblen Rechtsvorschrift (§ 162, 2. Alt. SGG)

aa. Rechtsverletzung

Wie bereits ausgeführt wurde, ist unter einer Gesetzesverletzung eine unrichtige Rechtsanwendung von Normen des formellen und materiellen Rechts zu verstehen (§ 202 S. 1 SGG i.V.m. § 546 ZPO).[1408] Die vom Revisionskläger geltend gemachte Rechtsverletzung muss sich auf eine revisible Rechtsnorm beziehen.[1409]

bb. Vorschrift des Bundesrechts gemäß § 162, 1. Alt. SGG

Zum Bundesrecht gehören[1410] insbesondere die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, also das GG, die einfachen Parlamentsgesetze[1411] und Rechtsverordnungen des Bundes (Art. 80 Abs. 1 GG)[1412].[1413] Ferner zählen zum revisiblen Bundesrecht die allgemeinen Regeln des Völkerrechts gemäß Art. 25 GG[1414], das unmittelbar im Bundesgebiet geltende Gemeinschaftsrecht der europäischen Union gemäß Art. 24 Abs. 1 GG[1415] oder

1408 Siehe: C. II. 1. d. und E. III. 3. c.
1409 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 5b und 8.
1410 Übersicht bei: *a.a.O.,* Rn. 4a f.
1411 C. I. 2. a.
1412 C. I. 2. c. aa. (1) (i).
1413 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 4a.; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 13; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 425.
1414 *Heintschel von Heinegg/Frau*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 25 Rn. 19 ff. m.w.N.
1415 Zum europäischen Gemeinschaftsrecht gehört insbesondere das Primärrecht der europäischen Union, also die europäischen Verträge, z.B. der Vertrag über die Europäische Union (EUV) und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) (*Herdegen,* Europarecht, § 1 Rn. 5 und § 8 Rn. 1 und 4 f.; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 13 Rn. 25 f.) oder das Sekundärrecht der europäischen Union, z.B. in nationales Recht überführte EU-Richtlinien (*BVerfG,* Kammerbeschluss vom 09.07.1992 – 2 BvR 1096/92, juris-Rn. 22 m.w.N.; *Herdegen,* Europarecht, § 1 Rn. 5 und § 8 Rn. 1 und 62 ff.; *Muthorst,* Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 13 Rn. 27 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ratifizierte völkerrechtliche Verträge gemäß Art. 59 GG.[1416] Bundesweit geltende öffentlich-rechtliche Verträge[1417] sind auch revisibles Bundesrecht.[1418] Allgemeine Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze[1419] und (allgemeine) Erfahrungssätze[1420] sind ebenfalls zum Bundesrecht zu zählen, wenn sie dieses ergänzen oder aus diesem abgeleitet werden.[1421] Diese herrschende Ansicht wird in dieser Arbeit so verstanden, dass diese Grundsätze an sich nicht revisibel sind, weil sie keine Rechtsnormen[1422] darstellen. Vielmehr bedeutet ihre Verletzung im Ergebnis einen Verstoß gegen das jeweils einschlägige formelle[1423] oder materielle Recht, was dann revisibel ist.

cc. Sonstige revisible Rechtsnorm gemäß § 162, 2. Alt. SGG

Landesrecht ist grundsätzlich nicht revisibel. Jedoch können gemäß § 162, 2. Alt. SGG landesrechtliche, überbezirkliche Normen[1424] revisibel sein. Diesbezüglich regelt die Norm, dass neben bundesrechtlichen Vorschriften, auch sonstige im Bezirk des Berufungsgerichts geltende Vorschriften, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus

1416 *BSG,* Urteil vom 29.01.2002 – B 10 EG 2/01 R, juris-Rn. 11 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 21.02.2013 – B 10 EG 20/12 R, juris-Rn. 18 m.w.N.; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 4b; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 13; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 162 Rn. 6; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 435; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 162 Rn. 11 f.

1417 Siehe bereits zur Auslegung solcher Verträge: C. II. 1. b. aa.

1418 *BSG,* Urteil vom 03.03.1999 – B 6 KA 18/98 R, juris-Rn. 14.

1419 E. II. 2. b. cc. (2).

1420 E. II. 2. b. cc. (4).

1421 *BSG,* Urteil vom 18.05.1983 – 6 RKa 22/80, juris-Rn. 12 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 30.10.2014 – B 5 R 8/14 R, juris-Rn. 34 m.w.N.; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 4b; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 435; *Röhl,* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 162 Rn. 37 und 42 ff. m.w.N.; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 162 Rn. 2; *Hauck,* in: Zeihe, SGG, 08/2017, § 162 Rn. 8a ii); ebenso in Bezug auf § 137 Abs. 1 VwGO: *Schenke,* in: Kopp, VwGO, § 137 Rn. 8 m.w.N. oder in Bezug auf § 337 Abs. 1 StPO: *Knauer/Kudlich,* in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 3, § 337 Rn. 37 ff.

1422 C. I. 2.

1423 Siehe oben zum Verstoß gegen § 128 Abs. 1 S. 1 SGG: E. II. 2. b. dd.

1424 Übersicht bei: *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 5 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erstreckt, revisibel sind[1425]. Die betreffende Norm muss also neben dem Bezirk des Berufungsgerichts noch in mindestens einem weiteren Bundesland Geltung haben oder gehabt haben und zudem für die Entscheidung des *BSG* relevant sein.[1426] Als überbezirkliches Recht kommen z.B. Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen[1427] in Frage. Aber auch Satzungsbestimmungen eines Versicherungsträgers[1428], die über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus gelten, Rahmen-Gesamtverträge für die kassenärztliche Versorgung[1429] oder Rahmenverträge, die beispielsweise Regelungen zu Weiterbildungsmaßnahmen für Physiotherapeuten[1430] enthalten, können sonstiges revisibles Recht darstellen.[1431]

dd. Nicht revisibles Recht

Nicht revisbibles Bundesrecht[1432] stellen z.B. landesrechtliche Verträge dar. Dazu zählen z.B. die dreiseitigen Verträge gemäß § 115 SGB V[1433] zwischen den *Landesverbänden der Krankenkassen*, den *Kassenärztlichen Vereinigungen* und der *Landeskrankenhausgesellschaft*. Demnach sind diese Regelungen nicht durch das *BSG* überprüfbar.[1434] Grundsätzlich nicht revisibel sind auch Verwaltungsvorschriften.[1435] Ebenfalls kein Bundesrecht ist ehemaliges Recht der Deutschen Demokratischen Republik (DDR), es sei denn, es gilt nach den Bestimmungen des Art. 9 Abs. 2 und 4 Einigungsvertrages

1425 *A.a.O.,* Rn. 2, Rn. 4 und 5; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 1; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 162 Rn. 16; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 162 Rn. 18.

1426 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 5; *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 162 Rn. 46; *May,* Die Revision, VI. A. Rn. 57.

1427 *BSG,* Urteil vom 09.02.2006 – B 7a/7 AL 48/04 R, juris-Rn. 20.

1428 Beispielhaft: *BSG,* Urteil vom 27.02.1970 – 2 RU 151/68, juris-Rn. 14 oder *BSG,* Urteil vom 10.03.1915 – B 1 A 10/13 R, juris-Rn. 18.

1429 Beispielhaft: *BSG,* Urteil vom 29.11.2006 – B 6 KA 4/06 R, juris-Rn. 20.

1430 Beispielhaft: *BSG,* Urteil vom 16.03.2017 – B 3 KR 24/15 R, juris-Rn. 20.

1431 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 5; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 162 Rn. 16; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 162 Rn. 4.

1432 Übersicht bei: *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 6-6c.

1433 Zur Rechtsnatur: *Becker,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 115 Rn. 4 f. oder *Hänlein,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 115 Rn. 2.

1434 *BSG,* Urteil vom 06.09.2006 – B 6 KA 31/05 R, juris-Rn. 9 f.

1435 *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 162 Rn. 36 m.w.N.; *Schenke,* in: Kopp, VwGO, § 137 Rn. 18; siehe zur fehlenden Rechtsnormqualität von Verwaltungsvorschriften bereits: C. I. 2. c. aa. (2).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(EV)[1436] als (sekundäres) Bundesrecht fort.[1437] Das frühere DDR-Recht, welches bis zum 02.10.1990 Geltung in der DDR beanspruchte, ist vielmehr als ausländisches Recht einzustufen.[1438] Ausländisches Recht ist kein innerhalb der Bundesrepublik Deutschland (BRD) geltendes revisibles Recht.[1439]

b. Kausalität der Rechtsverletzung

Gemäß § 162 SGG muss das Urteil des zuständigen *Landessozialgerichts* auf der Verletzung einer Rechtsnorm des Bundes oder einer sonstigen revisiblen Rechtsvorschrift beruhen.[1440] Ein Beruhen auf der Rechtsverletzung ist zu bejahen, wenn eine korrekte Rechtsanwendung zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, also wenn die Rechtsverletzung als Ursache der Entscheidung des *LSG* gesehen werden kann.[1441] § 202 S. 1 SGG i.V.m. § 547 Nr. 1-7 ZPO nennt abschließend absolute Revisionsgründe. Bei diesen wird unwiderlegbar vermutet, dass das Urteil auf der Gesetzesverletzung beruht.[1442]

1436 Gesetz zu dem Vertrag vom 31.08.1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einigkeit Deutschlands (Einigungsvertragsgesetz – EinigVtrG) und der Vereinbarung vom 18.09.1990 vom 23.09.1990 (BGBl. II, S. 885).

1437 *BSG,* Urteil vom 06.03.2003 – B 4 RA 13/02 R, juris-Rn. 17; *BSG,* Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 20; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 4a; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 162 Rn. 10; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 162 Rn. 15; *Neumann/Korbmacher,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 137 Rn. 47 ff. m.w.N.

1438 *Prütting,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 1, ZPO § 293 Rn. 21.

1439 *BSG*, Urteil vom 11.05.2011 – B 5 R 22/10 R, juris-Rn. 23; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 5 und 16; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 436; *Kummer,* Die Nichtzulassungsbeschwerde, Rn. 330; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 6c; *Nober,* in: Anders/Gehle, ZPO, § 545 Rn. 8 m.w.N.

1440 *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 162 Rn. 7; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 9.

1441 *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 162 Rn. 7; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 9; *Röhl,* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 162 Rn. 17; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 162 Rn. 28.

1442 *BSG*, Urteil vom 25.09.2015 – B 13 R 97/15 B, juris-Rn. 6 f.; *BSG*, Urteil vom 16.06.2016 – B 13 R 35/16 B, juris-Rn. 5; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 19; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 9 ff.; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 162 Rn. 7; *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 162 Rn. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Begründung der zugelassenen Revision gemäß § 164 Abs. 2 SGG

Nach der Zulassung der Revision, gleich ob im Urteil des *SG*, des *LSG* oder im Beschluss des *BSG* aufgrund einer Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 160a SGG, muss der Revisionskläger die Revision gemäß § 164 Abs. 1 S. 1 SGG innerhalb eines Monats selbständig einlegen. Wird keine Revision innerhalb dieser Frist eingelegt, wird das Urteil des *SG* oder des *LSG* rechtskräftig.[1443] Zudem muss die Revision gemäß § 164 Abs. 2 S. 1 SGG innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils oder des Beschlusses über die Zulassung der Revision begründet werden. Die Anforderungen an die Revisionsbegründung sind in § 164 Abs. 2 S. 3 SGG normiert. Hierbei wird zwischen Sachrügen und Verfahrensrügen[1444] unterschieden. Die Revisionsbegründung muss bei einer Sachrüge die Gründe enthalten, weshalb das Urteil der Vorinstanz unrichtig ist, weil eine revisible Rechtsvorschrift nicht oder nicht richtig angewandt wurde (§ 164 Abs. 2 S. 3, 1. Hs. SGG). Bei einer Verfahrensrüge sind die Tatsachen zu bezeichnen, die den Mangel ergeben (§ 164 Abs. 2 S. 3, 2. Hs. SGG).[1445] Wenn sich die notwendige Begründung bereits aus einer zuvor eingelegten Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 160a SGG entnehmen lässt, kann auf eine Begründung verzichtet werden.[1446]

1443 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 164 Rn. 2; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 164 Rn. 1.

1444 E. III. 1.

1445 *BSG Großer Senat,* Beschluss vom 13.06.2018 – GS 1/17, juris-Rn. 33 f. und 38 f.; *BSG*, Urteil, vom 06.11.2018 – B 1 KR 30/18 R, juris-Rn. 9; *BSG*, Urteil vom 06.05.2009 – B 6 A 1/08, juris-Rn. 75 f.*; Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 164 Rn. 7, Rn. 11 und 12 ff.; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 164 Rn. 8, Rn. 16 ff. und 28 f.; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 164 Rn. 3 und 6; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 164 Rn. 55 ff.; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 422 ff.

1446 *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 164 Rn. 50.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

6. Bindung des *BSG* an die festgestellten Tatsachen der Vorinstanz gemäß § 163 SGG

a. Grundsatz der Bindung gemäß § 163, 1. Hs. SGG

Das *BSG* ist gemäß § 163, 1. Hs. SGG[1447] an die in dem angefochtenen Urteil der jeweiligen Vorinstanz gemäß § 103[1448] und § 128 Abs. 1 S. 1 SGG[1449] getroffenen Tatsachenfeststellungen bzw. an den festgestellten konkreten Lebenssachverhalt gebunden (Tatsachenfrage[1450]).[1451] Mit Bindung ist gemeint, dass das *BSG* die festgestellten Tatsachen (Einzeltatsachen) der Vorinstanz seiner rechtlichen Bewertung zugrunde legen muss, um eine Sachentscheidung treffen zu können. Das *BSG* darf also grundsätzlich nicht im Rahmen einer eigenen Beweiswürdigung eigenen Feststellungen treffen, um unvollständige oder fehlende Tatsachenfeststellungen der Vorinstanzen zu ergänzen, zu ersetzen, nachzuholen oder um sich widersprechende Tatsachenfeststellungen zu ersetzen. Die Bindung bezieht sich also nicht auf die Rechtsanwendung (Rechtsfrage[1452]). Unwichtig ist, ob das Urteil des *LSG* auf diesen Tatsachen beruht oder nicht.[1453] Diese Bindung ist zu unterscheiden von der Bindung des Gerichts an das Gesetz gemäß Art. 20 Abs. 3, 2. Hs. i.V.m. Art. 97 Abs. 1, 2. Hs. GG[1454], der Bindung aufgrund eines der Verwaltung eingeräumten Beurteilungsspielraums, welcher gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist[1455], oder der Bindung aufgrund einer

1447 Die Ursprungsfassung der Rechtsvorschrift (SGG vom 03.09.1953 (BGBl. I, S. 1239)) gilt bis heute (*Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 163 Rn. 1).

1448 E. I. 1.

1449 E. II. 2. b. aa. (1) (iii).

1450 C. III. 2. b. bb.

1451 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 2; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 26; *Hübschmann,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 103.

1452 C. III. 2. a.

1453 *BSG,* Urteil vom 23.08.2007 – B 4 RS 1/06 R, juris-Rn. 38; *BSG,* Urteil vom 10.11.1993 – 11 RAr 47/93, juris-Rn. 24; *BSG*, Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 28; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 1 ff. und 5; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 452 f.; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 13; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 4; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 6; *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 163 Rn. 26 ff.

1454 B. II. 2. b.

1455 C. II. 1. c. bb.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eingeschränkten Kontrolle des *BSG* bei nicht-revisiblem Recht gemäß § 162 SGG[1456].

b. Ausnahmen von der Bindung des *BSG* gemäß § 163, 2. Hs. SGG

Von dem Grundsatz der Bindung des *BSG* an die tatsächlichen Feststellungen des vorentscheidenden Gerichts gibt es verschiedene Ausnahmen.[1457] Grundsätzlich ist das *BSG* nicht an unklare, widersprüchliche oder lückenhafte Tatsachenfeststellungen gebunden.[1458] Zudem entfällt die Bindung gemäß § 163, 2. Hs. SGG, „[…] wenn in bezug auf diese Feststellungen zulässige und begründete Revisionsgründe vorgebracht sind".[1459] Solche Gründe bestehen in Verfahrensfehlern. Dazu gehört z.B., dass das Tatsachengericht die Amtsermittlungspflicht gemäß § 103 SGG[1460] oder den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäß § 128 Abs. 2 SGG[1461] verletzt, die Grenzen der Beweiswürdigung gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG[1462] überschritten oder nicht gemäß § 128 Abs. 1 S. 2 SGG[1463] begründet hat.[1464] Das Vorbringen solcher Revisionsgründe kann in einer Verfahrensrüge[1465] in der Revisionsbegrün-

1456 E. III. 4. a. dd.

1457 *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 13-23; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 5a-6; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 16 ff.

1458 *BSG*, Urteil vom 25.06.2020 – B 10 EG 1/19 R, juris-Rn. 34; *BSG,* Urteil vom 20.3.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 24*; BSG*, Urteil vom 19.01.2005 – B 11a/11 AL 41/04 R, juris-Rn. 16; *BSG*, Urteil vom 05.05.2009 – B 1 KR 20/08 R, juris-Rn. 16; *BSG*, Urteil vom 21.10.1999 – B 11 AL 21/99 R, juris-Rn. 24; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 2; *Hauck*, in: Zeihe, SGG, 08/2017, § 163 Rn. 4a; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 163 Rn. 16; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 23.

1459 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 1 und 5a; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 452.

1460 E. I. 1.

1461 E. II. 2. b. bb. (1).

1462 E. II. 2. b. cc.

1463 E. II. 2. b. bb. (2).

1464 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 5a; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 30 und 32 f.; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 449; *Hübschmann,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 103.

1465 E. III. 1. und E. III. 3. c.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dung gemäß § 164 Abs. 2 S. 1 und 3, 2. Hs. SGG[1466] erfolgen.[1467] Daneben gibt es durch das *BSG* von Ams wegen zu berücksichtigende Verfahrensmängel. Dazu gehört z.B. das Fehlen von allgemeinen Prozessvoraussetzungen oder die Verletzung von grundlegenden Prinzipien des sozialgerichtlichen Verfahrens durch das Tatsachengericht. Zu diesen Prinzipien sind z.B. die Mitwirkung ehrenamtlicher Richter oder die korrekte Besetzung der Richterbänke[1468] zu zählen. Verstöße gegen diese Prinzipien können den Grundsatz des gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 1 GG[1469] berühren.[1470] Auch sogenannte generelle Tatsachen sind der Bindung des *BSG* gemäß § 163, 1. Hs. SGG entzogen.[1471]

1466 E. III. 5.

1467 *BSG,* Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 12; *BSG,* Urteil vom 24.01.2023 – B 1 KR 7/22 R, juris-Rn. 47 f.; *BSG*, Urteil vom 08.11.2005 – B 1 KR 18/04 R, juris-Rn. 17; *BSG,* Urteil vom 25.04.2002 – B 11 AL 89/01 R, juris-Rn. 18; *BSG,* Urteil vom 30.09.1980 – 10 RV 57/79, juris-Rn. 19 f.; *BSG,* Urteil vom 11.05.2000 – B 7 AL 18/99 R, juris-Rn. 20; *BSG*, Urteil vom 12.09.2019 – B 9 V 2/18 R, juris-Rn. 28 ff.; *BSG*, Urteil vom 26.11.2019 – B 2 U 3/18 R, juris-Rn. 25; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 5a; *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 163 Rn. 30; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 163 Rn. 24 ff.; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 31.

1468 E. I. 3.

1469 B. II. 4. c.

1470 *BSG*, Urteil vom 08.11.2007 – B 9/9a SB 3/06 R, juris-Rn. 11 ff.; *BSG*, Urteil vom 08.10.2019 – B 12 KR 8/19 R, juris-Rn. 16 ff.; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 17 f.; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 170 Rn. 12; beachtet werden muss jedoch, dass in gewissen Fallkonstellationen die Verletzung des Verfahrensgrundrechts des gesetzlichen Richters durch den Revisionskläger gerügt werden muss (*BSG*, Urteil vom 15.05.1985 – 7 RAr 103/83, juris-Rn. 17; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 19).

1471 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 7; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 454; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 163 Rn. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

7. Sachentscheidung durch das *BSG* oder Zurückverweisung des Rechtsstreits an die Berufungsinstanz gemäß § 170 Abs. 2 SGG

In § 170 Abs. 1 SGG ist geregelt, dass das *BSG* die Revision zurückweist, wenn diese unbegründet ist.[1472] § 170 Abs. 2 SGG[1473] regelt hingegen zwei Alternativen, wie das *BSG* bei einer begründeten Revision verfahren kann.[1474] Auf diese beiden Alternativen des § 170 Abs. 2 SGG ist nachfolgend einzugehen (a. und b.).

a. Sachentscheidung durch das *BSG* gemäß § 170 Abs. 2 S. 1 SGG

Bei einer begründeten Revision hat das *BSG* eine abschließende Entscheidung in der Sache herbeizuführen (§ 170 Abs. 2 S. 1 SGG) und die angefochtene Entscheidung des Tatsachengerichts aufzuheben. Begründet ist die Revision, wenn sich die angefochtene Entscheidung aufgrund einer Gesetzesverletzung revisiblen Rechts (§ 170 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 162 SGG[1475]) als unrichtig erweist.[1476]

b. Unmöglichkeit einer Sachentscheidung durch das *BSG* aufgrund mangelnder Sachverhaltsermittlung durch das Tatsachengericht gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG

Begründet ist die Revision aber auch dann, wenn eine Sachentscheidung durch das *BSG* nicht möglich ist, weil sich die durch das Tatsachen-

---

1472 *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 536; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 170 Rn. 5; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 170 Rn. 14 ff.

1473 Die Ursprungsfassung der Rechtsvorschrift (SGG vom 03.09.1953 (BGBl. I, S. 1239)) gilt, mit Ausnahme von zwei Änderungen, bis heute (*Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 170 Rn. 1 f.).

1474 *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 170 Rn. 18.

1475 E. III. 4.

1476 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 170 Rn. 6, Rn. 6b; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 170 Rn. 8 und 10; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 543; *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 170 Rn. 26; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 170 Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gericht ermittelte Tatsachengrundlage als unzureichend darstellt.[1477] Das schließt nicht aus, dass sich aufgrund nachgeholter Feststellungen durch das Tatsachengericht und ein sich daraus ergebender neuer Sachverhalt die ursprünglich aufgehobene Entscheidung dann als richtige Entscheidung ausweist.[1478] Jedenfalls regelt § 170 Abs. 2 S. 2 SGG die Zurückverweisung aufgrund mangelnder Sachverhaltsermittlung der Vorinstanz. So ist dort geregelt, dass, wenn Feststellungen des vorentscheidenden Tatsachengericht nicht ausreichend sind bzw. fehlen oder widersprüchlich sind und deshalb eine abschließende Entscheidung in der Sache durch das *BSG* nicht möglich („untunlich") ist, dieses das angefochtene Urteil mit den ihm zugrunde liegenden Feststellungen aufhebt und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Tatsachengericht zurückverweist[1479]. Insbesondere bei einer mangelhaften Aufklärung i.S.v. § 103 SGG kann die Nachholung tatsächlicher Feststellungen geboten sein.[1480] Das Tatsachengericht hat dann den Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht neu zu prüfen und ist dabei gemäß § 170 Abs. 5 SGG an die rechtliche Beurteilung des *BSG* gebunden.[1481] Wenn die das *BSG* bindenden Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz (§ 163 SGG) eine abschließende Entscheidung zulassen, hat das *BSG* zu entscheiden. Ein Ermessensspielraum hinsichtlich einer möglichen

1477 *BSG*, Urteil vom 31.01.1974 – 4 RJ 235/72, juris-Rn. 15; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 170 Rn. 7; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 543 f.; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 170 Rn. 4.

1478 *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 170 Rn. 4; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 544.

1479 *BSG*, Urteil vom 01.10.1964 – 11/1 RA 246/61, juris-Rn. 18; *BSG*, Urteil vom 20.03.2018 –B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 7 und 19 ff.; *BSG*, Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris-Rn. 7 und 19 ff.; *BSG*, Urteil vom 24.05.2007 – B 1 KR 18/06 R, juris-Rn. 8 f. und 39; *BSG*, Urteil vom 30.10.2014 – B 5 R 8/14 R, juris-Rn. 25.

1480 *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 452 und 549 f.; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 170 Rn. 7 und 8a f.; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 170 Rn. 20; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 170 Rn. 5; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 170 Rn. 11; *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 170 Rn. 31 f.; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 170 Rn. 20 f. und 24; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 13.

1481 *BSG*, Urteil vom 26.04.2007 – B 4 R 89/06 R, juris-Rn. 18 ff.; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 170 Rn. 9 ff.; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 170 Rn. 28 ff.; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 556 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zurückverweisung besteht dann nicht.[1482] Neben § 163 SGG ist § 170 Abs. 2 S. 2 SGG ebenfalls als eine Umsetzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG[1483] zu sehen.

8. Der *Große Senat des BSG* gemäß § 41 SGG

Gemäß § 41 Abs. 1 SGG wird beim *BSG* ein *Großer Senat* gebildet. Dieser entscheidet nach Anrufung eines Senats des *BSG* in unterschiedlichen Angelegenheiten (a. und b.).[1484] Die Besetzung des *Großen Senats* richtet sich nach § 41 Abs. 5 und 6 SGG. So wird der *Große Senat* von der Präsidentin des *BSG*, je einem Berufsrichter der Senate und je zwei ehrenamtlichen Richtern gebildet.[1485]

a. Divergenzvorlage gemäß § 41 Abs. 2, 3 SGG

Zur Sicherstellung der Rechtseinheit und Rechtssicherheit entscheidet der *Große Senat* vorrangig[1486], wenn ein Senat in einer Rechtsfrage des formellen oder materiellen Rechts von der Entscheidung eines anderen Senats oder des *Großen Senats* abweichen[1487] will (§ 41 Abs. 2, 3 SGG). In diesem Fall ist der erkennende Senat zur Anrufung des *Großen Senats* verpflichtet.[1488] Fragen tatsächlicher Art, etwa hinsichtlich medizinischer

1482 *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 170 Rn. 20; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 170 Rn. 5; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 548.

1483 B. II. 4. c.

1484 *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 41 Rn. 2; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 41 Rn. 2.

1485 *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 41 Rn. 29; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 41 Rn. 3 ff.

1486 *Roos,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 41 Rn. 26 f.

1487 Siehe zum Zulassungsgrund der Revision aufgrund einer Divergenzrevision gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 2 SGG oben: E. III. 3. b.

1488 *BSG Großer Senat,* Beschluss vom 07.10.1992 – GS 2/91, juris-Rn. 14 f.; *BSG Großer Senat,* Beschluss vom 25.09.2007 – GS 1/06, juris-Rn. 9 ff.; *BSG Großer Senat,* Beschluss vom 21.05.1969 – GS 2/67, juris-Rn. 9 ff.; *Roos,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 41 Rn. 9 und 12 ff.; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 41 Rn. 4 ff.; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 41 Rn. 6 ff.; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 41 Rn. 7 und 9.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

oder wissenschaftlicher Fragen, können dem *großen Senat* nicht vorgelegt werden.[1489]

b. Vorlage bei grundsätzlicher Bedeutung einer Rechtsfrage gemäß § 41 Abs. 4 SGG

Der *Große Senat* entscheidet auch über die Vorlage eines erkennenden Senats des *BSG* über eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (§ 41 Abs. 4 SGG). Diese Vorlage steht im Ermessen des jeweiligen erkennenden Senats des *BSG*.[1490] Grundsätzlich gelten im Rahmen von § 41 Abs. 4 SGG die gleichen Anforderungen an das Merkmal der grundsätzlichen Bedeutung einer Rechtsfrage, wie sie bereits weiter oben dargestellt wurden[1491]. Jedoch hat die grundsätzliche Bedeutung i.S.v. § 41 Abs. 4 SGG „einen eigenen und über die Grundsätzlichkeit i.S.v. § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG hinausgehenden Stellenwert". Eine Grundsatzentscheidung durch den *Großen Senat* ist insbesondere erforderlich, wenn "prozessuales Querschnittsrecht" betroffen ist, wenn sich also prozessuale Grundfragen in mehreren Fachsenaten gleichermaßen stellen.[1492]

9. Zwischenergebnis

§ 160 Abs. 2 SGG beschränkt mit seinen drei Zulassungsgründen[1493] den Zugang zur Revision, was insbesondere vor dem Hintergrund von Art. 19

1489 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 41 Rn. 8; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 41 Rn. 4; *May,* Die Revision, V. E. Rn. 127.

1490 *Roos,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 41 Rn. 22 ff.; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 41 Rn. 23 ff.; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 41 Rn. 17 ff.; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 41 Rn. 10 ff.

1491 E. III. 3. a.

1492 *BSG Großer Senat,* Beschluss vom 13.06.2018 – GS 1/17, juris-Rn. 26; *BSG,* Vorlagebeschluss vom 10.03.2010 – B 3 KR 36/09 B, juris-Rn. 12; *BSG,* Vorlagebeschluss vom 26.09.2017 – B 1 KR 3/17 R, juris-Rn. 9; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 41 Rn. 18; *Pietzner/Bier*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 09/2018, § 11 Rn. 54; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 41 Rn. 58 f. und 66; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 41 Rn. 12; kritisch: *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 41 Rn. 23.

1493 E. III. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abs. 4 GG[1494] unbedenklich ist.[1495] Die §§ 160[1496], 162[1497], 163[1498] und 170 Abs. 2 SGG[1499] sind für das Revisionsverfahren von erheblicher Bedeutung und bezeichnen den Kompetenzbereich des *BSG* im Verhältnis zu den Instanzgerichten.[1500]

IV. Zusammenfassung

In Bezug auf die Funktionszuweisung zwischen Instanzgerichten und der Revisionsinstanz ist zu sagen, dass die Instanzgerichte für die Erforschung des Sachverhalts (Tatsachenfrage[1501]) und die Rechtsanwendung (Rechtsfragen[1502]) zuständig sind.[1503] Die Revision entscheidet lediglich über Rechtsfragen.[1504] Generell kann das (sozial)gerichtliche Verfahren als Erkenntnisverfahren bezeichnet werden. Dieses Erkenntnisverfahren ist dadurch geprägt, dass sowohl der Richter der Tatsacheninstanz als auch der Richter der Revisionsinstanz unterschiedliche Ebenen im Blick haben muss. So sind in beiden Fällen die Sachverhaltsebene oder die Seinsebene[1505] sowie die Rechtsfindungsebene oder die Sollensebene[1506] zu berücksichtigen.[1507] Beide Ebenen hängen voneinander ab.[1508] Im Rahmen der im weiteren Verlauf der Arbeit durchzuführenden exemplarischen Auswertung der Rechtsprechung verschiedener Senate des *BSG*[1509] sowie der Rechtsprechungsanalyse der Rechtsprechung zum Off-Label-Use bezüglich

1494 B. II. 4. a.
1495 *BVerfG,* Kammerbeschluss vom 19.02.1992 – 1 BvR 1935/91, juris; *BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 15.02.2006 – 1 BvR 2597/05, juris-Rn. 4; *BVerfG,* Dreierausschussbeschluss vom 06.09.1983 – 1 BvR 237/83, juris-Orientierungssatz; *Berchtold*, in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 13; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 21.
1496 E. III. 3.
1497 E. III. 4.
1498 E. III. 6.
1499 E. III. 7.
1500 Siehe dazu bereits: A. I. und C. IV.
1501 C. III. 2. b.
1502 C. III. 2. a.
1503 E. II.
1504 E. III.
1505 C. I. 1. a.
1506 *Ebd.*
1507 *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 171.
1508 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 420 f.; siehe bereits: C. I. 1. d. und C. II. 2. b.
1509 G.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Feststellung genereller Tatsachen[1510] wird dieses Verhältnis zwischen Berufung und Revision wichtig sein.

Im nächsten Kapitel sind die für diese Arbeit bedeutsamen generellen Tatsachen eingehend zu untersuchen (F.).

1510 H.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748968867 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

F. Generelle Tatsachen in der sozialgerichtlichen Revisionsinstanz

In diesem Kapitel werden generelle Tatsachen zunächst definiert (I.), um anschließend auf die Grundlage oder Basis genereller Tatsachen eingehen zu können (II.). Sodann werden generelle Tatsachen zu anderen Tatsachenarten abgegrenzt (III.). Weiterhin werden generelle Tatsachen anschließend rechtsdogmatisch und rechtsmethodisch eingeordnet (IV.). Daran anknüpfend ist herauszuarbeiten, ob die Feststellung generelle Tatsachen zur Rechtsfrage gehört und demnach zur Zulassung der Revision über § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG führen kann (V.). Auch ist in diesem Kapitel zu untersuchen, welche Möglichkeiten des Rechtsschutzes gegen die fehlerhafte Feststellung genereller Tatsachen durch die Instanzgerichte existieren (VI.). Abschließend wird zudem die Frage beantwortet, ob das formelle Beweisrecht des SGG für das *BSG* bei seiner Tatsachenfeststellungstätigkeit Anwendung findet und welche verfahrensrechtlichen Folgen sich daraus ergeben (VII.).

I. Definition genereller Tatsachen

Wie bereits gesagt wurde, ist das *BSG* an generelle Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz nicht gebunden, sondern kann generelle Tatsachen entgegen von § 163 SGG selbst überprüfen und feststellen.[1511] In Bezug auf die Sozialgerichtsbarkeit wurde die Rechtsfigur[1512] der generellen Tatsache von der Rechtsprechung entwickelt. Aufgegriffen und definiert wurde der Begriff der generellen Tatsache erstmalig in einem Urteil des *BSG*[1513] aus dem

1511 A. I. und E. III. 6. b.

1512 *Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 155.

1513 *BSG*, Urteil vom 16.08.1973 – 4 RJ 361/72, juris.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Jahr 1973[1514]. In diesem Urteil wurden Auskünfte eingeholt[1515] und damit eine eigene Beweiserhebung betrieben. Die damit verbundenen, festgestellten Tatsachen wurden vom *BSG* als generelle Tatsachen eingeordnet.[1516] Das *BSG* konstatierte in diesem Zusammenhang, dass generelle Tatsachen „[…] im Zwischenfeld zwischen abstrakter Rechtsnorm und zu subsumierender Einzeltatsache […]" lägen. Weiterhin führte das *BSG* aus, dass die Rechtsnorm offen sei. So müsse der Richter die Norm wie der Gesetzgeber erarbeiten. Um die Norm anwenden zu können, müsse die, den Normtatbestand ausfüllende, Wirklichkeit erst noch ergründet werden. Hierbei seien andere Wissenschaften miteinzubeziehen[1517]. Das *BSG* spricht insofern von sogenannten „normimmanenten Lebensvorgängen". Hier wird bereits deutlich, dass das *BSG* festgestellte generelle Tatsachen dem Obersatz zuordnet. Sie dienen dann dem Zweck der Rechtsauslegung. Weiterhin kommt durch diese Ausführungen das theoretische Modell der Rechtsnormerzeugung[1518] zum Tragen. Das *BSG* verweist bei diesen Ausführungen u.a. auf eine Dissertationsschrift von *Klaus Jürgen Philippi* aus dem Jahr 1971[1519].[1520] In Bezug auf die verfassungsrechtliche Rechtsprechung des *BVerfG* definiert *Philippi* generelle Tatsachen knapp als „[…] Tatsachen, die sich auf eine Klasse von Menschen oder Sachen beziehen […]". In Abgrenzung dazu, fasst er unter Einzeltatsachen Tatsachen, „[…] die sich auf einen einzelnen

1514 Vor 1973 wurden generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des *BSG* oftmals in Verbindung mit Begriffen wie dem des „allgemeinen Erfahrungssatzes" (beispielhaft: *BSG*, Urteil vom 11.02.1960 – 4 RJ 211/58, juris-Rn. 12) oder der „Verkehrsauffassung" (beispielhaft: *BSG*, Urteil vom 28.02.1963 – 12/4 RJ 326/60, juris-Rn. 12 und 24) eingesetzt (*Eicher*, SGb 1986, S. 501, 501 ff.; *Rauscher*, SGb 1986, S. 45, 46 ff.).

1515 Das *BSG* bezieht sich bei seinen Feststellungen auf ein Gutachten („Alex/Menzenwerth/Pohl, Teilzeitbeschäftigung bei männlichen Arbeitskräften, Gutachten, Köln 1971, 16") und auf eine Auskunft des Statistischen Bundesamts („ebenso das Statistische Bundesamt gegenüber dem Senat am 9.8.1973") (*BSG*, Urteil vom 16.08.1973 – 4 RJ 361/72, juris-Rn. 7).

1516 *BSG*, Urteil vom 16.08.1973 – 4 RJ 361/72, juris-Rn. 8; *Eicher*, SGb 1986, S. 501, 501 f.

1517 Siehe dazu bereits: C. I. 1. d., C. I. 4., C. II. 2. b., D. I. 1. b. aa., D. I. 1. b. bb. (2) (ii) und E. IV.

1518 C. II. 2.

1519 *Philippi, Klaus Jürgen,* Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsrechtlicher Entscheidungen, Köln u.a. 1971.

1520 *BSG*, Urteil vom 16.08.1973 – 4 RJ 361/72, juris-Rn. 8 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Menschen oder eine einzelne Sache beziehen […]".[1521] *Philippi* setzt in Anlehnung an die englischsprachige Rechtsliteratur[1522] den Begriff der generellen Tatsachen dem der „legislative facts" gleich.[1523] Unter dem Begriff der „legislative facts" sind Tatsachen zu verstehen, welche den Inhalt einer Rechtsnorm bzw. von Rechtsbegriffen bestimmen oder konkretisieren.[1524] Das Gegenteil von legislative facts sind „brute-facts" bzw. „administrative facts". Damit sind Einzeltatsachen[1525] angesprochen, welche sich auf den einzelnen Menschen oder eine einzelne Sache beziehen.[1526] Damit besteht ein „qualitativer Unterschied"[1527] zwischen der Feststellung von generellen Tatsachen und Einzeltatsachen, welche der Feststellung durch das *BSG* entzogen sind. Deshalb sind diese beiden Tatsachengruppen zwingend voneinander abzugrenzen[1528]. Eine für diese Arbeit passende Definition genereller Tatsachen ist bei *Dreher* zu finden. Laut *Dreher* gehe es um „Tatsachen, die nicht nur für die Rechtsfindung im Einzelfall, sondern für eine Vielzahl von Fällen bedeutsam sind – etwa, weil sie gesellschaftliche, historische oder wissenschaftliche Fakten betreffen, auf die das Gesetz ausdrücklich verweist oder die den Inhalt der vom Gesetz verwendeten

1521 *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, S. 6 f.; ebenso: *Gottwald,* Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, S. 162.

1522 Beispielhaft: *Baade*, JOP 1961, S. 421, 426.

1523 *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, S. 7.

1524 *May,* Die Revision, VI. B. Rn. 383.

1525 Siehe: C. III. 2. b.

1526 *Ossenbühl*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Starck, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Band I, S. 458, 464 ff.; *Rengeling,* DÖV 1978, S. 277, 279; *Hergenröder,* Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 350; *Gärditz,* Gerichtliche Feststellung genereller Tatsachen (legislative facts) im Öffentlichen Recht, in: Paeffgen et al., FS Puppe, S. 1557, 1557 f.; *Lepsius,* JZ 2005, S. 1, 1; *Rauscher*, SGb 1986, S. 45, 47; *Rehbinder,* Rechtssoziologie, Rn. 9; kritisch zu dieser begrifflichen Abgrenzung zwischen Subsumtionstatsachen (Einzeltatsachen) und Rechtsfortbildungstatsachen (legislative facts) *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozeßzweck, S. 55 f. m.w.N.

1527 *Wacke*, DVBl. 1968, S. 537, 543; *Ossenbühl*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Starck, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Band I, S. 458, 489 f.

1528 *BVerfG*, Beschluss vom 13.01.1988 – 1 BvR 1574/83, juris-Rn. 9; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 175 und 281 (Fußnote 291); *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, S. 7 f.; *Seiter*, Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung, in: Grunsky et al., FS Baur, S. 573, 581; *Eicher*, SGb 1986, S. 501, 506; *Rauscher*, SGb 1986, S. 45, 47.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Begriffe auf allgemeiner Ebene konkretisieren […]"[1529]. Diese Definition ist zu bevorzugen, weil sie erstens berücksichtigt, dass generelle Tatsachen von individuellen Tatsachen oder Einzeltatsachen abzugrenzen sind. Zweitens beinhaltet diese Definition, dass generelle Tatsachen auf wissenschaftlichen Quellen bzw. Erkenntnissen, inklusive empirischen Befunden[1530], basieren und/oder dass für ihre Verwertung und Feststellung besondere Sach- und Fachkunde notwendig ist, welche sich insbesondere aus diesen Quellen ergibt[1531]. Drittens wird durch diese Definition deutlich, dass generelle Tatsachen zu unterschiedlichen Zielen eingesetzt werden: Zur Rechtsauslegung („Konkretisierung der vom Gesetz verwendeten Begriffe") oder zur Subsumtion („gesellschaftliche, historische oder wissenschaftliche Fakten, auf die das Gesetz ausdrücklich verweist").

II. Besonderes Wissen als Grundlage genereller Tatsachen

Nachfolgend ist der Frage nachzugehen, welche Art von Wissen die Grundlage genereller Tatsachen darstellt. Hierzu ist zunächst zu klären, was unter „Wissen" zu verstehen ist (1.). Sodann sind „juristisches und nicht-juristisches (Erfahrungs-)Wissen" zu beleuchten (2.). Daran anschließend sind konkrete Beispiele von Erkenntnisgrundlagen genereller Tatsachen aufzuführen, welche im weiteren Verlauf der Arbeit wichtig sein werden (3.).

1. Der Wissensbegriff

Das Recht ist auf in der Gesellschaft gebildetes Wissen angewiesen[1532]. Andersherum besteht die Funktion des Rechts in der Ordnung der Lebens-

1529 *Dreher,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 793.

1530 *Hoffmann-Riem,* VERW 2016, S. 1, 4.

1531 *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 21; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 433 und 455; *Bieresborn*, SGb 2016, S. 310, 311; *BSG,* Urteil vom 24.04.2008 – B 9/9a SB 10/06 R, juris-Rn. 28; *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, S. 84 ff., S. 103 ff., S. 105 ff., S. 110 ff., S. 123 und S. 193; auf *Klaus Jürgen Philippi* verweisend: *Jost,* Soziologische Feststellungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, S. 41 (Fußnote 241).

1532 Siehe auch: F. I.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verhältnisse innerhalb der Gesellschaft[1533]. Recht und Wissen stehen also in einem gegenseitigen Wechselverhältnis.[1534] Wissen kann definiert werden als „[…] jederzeit vorhandene, von selbst entstehende, unerschöpfliche Ressource […], die den Vorgaben des Rechts gleichsam aus sich heraus Konsistenz verleiht"[1535]. Die stetig wachsende Menge an vorhandenem, einerseits gesichert richtigem, aber andererseits auch zweifelhaftem und nicht eindeutigem Wissen ist kaum zu überschauen.[1536] Beispielsweise ist der Einbezug von sozialwissenschaftlichem Wissen in Gesetzgebungsprozesse mittlerweile gängige Praxis. Lediglich der Einbezug in die richterliche Entscheidungsfindung, also in die juristische Methode der Rechtsanwendung, ist mit Herausforderungen verbunden.[1537] Herausforderungen, die damit für die Rechtsprechung bei der Rechtsanwendung einhergehen, sind die Verarbeitung[1538] und das Verständnis dieses Wissens, aber auch das Bewusstsein über die Begrenztheit des eigenen Wissens.[1539] So muss der Jurist einerseits eine rechtlich gut begründete Entscheidung treffen, ist dabei aber andererseits oftmals auf „nicht-juristisches Wissen" angewiesen[1540]. Jedoch darf

1533 „Ordnung der Lebensverhältnisse" (siehe oben: A. IV. 2.).

1534 *Hase,* SDSRV 65 (2015), S. 31, 31 f.; *Hase*, Die Komplexität des Wissens und die Legitimation rechtlicher Normsetzung: gesetzliche Entscheidung und untergesetzliche Regelbildung in der gesundheitlichen Versorgung, in: Buchner/Ladeur, Wissensgenerierung und -verarbeitung im Gesundheits- und Sozialrecht, S. 125, 125.

1535 *Hase,* SDSRV 65 (2015), S. 31, 31; weiterhin dazu und ohne Anspruch auf Vollständigkeit sind jedenfalls zu nennen: *Hase,* Sozialrecht und die Integration gesellschaftlichen Wissens, in: Masuch et al., Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Band 1, S. 423, 423 ff.; *Augsberg, Ino,* (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht, Tübingen 2013; *Augsberg, Ino/Folke Schuppert, Gunnar* (Hrsg.), Wissen und Recht, Baden-Baden 2022; *Augsberg,* GesR 2012, S. 595, 5965 ff.; *Ladeur,* GesR 2011, S. 455, 455 ff.; *Hart,* MedR 2015, S. 1, 1 ff.; *Röhl, Hans-Christian* (Hrsg.), Wissen – zur kognitiven Dimension des Rechts, Die Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften, Beiheft 9, Berlin 2010; *Wollenschläger, Burkard*, Wissensgenerierung im Verfahren, Tübingen 2009.

1536 *Hase,* SDSRV 65 (2015), S. 31, 31 f.; *Hoffmann-Riem,* VERW 2010, S. 159, 159; *Schmidt-Aßmann,* VERW 2010, S. 39, 39.

1537 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 235 m.w.N.; *Hoffmann-Riem,* VERW 2010, S. 159, 159.

1538 „Rechtsanwendung ist Verarbeitung von Wissen […]" (*Hoffmann-Riem,* VERW 2010, S. 159, 167).

1539 *Brockmann,* SDSRV 65 (2015), S. 73, 77 f.; *Hoffmann-Riem,* VERW 2010, S. 159, 159 und 167.

1540 Siehe bereits: E. II. 2. a. aa. (5) (ii).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und kann der Rechtsanwender nicht erwarten, dass ihm gleichzeitig seine Entscheidung durch diese anderen Wissenschaften abgenommen wird.[1541]

a. Wissen im engeren Sinne

Unter Wissen im engeren Sinne ist spezifisches Erfahrungswissen (Erfahrungssätze[1542]) und Spezialwissen zu verstehen, welches zur Beurteilung von fachlichen Fragen der jeweiligen Disziplinen benötigt wird.[1543] Diese Art von Wissen im engeren Sinne ist in den jeweiligen Fachdisziplinen anerkannt und wird dort eingesetzt.[1544]

b. Wissen im weiteren Sinne

Neben dem Wissen im engeren Sinne existiert auch Wissen im weiteren Sinne. Darunter werden allgemeine Informationen bzw. wird Allgemeinwissen verstanden, welches nicht auf wissenschaftlicher Grundlage basiert. Es handelt sich um die Verbreitung von Informationen jeglicher Art.[1545]

2. Juristische und nicht-juristische Wissensbestände

a. Juristisches Wissen im engeren Sinne

Juristisches oder rechtliches Wissen im engeren Sinne, also gänzlich abgegrenzt und abgeschottet von Wissen anderer Wissenschaften, kann als Normwissen oder innerjuristisches Wissen[1546] bezeichnet werden. Darunter ist das theoretische Wissen über Rechtsgrundlagen (Rechtsdogmatik) und die juristische Methode der Rechtsanwendung[1547] zu fassen.[1548] Norm-

1541 *Zacher,* VSSR 1976, S. 1, 33.
1542 E. II. 2. b. cc. (4) (ii).
1543 *Brockmann,* SDSRV 65 (2015), S. 73, 77; weiterhin zu verschiedenen Wissensformen: *Trute,* VERW 2010, S. 11, 16 ff. und *Hoffmann-Riem,* VERW 2010, S. 159, 169 ff.
1544 *Hoffmann-Riem,* VERW 2010, S. 159, 160 ff.
1545 *Ebd.*; *Brockmann,* SDSRV 65 (2015), S. 73, 77.
1546 *Augsberg*, Wissen und Recht – eine Problemskizze, in: Augsberg/Folke Schuppert, Wissen und Recht, S. 15, 25.
1547 C. II.
1548 *Hoffmann-Riem,* VERW 2010, S. 159, 169.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wissen kann also als professionelles[1549] oder fachjuristisches[1550] Wissen über rechtswissenschaftliche Inhalte im engeren Sinne bezeichnet werden. In der Regel verfügen Volljuristen über dieses Wissen, welche gemäß § 5 Abs. 1 DRiG die Befähigung zum Richteramt durch Ablegung des ersten und zweiten Staatsexamens erworben haben[1551]. Aber auch Absolventen von Studiengängen außerhalb der klassischen Juristenausbildung können über diese Expertise verfügen[1552].

b. Nicht-juristisches Wissen im engeren Sinne

Bei nicht-juristischem Wissen im engeren Sinne handelt es sich grundsätzlich um wissenschaftliches Wissen oder um Wissen, welches nach wissenschaftlichen Kriterien erzeugt wurde.[1553] Im Zusammenhang mit dem Begriff des nicht-juristischen Wissens tauchen auch Begriffe wie extrajuridisches[1554] oder außerjuridisches[1555] Wissen auf. Bei rein nicht-juristischen Wissensbeständen sind neben der Medizin auch nicht-juristische Wissensbestände aus anderen, sehr unterschiedlichen, wissenschaftlichen Disziplinen zu nennen. Dazu gehören z.B. die (Gesundheits-)Ökonomie[1556], die Psychologie, die Pflegewissenschaft, die Philosophie, die Ökotrophologie, die Sozialwissenschaft[1557], insbesondere die Soziologie[1558], die (Sozial-)Pädagogik oder die Ingenieurswissenschaft[1559]. Nicht-juristisches Wissen ist

1549 *Collin*, Entscheidungswissen in Gerichten mit Laienbeteiligung – rechtshistorische Perspektiven, in: Augsberg/Folke Schuppert, Wissen und Recht, S. 219, 228.
1550 *A.a.O.,* 234.
1551 *A.a.O.,* 219.
1552 In Bezug auf eine Umfrage des *Deutschen Sozialrechtsverbands* zur Ermittlung des Stands der sozialrechtlichen Lehre an deutschen Hochschulen außerhalb der klassischen Juristenausbildung: *Dillbahner/Viehmeier/Welti,* SDSRV 65 (2015), S. 171, 171 ff.
1553 *Brockmann,* SDSRV 65 (2015), S. 73, 76.
1554 *Hase*, MedR 2018, S. 1, 4; *Hase,* Sozialrecht und die Integration gesellschaftlichen Wissens, in: Masuch et al., Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Band 1, S. 423, 430; *Augsberg, Ino,* (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht, Tübingen 2013.
1555 *Hoffmann-Riem,* VERW 2016, S. 1, 1 ff.
1556 *Huster,* SDSRV 65 (2015), S. 9, 21 ff.
1557 Zunächst: *Jost,* Soziologische Feststellungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, S. 57 ff.
1558 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 235.
1559 *Zacher,* VSSR 1976, S. 1, 26 f.; *Brockmann,* SDSRV 65 (2015), S. 73, 76 f.; *Hänlein,* SDSRV 65 (2015), S. 105, 105 ff.; *Scheiwe,* SDSRV 65 (2015), S. 129, 129 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gefragt, wenn bei der Rechtsanwendung Wissen einer fremden, also nicht-juristischen, Disziplin benötigt bzw. beigezogen wird.[1560] Durch diesen Einbezug in die Rechtsanwendung entstehen bestimmte Bezugswissenschaften und keine Nachbarwissenschaften.[1561] In Bezug auf das sozialgerichtliche Verfahren sind im Zusammenhang mit nicht-juristischem Wissen sicher die ehrenamtlichen Richter[1562] zu nennen, welche auch Nichtjuristen und demnach Laien auf rechtlichem Gebiet sein können. Sie weisen dafür spezifisches Erfahrungswissen oder nicht-juristisches fachliches Wissen im engeren Sinne nach.[1563]

c. Juristisches und nicht-juristisches Wissen als nicht normativ-verbindliche Aussagesätze

In Kapitel C. I. 2. und C. I. 3. wurden normativ-verbindliche Rechtsnormen von nicht normativ-verbindlichen Aussagesätzen abgegrenzt. Die nicht normativ-verbindlichen Aussagesätze können in Aussagesätze über das positive Recht und in Aussagesätze über Tatsachen untergliedert werden. Demnach repräsentieren Aussagesätze über das positive Recht Sätze über Rechtsnormen sowie deren Anwendung und damit juristische Wissensbestände. Aussagesätze über Tatsachen stellen dagegen nicht-juristische Wissensbestände dar. Insofern kann von juristischem oder nicht-juristischem Tatsachenmaterial gesprochen werden.

d. Zwischenergebnis

Wissen kann in Wissen im engeren und weiteren Sinne eingeteilt werden.[1564] Das Wissen im engeren Sinne fächert sich in juristisches Wissen im engeren Sinne und nicht-juristisches Wissen im engeren Sinne als nicht normativ-verbindliche Aussagesätze auf. Dieses Wissen wird im

1560 *Brockmann,* SDSRV 65 (2015), S. 73, 76 f.

1561 *A.a.O.,* 77; so aber: *Dieter Grimm*: *Grimm, Dieter* (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, 2. Aufl., München 1976 oder *WR,* Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, S. 60.

1562 E. I. 3.

1563 *Höland/Buchwald,* SozSich 2019, S. 97, 99 f.; *Collin*, Entscheidungswissen in Gerichten mit Laienbeteiligung – rechtshistorische Perspektiven, in: Augsberg/Folke Schuppert, Wissen und Recht, S. 219, 219 und 224.

1564 F. II. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rahmen der Rechtsanwendung benötigt.[1565] Die Schnittmenge aus diesen beiden Wissensarten des speziellen, fachlichen und wissenschaftlichen Wissens im engeren Sinne, gleich ob juristischer oder nicht-juristischer Art, stellt überwiegend und in der Regel das Erkenntnismaterial genereller Tatsachen im Sozialrecht dar, auf welches in dieser Arbeit noch Bezug genommen wird.[1566] Deshalb wird im Folgenden darauf verzichtet, die jeweiligen Grundlagen genereller Tatsachen als juristischen oder nicht-juristischen Wissensbestand einzuordnen, vielmehr wird die Rede von Erkenntnisgrundlagen bzw. Erkenntnisquellen genereller Tatsachen im Sozialrecht sein. Generelle Tatsachen sind somit Schlüsse aus bestimmten fachwissenschaftlichen Wissensgrundlagen und demnach allgemeine wissenschaftliche Erfahrungssätze[1567]. Zu sagen ist in diesem Zusammenhang, dass alle allgemeinen Erfahrungssätze auch generelle Tatsachen sind. Das bedeutet jedoch nicht zugleich, dass alle generellen Tatsachen auch allgemeine Erfahrungssätze sind.

3. Erkenntnisgrundlagen bzw. Erkenntnisquellen genereller Tatsachen im Sozialrecht

Die in diesem Abschnitt aufzulistenden tatsächlichen Erkenntnisgrundlagen bzw. Erkenntnisquellen genereller Tatsachen stellen eine beispielhafte Aufzählung dar, um konkret aufzuzeigen, woraus sich generelle Tatsachen ableiten lassen.

a. Bekanntmachungen der europäischen und nationalen Arzneimittelzulassungsbehörden

Grundlage genereller Tatsachen ist z.B. die Veröffentlichung einer Arzneimittelzulassung auf Basis einer Genehmigung durch die Europäische Gemeinschaft im Amtsblatt der Europäischen Union (Art. 13 Abs. 2 VO (EG)

1565 F. II. 2.

1566 Siehe bereits: F. I.

1567 *BSG,* Urteil vom 02.05.2001 – B 2 U 16/00 R, juris-Rn. 28; *BSG,* Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 20/04 R, juris-Rn. 24; *BSG,* Urteil vom 16.03.2021 – B 2 U 11/19 R, juris-Rn. 33; *Bieresborn*, SGb 2016, S. 310, 311; *Müller,* Strukturierende Rechtslehre, S. 401; zu Erfahrungssätzen: E. II. 2. b. cc. (4) (ii).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nr. 726/2004) bzw. im Bundesanzeiger (§ 34 Abs. 1 S. 2 AMG)[1568]. Der EPAR bzw. seine Zusammenfassung auf der Homepage der *EMA* (Art. 13 Abs. 3 VO (EG) Nr. 726/2004)[1569] ist auch ein Beispiel einer Tatsachengrundlage genereller Tatsachen. Weiterhin können dazu Bekanntmachungen der nationalen Arzneimittelzulassungsbehörden über die Zulassung eines Medikaments im Bundesanzeiger gemäß § 34 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AMG[1570] gezählt werden. Darüber hinaus sind als Erkenntnisgrundlagen Veröffentlichungen der Zulassungsbehörden einzelner Informationen im Zusammenhang mit einer Arzneimittelzulassung gemäß § 34 Abs. 1a AMG im Internet[1571] zu nennen. Aus der Packungsbeilage und/oder Fachinformation über die Anwendung eines Medikaments gemäß §§ 11 und 11a AMG[1572] oder den Bekanntmachungen der nationalen Arzneimittelzulassungsbehörden über die Ergebnisse klinischer Prüfungen gemäß § 42b AMG[1573] können ebenso generelle Tatsachen abgeleitet werden.

b. Veröffentlichungen des *G-BA* und des *IQWiG* oder Stellungnahmen von anderen Behörden

Die gemäß § 94 Abs. 2 S. 1 SGB V im Internet zu veröffentlichen tragenden Gründe für einen Richtlinienbeschluss des *G-BA*[1574], Gutachten und Stellungnahmen des *G-BA* oder des *IQWiG*[1575] sowie Stellungnahmen des *BMAS* zu bestimmten sozialmedizinischen Fragen[1576] können ebenso Grundlage genereller Tatsachen sein.

1568 Siehe: D. I. 2. b. cc. (1).
1569 Siehe: *Ebd.*
1570 Siehe: D. I. 2. b. cc. (2).
1571 Siehe: *Ebd.*
1572 Siehe: *Ebd.*
1573 Siehe: *Ebd.*
1574 Siehe: D. I. 1. c. aa. (2) (ii).
1575 *Ulrich Wenner* verortet diese Gutachten und Stellungnahmen auf „nicht-juristischem Gebiet" (*Wenner*, Was „weiß" das BSG und woher weiß es etwas?, in: Buchner/Ladeur, FS Hase, S. 55, 58); siehe zum *IQWiG*: D. I. 1. c. aa. (1) (ii).
1576 *BSG,* Urteil vom 24.04.2008 – B 9/9a SB 10/06 R, juris-Rn. 28 und 31.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Wissenschaftliche Erkenntnisse der Medizin

Grundlage genereller Tatsachen sind ferner allgemeine wissenschaftliche Erkenntnisse aus der Medizin oder medizinisches Wissen.[1577] Darunter sind z.B. medizinisch-empirische Erhebungen, wie klinische Studien[1578] zu fassen. Daneben können sich generelle Tatsachen auch aus medizinischen Sachverständigengutachten ergeben[1579]. Weiterhin können als Grundlage genereller Tatsachen auch die publizierten Erkenntnisse aus wissenschaftlich-medizinischer Forschung und aus praktischer Erfahrung der in dem jeweiligen Forschungsgebiet tätigen Wissenschaftler oder von Behörden dienen[1580]. Generelle Tatsachen sind also, wie bereits gesagt wurde, besondere (medizinische) Erfahrungssätze[1581]. Diese basieren auf wissenschaftlichen Erkenntnissen, welche den aktuellen medizinischen Erkenntnisstand[1582] widerspiegeln[1583].

d. Rechtswissenschaftliche Erkenntnisse

Generelle Tatsachen können sich auch aus rechtswissenschaftlichen Erkenntnissen ergeben. Rechtswissenschaftliche Erkenntnisse sind Erkenntnisse, welche die Rechtswissenschaft hervorbringt, und die wiederum mit ihren Methoden keine empirischen Erhebungen durchführen kann[1584]. So z.B., wenn die Rechtsprechung rechtswissenschaftliche Grundlagenliteratur zur juristischen Methodik[1585], rechtswissenschaftliche Aufsätze[1586], Ge-

1577 F. II. 2. b.
1578 Siehe: D. I. 1. b. bb. (2) (ii).
1579 *BSG,* Urteil vom 14.02.2001 – B 1 KR 29/00 R, juris-Rn. 17; *BSG*, Urteil vom 13.12.2005 – B 1 KR 21/04 R, juris-Rn. 34; *Heinz*, in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 21; siehe: E. II. 2. a. aa. (5).
1580 *BSG,* Urteil vom 16.03.2021 – B 2 U 11/19 R, juris-Rn. 33 f.; *BSG,* Urteil vom 24.07.2012 – B 2 U 23/11 R, juris-Rn. 58.
1581 F. II. 2. d.
1582 Siehe: D. I. 1. b. bb. (2).
1583 *Bieresborn*, SGb 2016, S. 310, 311.
1584 Siehe: C. II. 1. a. bb. (2) (ii).
1585 Beispielhaft: *BSG,* Urteil vom 03.11.2021 – B 11 AL 2/21 R, juris-Rn. 19, *BSG,* Urteil vom 21.10.2021 – B 5 R 23/21 R, juris-Rn. 20 oder *BSG,* Urteil vom 01.06.2017 – B 5 R 2/16 R, juris-Rn. 19.
1586 Beispielhaft: *BSG,* Beschluss vom 19.06.2023 – B 6 SF 1/23 R, juris-Rn. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

setzeskommentare[1587] oder Gesetzesmaterialien[1588] zitiert bzw. auswertet und als Hilfsmittel im Rahmen der Rechtsanwendung heranzieht. Generelle Tatsachen können also auch besondere, rechtswissenschaftliche Erfahrungssätze sein.

e. Leitlinien der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften e.V. (AWMF)

Leitlinien werden von medizinischen Fachgesellschaften nach einer vorgegebenen Methodik ausgearbeitet und herausgegeben.[1589] Nach einer Definition des *IQWiG* sind Leitlinien „[…] systematisch entwickelte normative Handlungs- und Entscheidungshilfen für Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer sowie Patientinnen und Patienten zur angemessenen Vorgehensweise bei speziellen Gesundheitsproblemen. Sie haben zum Ziel, die Patientenversorgung zu verbessern."[1590] Adressat ist also nicht vordergründig die Sozialgerichtsbarkeit. Das *BSG* bezieht Leitlinien jedoch ebenfalls in die Entscheidungsfindung mit ein.[1591] Ärztliche Leitlinien[1592] basieren auf klinischer Erfahrung und wissenschaftlicher Evidenz, ihnen liegt also die EbM[1593] zugrunde. Sie repräsentieren den medizinischen Stan-

1587 Beispielhaft: *BSG,* Urteil vom 23.03.2023 – B 6 KA 14/22 R, juris-Rn. 25.

1588 *BVerwG,* Urteil vom 30.11.1978 – II C 6.75, juris-Rn. 26; *BVerwG,* Urteil vom 11.02.1977 – VI C 135.74, juris-Rn. 37; *Neumann/Korbmacher,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 137 Rn. 133; *Müller,* Strukturierende Rechtslehre, S. 252.

1589 *Klemperer et al.*, Soziale Arbeit und evidenzbasierte Leitlinien, in: Dettmers/Bischkopf, Handbuch gesundheitsbezogene Soziale Arbeit, S. 101, 101.

1590 *IQWiG*, Allgemeine Methoden, S. 121 (mit Bezug auf *Wigge,* MedR 2000, S. 574, 574 ff.); zu einer ähnlichen Definition der *AWMF: AWMF*, Publikation medizinischer Leitlinien, Internetquelle (dazu: *Nölling*, Medizinische Leitlinien, S. 65 ff.).

1591 Beispielhaft zur S3-Leitlinie „Rauchen und Tabakabhängigkeit: Screening, Diagnostik und Behandlung" (*AWMF*, S3-Leitlinie „Rauchen und Tabakabhängigkeit: Screening, Diagnostik und Behandlung", S. 7 ff.): *BSG,* Urteil vom 28.05.2019 – B 1 KR 25/18 R, juris-Rn. 21 oder zur S3-Leitlinie Posttraumatische Belastungsstörung der Deutschsprachigen Gesellschaft für Psychotraumatologie (DeGPT) (*AWMF*, S3-Leitlinie Posttraumatische Belastungsstörung, S. 5 ff.): *BSG,* Urteil vom 09.05.2006 – B 2 U 1/05 R, juris-Rn. 26.

1592 Zu ärztlichen Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht: *Hart, Dieter* (Hrsg.), Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht, Recht und Empirie professioneller Normbildung, Baden-Baden 2005.

1593 D. I. 1. b. bb. (2) (ii).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dard.[1594] Leitlinien sind also medizinische Normen, welche dem Rechtsanwender bei der rechtlichen Bewertung der Qualität von Behandlungen oder Arzneimitteln helfen. Es erfolgt insofern eine externe medizinisch-sachverständige Qualitätskontrolle.[1595] In Deutschland erfahren die Leitlinien der *Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften e.V.* (*AWMF*) hohe Anerkennung. Die *AWMF* wurde 1962 von den medizinischen Fachgesellschaften gegründet und gibt seit 1994 Begründungen und Empfehlungen zur Qualitätssicherung von Diagnose und Therapie auf wissenschaftlicher Grundlage ab.[1596] Aktuell besteht die *AWMF* aus 185 wissenschaftlich arbeitenden medizinischen Mitgliedsgesellschaften.[1597] Die Leitlinien der *AWMF* sind in unterschiedliche Stufen, aufsteigend von S1 bis S3, untergliedert. S3-Leitlinien stellen dabei den höchsten Standard dar.[1598] Diese Leitlinien der *AWMF* bilden die Grundlage genereller Tatsachen.[1599]

f. Tabellen und Empfehlungen über die Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE-Tabellen)

Eine weitere Erkenntnisgrundlage genereller Tatsachen stellen die Tabellen und Empfehlungen von fachkundigen Gremien für die Einschätzung der Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) (MdE-Tabellen[1600]) aus dem Unfallversicherungsrecht dar.[1601] Für die Prüfung eines Anspruchs auf eine Verletztenrente infolge eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit ge-

1594 *BSG,* Urteil vom 28.06.2022 – B 2 U 9/20 R, juris-Rn. 26; *BSG,* Urteil vom 09.05.2006 – B 2 U 1/05 R, juris-Rn. 25 f.; *BSG*, Urteil vom 13.12.2005 – B 1 KR 21/04 R, juris-Rn. 33 m.w.N.; *Hart,* MedR 2015, S. 1, 2 ff.; *Hase,* GesR 2012, S. 601, 604; *Kruse,* MedSach 2010, S. 74, 77.

1595 *Hart,* MedR 1998, S. 8, 8 f.

1596 *Klemperer et al.*, Soziale Arbeit und evidenzbasierte Leitlinien, in: Dettmers/Bischkopf, Handbuch gesundheitsbezogene Soziale Arbeit, S. 101, 101; zur *AWMF* und deren Leitlinien: *Nölling*, Medizinische Leitlinien, S. 141 ff.

1597 *AWMF*, Die AWMF, Internetquelle.

1598 Übersicht bei *Nölling*, Medizinische Leitlinien, S. 147 ff. und bei *Klemperer et al.*, Soziale Arbeit und evidenzbasierte Leitlinien, in: Dettmers/Bischkopf, Handbuch gesundheitsbezogene Soziale Arbeit, S. 101, 102 f.

1599 *BSG,* Urteil vom 28.06.2022 – B 2 U 9/20 R, juris-Rn. 25 ff.

1600 *Uwe Pense* widmet der Rechtsnatur von MdE-Tabellen ein komplettes Buch (*Pense, Uwe,* Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, Berlin 1995).

1601 *BSG,* Urteil vom 07.05.2019 – B 2 U 25/17 R, juris-Rn. 33; *BSG,* Urteil vom 20.12.2016 – B 2 U 11/15 R, juris-Rn. 17 f. m.w.N.; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 455.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen die gesetzliche Unfallversicherung[1602] ist neben anderen Vorschriften § 56 SGB VII von maßgeblicher Bedeutung. Der Begriff der „Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE)", welcher nicht im Gesetz legaldefiniert ist, nimmt im Rahmen der Prüfung der allgemeinen Voraussetzungen auf eine Verletztenrente eine zentrale Rolle ein. Grundsätzlich besteht ein Anspruch, wenn neben weiteren Voraussetzungen eine MdE von mindestens 20 % besteht (§ 56 Abs. 1 S. 1 SGB VII).[1603] § 56 Abs. 2 S. 1 SGB VII besagt, dass sich die MdE nach dem Ausmaß der Beeinträchtigung des körperlichen und geistigen Leistungsvermögens des Verletzten und den sich daraus ergebenden verminderten Arbeitsmöglichkeiten der verletzten Person richtet. Für diese Bestimmung des Grades der MdE, also für die inhaltliche Konkretisierung von § 56 Abs 2 SGB VII, werden somit medizinische und arbeitsmarktsoziologische Erkenntnisse benötigt[1604]. Hierfür fassen die Tabellen und Empfehlungen Richtwerte für die Schätzung einer MdE zusammen. Sie sollen so eine einheitliche Begutachtung gewährleisten und dem medizinischen Sachverständigen als Anhaltspunkt für die Einschätzung der Höhe der MdE im Einzelfall dienen.[1605] Von der Rechtsprechung werden diese MdE-Tabellen ebenfalls herangezogen.[1606] Beispiele solcher Empfehlungen sind z.B. die „Königsteiner Empfehlung für die Begutachtung der Lärmschwerhörigkeit"[1607] oder die „Bamberger Empfehlung zur Begutachtung von arbeitsbedingten Hauterkrankungen und Hautkrebserkrankungen"[1608].[1609] Diese Tabellen und Empfehlungen stellen den allgemein anerkannten Stand medizinischer Erkenntnisse dar.[1610]

1602 Beispielsweise: *BSG,* Urteil vom 06.09.1918 – B 2 U 13/17 R, juris oder *BSG,* Urteil vom 07.05.2019 – B 2 U 25/17 R, juris.
1603 *Marschner,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB VII § 56 Rn. 3.
1604 *Nusser/Spellbrink*, SGb 2017, S. 550, 551.
1605 *BSG,* Urteil vom 02.05.2001 – B 2 U 24/00 R, juris-Rn. 28 m.w.N.; *Bultmann,* in: Plagemann, MAH SozR, § 42 Rn. 72.
1606 Beispielhaft: *BSG,* Urteil vom 07.05.2019 – B 2 U 25/17 R, juris-Rn. 33; *BSG,* Urteil vom 20.12.2016 – B 2 U 11/15 R, juris-Rn. 17 f. m.w.N.; *Marschner,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB VII § 56 Rn. 17.
1607 *DGUV*, Empfehlung für die Begutachtung der Lärmschwerhörigkeit (BK-Nr. 2301) – Königsteiner Empfehlung –, S. 3 ff.
1608 *DGUV*, Bamberger Empfehlung, Empfehlung zur Begutachtung von arbeitsbedingten Hauterkrankungen und Hautkrebserkrankungen, S. 3 ff.
1609 *Kranig*, MedSach 2010, S. 54, 55 f.
1610 *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

g. Quellen zur Konkretisierung von Tatbestandsmerkmalen der Anlage 1 zu der Berufskrankheiten-Verordnung (BKV)

Bei der Prüfung, ob im Einzelfall bei einer versicherten Person eine Berufskrankheit gemäß § 9 SGB VII anzuerkennen ist, wird im Unfallversicherungsrecht u.a. auf die Berufskrankheiten-Verordnung (BKV[1611]) gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 SGB VII zurückgegriffen. Diese wird von der *Bundesregierung* durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des *Bundesrates* erlassen. Die Anlagen 1 und 2 zu der BKV enthalten eine Liste von Berufskrankheiten, welche Versicherte infolge einer versicherten Tätigkeit gemäß §§ 2, 3 und 6 SGB VII erleiden können.[1612] Damit eine Krankheit gemäß § 9 Abs. 1 S. 2, 1. Hs. SGB VII als Berufskrankheit in die BKV aufgenommen wird, ist ein wissenschaftlich-medizinischer Nachweis erforderlich, welcher belegt, dass die besonderen Einwirkungen der jeweiligen beruflichen Tätigkeit (Einwirkungskausalität) dazu geeignet sind, eine bestimmte Krankheit zu verursachen (haftungsbegründende Kausalität).[1613] Die einzelnen Tatbestandsmerkmale von Berufskrankheiten, welche in Anlage 1 zur BKV genannt werden, müssen mit Hilfe des aktuellen wissenschaftlich-medizinischen Erkenntnisstands konkretisiert werden. Der aktuelle wissenschaftliche Erkenntnisstand ist also vom jeweils zuständigen Tatsachengericht zu ermitteln. Hierfür hat das Gericht unterschiedliche Quellen als generelle Tatsachen eigenständig kritisch zu würdigen und auf ihre Aktualität hin zu überprüfen. Dafür kann es auch notwendig sein, sachverständige Personen hinzuzuziehen. Zu diesen Quellen zählen u.a. Fachbücher, Standardwerke zur Begutachtungspraxis im jeweiligen Krankheitsgebiet, Merkblätter[1614] des jeweils zuständigen Bundesministeriums, Veröffentlichungen in Fachzeitschriften, Begründungen des ärztlichen Sachverständigenbeirats, Sektion

1611 Berufskrankheiten-Verordnung vom 31.10.1997 (BGBl. I, S. 2623), zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 29.06.2021 (BGBl. I, S. 2245).

1612 *Wietfeld*, in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB VII § 9 Rn. 5 und 82.

1613 *A.a.O.,* Rn. 19 f. und 35 ff.; *Ricke*, in: Körner et al., BeckOGK SGB VII, 01.09.2021, § 9 Rn. 9 f.

1614 Auf der Homepage der *Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA)* sind zu allen Berufskrankheiten die entsprechenden Merkblätter verlinkt (*BAuA*, Dokumente zu den einzelnen Berufskrankheiten, Internetquelle).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Berufskrankheit und Konsensempfehlungen von sachverständigen Medizinern[1615].[1616]

h. Die International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD)

Die International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD)[1617] stellt eine weitere wissenschaftlich-basierte Grundlage genereller Tatsachen dar.[1618] Die ICD wird von der *World Health Organization (*WHO) herausgegeben.[1619] Sie wird vom *Deutschen Institut für medizinische Dokumentation und Information (DIMDI)* in die deutsche Sprache übersetzt und in Deutschland herausgegeben. Das *DIMDI* wurde 2020 mit dem *BfArM* zusammengeführt.[1620] Die in Deutschland geltende Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme, 10. Revision, German Modification (ICD-10-GM)[1621] stellt ein Klassifikationssystem dar, welches Erkrankungsdiagnosen im ambulanten und stationären Bereich verschlüsselt.[1622] Dieses System ist in insgesamt 22 Kapitel untergliedert. Jedes Kapitel widmet sich speziellen Krankheitsarten. Kapitel V befasst sich z.B. mit psychischen Erkrankungen und Ver-

1615 Beispielhaft zu den medizinischen Beurteilungskriterien zu bandscheibenbedingten Berufskrankheiten der Lendenwirbelsäule: *Bolm-Audorff et al.,* Trauma und Berufskrankheit 2005, S. 211, 211 ff. (Teil I) und *Bolm-Audorff et al.,* Trauma und Berufskrankheit 2005, S. 320, 320 ff. (Teil II).

1616 *Bieresborn*, SGb 2016, S. 310, 314 f.

1617 *WHO*, ICD-11, International Classification of Diseases 11th Revision, Internetquelle.

1618 *BSG,* Urteil vom 28.06.2022 – B 2 U 9/20 R, juris-Rn. 23 ff.; *BfArM*, Vorschlagsverfahren, Internetquelle.

1619 *BfArM*, ICD-10-WHO, Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme der WHO, Internetquelle.

1620 *BSG,* Urteil vom 28.06.2022 – B 2 U 9/20 R, juris-Rn. 20.

1621 *BfArM*, Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme, 10. Revision, German Modification, Version 2025, Internetquelle.

1622 *Jakob,* Bundesgesundheitsblatt 61/2018, S. 771, 771; *BfArM*, ICD-10-WHO, Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme der WHO, Internetquelle.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

haltensstörungen.[1623] Zum 01.01.2022 trat die 11. Revision (ICD-11)[1624] in Kraft. Der Zeitpunkt der Einführung in Deutschland steht jedoch noch nicht fest.[1625] In der sozialgerichtlichen Rechtsprechung wird die ICD-10-GM in Verbindung mit medizinischem Sachverstand herangezogen, um Gesundheitsschäden im Einzelfall feststellen zu können.[1626] Ergänzend zu Kapitel V (F) Psychische und Verhaltensstörungen der ICD-10 hat die *WHO* Klinisch-diagnostische Leitlinien herausgegeben.[1627] Diese Leitlinien basieren auf umfangreichen Feldtests in unterschiedlichen Gesundheitseinrichtungen in unterschiedlichen Ländern und werden regelmäßig von der *WHO* überarbeitet.[1628] Diese Leitlinien werden auch als Grundlage genereller Tatsachen vom *BSG*[1629] herangezogen.[1630]

i. Empfehlungen des *Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge* zur Gewährung des Mehrbedarfs bei kostenaufwändiger Ernährung

Gemäß § 21 Abs. 5 SGB II[1631] erhalten Leistungsberechtigte aus medizinischen Gründen einen Mehrbedarf bei kostenaufwändiger Ernährung. Um zu konkretisieren, aufgrund welcher Erkrankungen eine kostenaufwändige

1623 *BfArM*, Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme, 10. Revision, German Modification, Version 2025, Internetquelle.

1624 *BfArM*, ICD-11 in Deutsch – Entwurfsfassung, Internetquelle (Deutscher Entwurf); zum Umsetzungsprozess von der ICD-10 zur ICD-11: *Jakob,* Bundesgesundheitsblatt 61/2018, S. 771, 771 ff.

1625 *BSG,* Urteil vom 26.04.2022 – B 9 V 39/21 B, juris-Rn. 7; *BfArM*, ICD-11, Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme, 11. Revision, Internetquelle.

1626 Beispielhaft: *LSG Sachsen-Anhalt,* Urteil vom 19.04.2018 – L 6 U 150/14, juris-Rn. 32 ff. sowie Ausführungen im Tenor.

1627 *BSG,* Urteil vom 26.11.2019 – B 2 U 8/18 R, juris-Rn. 20; *WHO*, The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders: Clinical descriptions and diagnostic guidelines, S. 1 ff.; deutsche Übersetzung: *Dilling, Horst/Mombour, Werner/Schmidt, Martin H.,* Internationale Klassifikation psychischer Störungen, ICD-10 Kapitel V (F), Klinisch diagnostische Leitlinien, 10. Aufl., Bern 2015.

1628 *Dilling/Mombour/Schmidt,* Internationale Klassifikation psychischer Störungen, ICD-10 Kapitel V (F), S. 8.

1629 Beispielhaft etwa: *BSG,* Urteil vom 26.11.2019 – B 2 U 8/18 R, juris-Rn. 20 ff.

1630 *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 21.

1631 Das Grundsicherungsrecht des SGB II wurde mit dem Bürgergeldgesetz (Zwölftes Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze – Einführung eines Bürgergeldes (Bürgergeld-Gesetz) vom 16.12.2022 (BGBl. I, S. 2328) reformiert (*Schwarz,* NDV 2023, S. 7, 7 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ernährung gerechtfertigt ist, werden u.a. die Empfehlungen des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge zur Gewährung des Mehrbedarfs bei kostenaufwändiger Ernährung gemäß § 30 Abs. 5 SGB XII[1632] herangezogen.[1633] Auch die Rechtsprechung nimmt auf diese Empfehlungen als Grundlage genereller Tatsachen Bezug.[1634] Die Empfehlungen basieren auf einem Gutachten der *Deutschen Gesellschaft für Ernährungsmedizin* (*DGEM*) zur Quantifizierung des Mehrbedarfs bei kostenaufwändigerer Ernährung in der Sozialhilfe.[1635] Darüber hinaus kann ein Mehrbedarf aufgrund einer Erkrankung auch gerechtfertigt sein, welche nicht in den Empfehlungen aufgeführt wird, bei welcher jedoch ein medizinisches Sachverständigengutachten die Notwendigkeit einer kostenaufwändigen Ernährung belegt.[1636] Daneben gibt der *Deutsche Verein* weitere Empfehlungen heraus, z.B. hinsichtlich der Umsetzung der Leistungen für Bildung und Teilhabe gemäß §§ 19 Abs. 2 i.V.m. 28 ff. SGB II.[1637]

4. Zwischenergebnis

Oben wurde die These aufgestellt, dass die tatsächlichen Grundlagen genereller Tatsachen überwiegend aus juristischem Wissen im engeren Sinne und Wissen anderer Disziplinen im engeren Sinne bestehen.[1638] Diese These wird nach Prüfung einzelner Erkenntnisgrundlagen genereller Tatsachen bestätigt.[1639] Generelle Tatsachen als besondere Erfahrungssätze ver-

1632 Zwölftes Buch Sozialgesetzbuch – Sozialhilfe – (Art. 1 des Gesetzes vom 27.12.2003, BGBl. I, S. 3022, 3023), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes vom 08.05.2024 (BGBl. I, Nr. 152); *Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V.*, Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Gewährung des Mehrbedarfs bei kostenaufwändiger Ernährung gemäß § 30 Abs. 5 SGB XII, S. 2 ff.

1633 BT-Drs. 15/1516, S. 57; *Herbe,* in: Ehmann/Karmanski/Kuhn-Zuber, Gesamtkommentar SRB, SGB II § 21 Rn. 13; *Breitkreuz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB II § 21 Rn. 14.

1634 *Breitkreuz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB II § 21 Rn. 14.

1635 *Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V.*, Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Gewährung des Mehrbedarfs bei kostenaufwändiger Ernährung gemäß § 30 Abs. 5 SGB XII, S. 9.

1636 *BSG,* Urteil vom 24.02.2011 – B 14 AS 49/10 R, juris-Rn. 25 f.; *Herbe,* in: Ehmann/Karmanski/Kuhn-Zuber, Gesamtkommentar SRB, SGB II § 21 Rn. 13.

1637 *Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V.*, Vierte Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Umsetzung der Leistungen für Bildung und Teilhabe, S. 2 ff.

1638 F. II. 2. d.

1639 F. II. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mischen also juristisches und medizinisches bzw. einer nicht-juristischen Disziplin angehöriges Wissen. Das liegt auch darin begründet, dass rechtliche Grundlagen zu den jeweiligen außerrechtlichen Sachverhalten im Erkenntnismaterial fast immer existent sind. In Einzelfällen kann es sich um nicht-juristisches Wissen im engeren Sinne handeln. So z.B. bei dem EPAR[1640], wissenschaftlichen Erkenntnissen aus der Medizin[1641] oder der ICD[1642], soweit in diesen Grundlagen keine Rechtsnormen rezipiert werden.

III. Abgrenzung zwischen generellen Tatsachen und anderen Tatsachenarten

Im Folgenden sind generelle Tatsachen zu bestimmten anderen Tatsachenarten abzugrenzen. Dazu gehören Rechtstatsachen (1.) und offenkundige Tatsachen (2.).

1. Rechtstatsachen

a. Feststellung und Einordnung von Rechtstatsachen durch das *BSG*

Im Zusammenhang mit der Frage, ob Rechtstatsachen in der sozialgerichtlichen Revisionsinstanz festgestellt werden und festgestellt werden dürfen, ist zunächst ein Urteil aus dem Jahr 1985 zu nennen. Darin ordnet das *BSG* eine Aussage in einem Festschriftenbeitrag[1643] als Rechtstatsache ein. Dabei lässt das Gericht offen, ob es berechtigt wäre, eine solche Rechtstatsache

1640 F. II. 3. a.
1641 F. II. 3. c.
1642 F. II. 3. h.
1643 *Haase,* Aktuelle Finanzierungsfragen der Sozialversicherung in der DDR, in: Zieger, FS Mampel, S. 325, 330.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

selbst festzustellen.[1644] In der rechtswissenschaftlichen Literatur[1645] und der sozialgerichtlichen Rechtsprechung[1646], insbesondere des 2. Senats des *BSG*[1647], wird vertreten, dass generelle Tatsachen als Rechtstatsachen für die Auslegung von Rechtsnormen und deren Rechtsbegriffen bzw. Tatbestandsmerkmalen durch das Revisionsgericht von Bedeutung seien. Der Inhalt von Rechtsbegriffen werde mit Hilfe von Fakten näher bestimmt. Diese Rechtstatsachen unterlägen nicht der in § 163 SGG angeordneten Bindung des *BSG* an die vorinstanzlich festgestellten Tatsachen. Gleichzeitig könne aus Rechtstatsachen keine rechtliche Anordnung eines Sollens abgeleitet werden[1648]. In der Literatur[1649] und Rechtsprechung[1650] werden generelle Tatsachen und Rechtstatsachen vereinzelt gleichgesetzt[1651]. Zudem wird von Rechtstatsachen gesprochen, obwohl für deren Feststellung durch das *BSG* keine Erkenntnisse aus der Rechtstatsachenforschung, sondern z.B. medizinische Erkenntnisse, herangezogen werden.

1644 *BSG*, Beschluss vom 21.02.1985 – 11 RA 40/83, juris-Rn. 20.

1645 *Dreher,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 794 f.; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 433 und 454; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 163 Rn. 6 f.; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 21 f.; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 17; *Düring,* in: Jansen, SGG, § 163 Rn. 8; *Wulfhorst*, Richterliche Konkretisierung sozialrechtlicher Normen mit Hilfe von Rechtstatsachen, in: Schulin/Dreher, Sozialrechtliche Rechtstatsachenforschung – Probleme und Perspektiven, S. 53, 53 ff.

1646 Beispielhaft: *BSG*, Urteil vom 10.12.1987 – 9a RVs 11/87, juris-Rn. 16 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 25.10.1994 – 3/1 RK 57/93, juris-Rn. 26 f. m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 02.04.2009 – B 2 U 9/08 R, juris-Rn. 15; *BSG*, Urteil vom 25.10.1994 – 3 RK 16/94, juris-Rn. 25.

1647 Beispielhaft: *BSG,* Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 5/05 R, juris-Rn. 19; *BSG,* Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 20/04 R, juris-Rn. 24 m.w.N. oder *BSG,* Beschluss vom 15.06.2004 – B 2 U 71/04 B, juris-Rn. 3 f. m.w.N.

1648 *Wulfhorst*, Richterliche Konkretisierung sozialrechtlicher Normen mit Hilfe von Rechtstatsachen, in: Schulin/Dreher, Sozialrechtliche Rechtstatsachenforschung – Probleme und Perspektiven, S. 53, 55.

1649 *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 454; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 163 Rn. 6 f.

1650 *BSG,* Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 5/05 R, juris-Rn. 18 f.; *BSG,* Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 20/04 R, juris-Rn. 23 f.

1651 Ebenso kritisch zur Verwendung des Begriffs der Rechtstatsache im Zusammenhang mit generellen Tatsachen: *Hauck*, in: Zeihe, SGG, 08/2017, § 163 Rn. 4 dd).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Rechtstatsache als soziologischer Begriff

Rechtstatsachen sind Tatsachen, welche in dieser Arbeit der Soziologie zugeordnet werden. Konkret ist der Begriff der Rechtstatsache auf *Arthur Nussbaum*[1652] zurückzuführen, welcher mit Hilfe empirischer Forschung die Rechtswirklichkeit des Zivilrechts mit seinen Rechtsnormen erforschte[1653]. Wie zu Beginn der Arbeit bereits erwähnt wurde, ist die Rechtssoziologie eine eigene Disziplin mit eigenen Erkenntniszielen und Methoden.[1654] Der soziologischen[1655] Rechtstatsachenforschung geht es nicht vordergründig um die rechtsdogmatische Betrachtung einzelner Rechtsnormen, sondern vielmehr um die Wirkung und Bedeutung von Recht in der Gesellschaft und/oder der Erforschung bestimmter für die Gesellschaft wichtiger Institutionen. Die Rechtstatsachenforschung betrachtet das Recht als soziales Faktum[1656]. Hierfür kommt sie nicht ohne empirische Erhebungen[1657] aus.[1658] Die Aufgabe der Rechtstatsachenforschung, verstanden als eine Art Hilfswissenschaft für die Rechtsdogmatik, ist die Bereitstellung von Tatsachenmaterial, um die Wirkung des geltenden Rechts in verschiedenen Gesellschaftsbereichen näher zu verstehen.[1659] *Hubert Rottleuthner* vertritt wissenschaftstheoretische Überlegungen, welche die Rechtstatsachenforschung hingegen nicht nur als Hilfswissenschaft der Rechtswissenschaft im engeren Sinne und der Rechtspraxis betrachten. Rechtswissenschaft wird demnach als Wissenschaft begriffen, welche selbst soziologisch arbei-

1652 *Nussbaum, Arthur,* Die Rechtstatsachenforschung, Programmschriften und praktische Beispiele, Berlin 1968; genannt werden kann an dieser Stelle auch *Ehrlich, Eugen,* Grundlegung der Soziologie des Rechts, 5. Aufl., Berlin 2022.

1653 *Baer,* Rechtssoziologie, § 2 Rn. 66.

1654 *Röhl,* Rechtssoziologie, S. 106 f.; siehe: A. IV.

1655 *Rottleuthner*, Rechtsberatung zwischen Deregulierung und Verbraucherschutz (Abteilung Rechtsberatung, Gutachten H), in: Ständige Deputation des deutschen Juristentages, Verhandlungen des fünfundsechzigsten deutschen Juristentages, H 7.

1656 *Baer,* Rechtssoziologie, § 2 Rn. 61.

1657 In Bezug auf das Sozialrecht kann beispielhaft genannt werden: *Müller, Ulrike A. C.,* Protest und Rechtsstreit, Baden-Baden 2021 oder *Höland, Armin/Welti, Felix* (Hrsg.), Recht und Praxis der Widerspruchausschüsse in der Sozialversicherung, Reihe: Study der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2019; eine Zusammenfassung von Ergebnissen aus drei Forschungsprojekten in Bezug auf das ehrenamtliche Richteramt liefert *Armin Höland* (*Höland,* Voluntaris 2022, S. 258, 258 ff.).

1658 *Baer,* Rechtssoziologie, § 2 Rn. 61 ff.

1659 *A.a.O.,* Rn. 66; *Dreher*, Grundsätzliche Überlegungen zur sozialrechtlichen Rechtstatsachenforschung, in: Schulin/Dreher, Sozialrechtliche Rechtstatsachenforschung – Probleme und Perspektiven, S. 21, 21 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

te. Dazu gehöre auch der Einbezug der Sozialwissenschaften in die juristische Ausbildung[1660]. Das Verständnis des Rechtspositivismus von einer von sozialen, ethischen oder politischen Überlegungen abgeschotteten Jurisprudenz sowie Rechtspraxis sei aufzubrechen.[1661] Diese Überlegungen passen zu den bereits gemachten Ausführungen zur Rechtsnormerzeugung[1662] und zeigen, dass das Recht u.a. auf rechtssoziologisches Material angewiesen ist.

c. Einordnung

Die Verwendung des in der Soziologie zu verortenden Begriffs der Rechtstatsache im Zusammenhang mit generellen Tatsachen durch Literatur und Rechtsprechung suggeriert, dass generelle Tatsachen ausschließlich auf rechtstatsächlichen Erkenntnissen beruhen würden. Das trifft nicht zu. Deshalb ist es vorzugswürdiger auf den Begriff der Rechtstatsache zu verzichten und von generellen Tatsachen zu sprechen. Generelle Tatsachen basieren auf unterschiedlichen Erkenntnisgrundlagen. Das können auch, aber nicht ausschließlich, Erkenntnisse aus der Rechtstatsachenforschung sein[1663].

1660 Zur Förderung des Bewusstseins in der Juristenausbildung, dass die Rechtsanwendung ohne Bezug zu fachfremdem Disziplinen nicht möglich ist: *Brockmann,* SDSRV 65 (2015), S. 73, 103 f.; mit der Nennung weiterer Fächer, welche im Jura-Studium einbezogen werden sollten (Philosophie, Geschichtswissenschaft, Soziologie, Politikwissenschaft, Psychologie und Kriminologie): *WR,* Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, S. 60; ausführlich zur Sinnhaftigkeit und zu den Möglichkeiten des Einbezugs der Sozialwissenschaften in die juristische Ausbildung: *Hoffmann-Riem*, Zur Verwendungstauglichkeit der Sozialwissenschaften für die Juristenausbildung, in: Wolfgang-Riem, Offene Rechtswissenschaft, S. 3, 3 ff., insbesondere S. 26 ff.

1661 *Rottleuthner,* Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, S. 7 f. und 9 ff.

1662 C. II. 2.

1663 F. II.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Offenkundige Tatsachen

Unter offenkundigen Tatsachen sind einerseits allgemeinkundige (a.) und andererseits gerichtskundige Tatsachen (b.) zu verstehen.[1664] Offenkundige Tatsachen bedürfen gemäß § 202 S. 1 SGG i.V.m. § 291 ZPO keines Beweises. Die Beweiserhebung entfällt also. Die Wahrheit solcher Tatsachen muss demnach nicht geprüft werden.[1665] Gleichwohl müssen Sie vom Gericht eindeutig festgestellt werden.[1666] Grundsätzlich ist das *BSG* an festgestellte offenkundige Tatsachen der Vorinstanz gebunden (§ 163 SGG).[1667] Hiervon gibt es jedoch aus prozessökonomischen Gründen enge Ausnahmen. So z.B., wenn die jeweilige Tatsache nicht strittig ist, der Einbezug einer Beschleunigung des Verfahrens dient und durch die Feststellung in der Revisionsinstanz keinem Verfahrensbeteiligten gewichtige Nachteile entstehen.[1668]

a. Allgemeinkundige Tatsachen

aa. Definition

Unter allgemeinkundigen Tatsachen sind Tatsachen zu verstehen, von welchen verständige und erfahrene Menschen regelmäßig Kenntnis haben oder von denen sie sich aus allgemein zugänglichen, zuverlässigen Quellen unschwer überzeugen können. Allgemeinkundig sind auch solche Tatsa-

1664 *BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 17.09.2020 – 2 BvR 1605/16, juris-Rn. 15; *BVerfG,* Beschluss vom 03.11.1959 – 1 BvR 13/59, juris-Rn. 16; *BSG,* Beschluss vom 31.10.1978 – 4 BJ 149/78, juris-Rn. 7 f.; *Rixen,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 108 Rn. 28; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 118 Rn. 7a.; *May,* Die Revision, VI. B. Rn. 341.

1665 *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 118 Rn. 7a.; *Rixen,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 108 Rn. 29; *Neumann/Korbmacher,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 137 Rn. 150 m.w.N.; *Nober,* in: Anders/Gehle, ZPO, § 291 Rn. 12*; May,* Die Revision, VI. B. Rn. 340.

1666 *May,* Die Revision, VI. B. Rn. 342.

1667 *Ebd.*; *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 163 Rn. 38.

1668 *BSG,* Urteil vom 17.10.1996 – 7 RAr 122/95, juris-Rn. 16; *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 163 Rn. 38 ff.; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 5d m.w.N.; zur Feststellungsbefugnis der Revisionsinstanz von offenkundigen Tatsachen im Verwaltungsrecht: *Neumann/Korbmacher,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 137 Rn. 150 m.w.N. und im Zivilrecht: *Foerste*, Zum Umgang des Revisionsgerichts mit Erfahrungssätzen, in: Meller-Hannich et al., FS Schilken, S. 261, 270 f. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chen, die in einem größeren oder kleineren Gebiet einer unbestimmten Zahl an Personen bekannt sind oder wahrnehmbar waren und über die ohne besondere Fachkunde aus zuverlässiger Quelle recherchiert werden kann.[1669] Allgemeinkundige Tatsachen sind demnach jedermann frei und ohne spezielle Expertise zugänglich.[1670] Allgemeinkundige Tatsachen können grundsätzlich dem Wissen im weiteren Sinne zugeordnet werden.[1671] Zu allgemeinkundigen Tatsachen können grundsätzlich historische oder politische Vorgänge, durch Tageszeitungen verbreitete Ereignisse oder die „Drei-Streifen-Kennzeichnung von adidas"[1672] gezählt werden.[1673]

bb. Abgrenzung zu generellen Tatsachen

Generelle Tatsachen haben im Gegensatz zu allgemeinkundigen Tatsachen eine wissenschaftliche Datenbasis und/oder für das Verwerten und Feststellen genereller Tatsachen ist eine bestimmte Fachkenntnis erforderlich.[1674] Deshalb ist es auch falsch, allgemein anerkannte wissenschaftliche Erkenntnisse als allgemeinkundige Tatsachen einzuordnen.[1675] Der Ansicht, dass dem Internet entnommene Informationen auch zu den allgemeinkundigen

1669 *BVerfG,* Beschluss vom 03.11.1959 – 1 BvR 13/59, juris-Rn. 16; *BSG,* Urteil vom 24.02.2011 – B 14 AS 49/10 R, juris-Rn. 24; *BSG,* Urteil vom 05.03.2002 – B 2 U 27/01 R, juris-Rn. 22; *BSG,* Urteil vom 27.01.1977 – 7 RAr 16/75, juris-Rn. 30; *BSG,* Urteil vom 22.11.2011 – B 4 AS 138/10 R, juris-Rn. 20 m.w.N.; *BVerwG,* Beschluss vom 11.11.2011 – 9 B 41/11, juris-Rn. 10 m.w.N.; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 118 Rn. 7a*; Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 163 Rn. 36; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 113 Rn. 25; *Rixen,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 108 Rn. 28 m.w.N.

1670 *BSG,* Urteil vom 05.03.2002 – B 2 U 27/01 R, juris-Rn. 22; *BSG,* Urteil vom 13.09.2005 – B 2 U 4/04 R, juris-Rn. 31; *BSG,* Beschluss vom 23.09.2003 – B 4 RA 4/03 B, juris-Rn. 3; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 21.

1671 F. II. 1. b.

1672 *OLG München,* Urteil vom 26.07.2001 – 29 U 2361/97, juris-Leitsatz Nr. 1.

1673 *May,* Die Revision, VI. B. Rn. 343; mit weiteren Beispielen *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 118 Rn. 7a m.w.N., *Nober,* in: Anders/Gehle, ZPO, § 291 Rn. 8, *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 113 Rn. 26 oder *Röß,* in: Musielak, ZPO, § 291 Rn. 1.

1674 Siehe: F. I. und F. II.

1675 So etwa: *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 118 Rn. 7a.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Tatsachen gezählt werden können, ist nicht vollumfänglich zu folgen.[1676] Hierbei ist zu differenzieren. Nicht jegliche dem Internet entnommenen Informationen sind allgemeinkundig. So werden z.B. Informationen im Bundesanzeiger durch Literatur[1677] und Rechtsprechung[1678] den allgemeinkundigen Tatsachen zugeordnet. Wie gezeigt wurde, können solche Tatsachen zu den generellen Tatsachen gehören[1679]. Auch bei allgemeinkundigen Tatsachen historischer Natur ist zu beobachten, dass die Grenze zu generellen Tatsachen fließend verläuft. Diese historischen Tatsachen sind nicht allgemeinkundig, sondern generell. Dies zeigt die Herangehensweise des *BSG* bei der Feststellung solcher Tatsachen, wenn es diese mit Fachliteratur belegt[1680].

cc. Grundsätzliche Geltung von § 128 Abs. 2 SGG

Der fehlende Beweisbedarf von allgemeinkundigen Tatsachen bedeutet nicht, dass auch die Hinweispflicht des Gerichts gemäß § 128 Abs. 2 SGG[1681] entfällt. Die Beteiligten des Verfahrens müssen über den Einbezug bzw. die Verwertung allgemeinkundiger Tatsachen in die Entscheidungsfindung unterrichtet werden, damit sie sich dazu äußern können. Diese Unterrichtung entfällt nur, wenn allen Beteiligten die allgemeinkundigen Tatsachen bekannt sind und die Beteiligten wissen, dass diese für die richterliche Entscheidung erheblich sein können.[1682]

1676 *BSG,* Urteil vom 24.02.2011 – B 14 AS 49/10 R, juris-Rn. 24; dazu, dass bestimmte der Internetseite Wikipedia entnommene Informationen offenkundig seien: *OLG München,* Beschluss vom 02.07.2018 – 8 U 1710/17, juris-Rn. 22.

1677 Beispielhaft: *Bacher,* in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 291 Rn. 5.

1678 Beispielhaft: *BAG,* Urteil vom 10.03.2015 – 3 AZR 56/14, juris-Rn. 61.

1679 F. I. und F. II. 3. a.; ebenso in Bezug auf die unklare Abgrenzung zwischen im Internet recherchierten „generellen Tatsachen" und „allgemeinen Tatsachen": *BSG,* Urteil vom 19.06.2018 – B 2 U 9/17 R, juris-Rn. 19.

1680 Beispielhaft: *BSG,* Urteil vom 07.02.1985 – 9a RV 5/83, juris-Rn. 17 und *BSG,* Urteil vom 28.04.2005 – B 9a/9 V 4/04 R, juris-Rn. 32 f.

1681 E. II. 2. b. bb. (1).

1682 *BSG,* Urteil vom 05.03.2002 – B 2 U 27/01 R, juris-Rn. 22; *BSG,* Beschluss vom 31.10.1978 – 4 BJ 149/78, juris-Rn. 10 m.w.N.; *BVerwG,* Urteil vom 22.03.1983 – 9 C 860/82, juris-Rn. 7 m.w.N.; *BGH,* Beschluss vom 27.01.2022 – III ZR 195/20, juris-Rn. 8 m.w.N.; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 62 Rn. 9c; *Rixen,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 108 Rn. 29 m.w.N.; *Nober,* in: Anders/Gehle, ZPO, § 291 Rn. 15 f.; *Greger,* in: Zöller, ZPO, § 291 Rn. 1b m.w.N.; in Bezug auf Art. 103 Abs. 1 GG: *BVerfG,* Beschluss vom 19.04.1978 – 1 BvR 596/77, juris-Rn. 8 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Gerichtskundige Tatsachen

Unter gerichtskundigen Tatsachen[1683] sind Tatsachen zu verstehen, welche dem Richter aus seiner amtlichen, aktuellen oder früheren Tätigkeit bekannt sind. So z.B. aus Sachverständigengutachten, welche Gegenstand früherer Gerichtsverfahren waren, oder aus medizinischen Lehrbüchern. Gerichtskundige Tatsachen können also generelle Tatsachen sein.[1684]. Nicht ausreichend ist, wenn dem Richter die Tatsache privat bekannt geworden ist.[1685] Gerichtskundige Tatsachen können insofern dem Wissen im engeren Sinne zugeordnet werden.[1686] Hinsichtlich der Unterrichtung der Beteiligten des Verfahrens gemäß § 128 Abs. 2 SGG gilt, dass gerichtskundige Tatsachen Teil des Prozessstoffs werden müssen, also den Beteiligten bekannt gegeben werden müssen.[1687]

c. Zwischenergebnis

Die Grenzen zwischen allgemeinkundigen[1688] sowie gerichtskundigen[1689] und generellen Tatsachen als Erfahrungssätze sind nicht einfach zu ziehen. Gesagt werden kann, dass offenkundige Tatsachen i.S.v. § 291 ZPO keine Erfahrungssätze sind, welche Schlüsse aus Tatsachen darstellen, weil

1683 Näher dazu: *Stackmann,* NJW 2010, S. 1409, 1409 ff.; weitere Beispiele gerichtskundiger Tatsachen sind auch bei *Nober,* in: Anders/Gehle, ZPO, § 291 Rn. 10 oder bei *Röß,* in: Musielak, ZPO, § 291 Rn. 2 zu finden.

1684 *BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 17.09.2020 – 2 BvR 1605/16, juris-Rn. 15; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 118 Rn. 7a; *Rixen,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 108 Rn. 28.; *Groth,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III. Kapitel Rn. 22.

1685 *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 118 Rn. 7a*; Rixen,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 108 Rn. 28 m.w.N.; *Nober,* in: Anders/Gehle, ZPO, § 291 Rn. 9; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 113 Rn. 27 m.w.N.

1686 F. II. 1. a.

1687 *BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 17.09.2020 – 2 BvR 1605/16, juris-Rn. 15 m.w.N.; *BSG,* Beschluss vom 31.10.1978 – 4 BJ 149/78, juris-Rn. 7 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 27.01.1977 – 7 RAr 16/75, juris-Rn. 30; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 62 Rn. 9b; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 17; *Hintz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 128 Rn. 7; *Groth,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III. Kapitel Rn. 22; *Haupt,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 128 Rn. 11; *Rixen,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 108 Rn. 29 m.w.N.; *Nober,* in: Anders/Gehle, ZPO, § 291 Rn. 9.

1688 F. III. 2. a.

1689 F. III. 2. b.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den offenkundigen Tatsachen kein besonderes Erfahrungswissen zugrunde liegt[1690]. Sobald jedoch allgemeinkundige oder gerichtskundige Tatsachen mit wissenschaftlichen Quellen belegt oder unterfüttert werden und/oder für ihre Auswertung und Feststellung besondere Fachkunde vonnöten ist, handelt es sich nicht mehr um eine offenkundige, sondern um eine generelle Tatsache. Die rechtliche Folge ist, dass generelle Tatsachen, zumindest als besondere Erfahrungssätze[1691], im Unterschied zu offenkundigen Tatsachen bewiesen werden müssen[1692].

IV. Rechtsdogmatische und rechtsmethodische Einordnung (der Feststellung) genereller Tatsachen durch das *BSG*

1. Rechtsdogmatische Einordnung

Im Rahmen der rechtsdogmatischen Einordnung der Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* ist zunächst auf die Begründung der Feststellungsbefugnis des *BSG* für diese Tatsachenart einzugehen (a.). Sodann ist zu prüfen, ob das *BSG* generelle Tatsachen auch mit eigenständiger Beweiserhebung feststellen darf (b.). Auch sind generelle Tatsachen und Rechtsnormen voneinander abzugrenzen (c.).

a. Begründung der Feststellungsbefugnis des *BSG* für generelle Tatsachen

Die Bindung des *BSG* an die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz gemäß § 163 SGG[1693] bezieht sich ausschließlich auf Feststellungen zum speziellen Sachverhalt, also auf Einzeltatsachen[1694].[1695] Für die Feststellung

1690 *BGH,* Urteil vom 02.10.2003 – I ZR 150/01, juris-Rn. 18; *Prütting,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 1, ZPO § 291 Rn. 3; *Nober,* in: Anders/Gehle, ZPO, § 291 Rn. 12.
1691 F. I. und F. II. 2. d.
1692 E. II. 2. a.
1693 E. III. 6.
1694 C. III. 2. b. aa.
1695 *BSG,* Urteil vom 25.10.1994 – 3/1 RK 57/93, juris-Rn. 27; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 454.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

von generellen Tatsachen gilt diese Bindung nicht.[1696] Die Ausnahme der Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* ist nicht im Gesetz verankert. Dem Wortlaut des § 163 SGG ist derartiges jedenfalls nicht zu entnehmen.[1697] Im Sozialrecht basiert die Befugnis der eigenständigen Überprüfung und Feststellung genereller Tatsachen auf einer gefestigten revisionsgerichtlichen Rechtsprechung bzw. Auslegung.[1698] Aufgrund der rechtsstaatlichen Begründungspflichten einer gerichtlichen Entscheidung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG[1699] stellen sich hier zwei Fragen: Demnach ist erstens zu fragen, ob diese über den Einzelfall hinausreichende Geltung der Rechtsauslegung des *BSG* hinsichtlich seiner Feststellungsbefugnis für generelle Tatsachen, welche kein Gesetzesrecht darstellt[1700], mit überzeugenden Gründen untermauert werden kann. Zweitens ist zu fragen, ob die Autorität und die Kompetenzen des Gerichts diese Auslegung rechtfertigen.[1701]

aa. Sinn und Zweck der Revision gemäß § 160 Abs. 2 SGG

Das *BSG* begründet die Feststellung genereller Tatsachen damit, dass sich derartige Fragen nicht nur im zu entscheidenden Einzelfall, sondern in allen anderen gleich gelagerten Fällen stellen. Deshalb hat das *BSG* dann, entsprechend dem Sinn und Zweck der Revision gemäß § 160 Abs. 2 SGG[1702], die Aufgabe, mit der Feststellung dieser generellen Tatsachen die Einheitlichkeit der Rechtsprechung und Rechtsanwendung sicherzustellen und

1696 *BSG,* Urteil vom 13.12.2005 – B 1 KR 21/04 R, juris-Rn. 18; *BSG,* Urteil vom 14.12.2011 – B 5 R 2/10 R, juris-Rn. 34; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 7; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 163 Rn. 22.

1697 *Dreher,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 797; *Eicher*, SGb 1986, S. 501, 504; *Rauscher*, SGb 1986, S. 45, 45.

1698 *Keller,* jurisPR-SozR 3/2006, Anm. 5.

1699 Siehe: B. II., C. II. 2. b. bb. und E. II. 2. b. bb. (2).

1700 C. I. 3. c.

1701 *BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 25.04.2015 – 1 BvR 2314/12, juris-Rn. 13.

1702 E. III. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

damit die Rechtseinheit zu wahren.[1703] Mit diesem Zweck wäre es unvereinbar, wenn Fragen im Zusammenhang mit der Feststellung genereller Tatsachen von Fall zu Fall und von *Landessozialgericht* zu *Landessozialgericht* unterschiedlich beantwortet würden, ohne dass dies einer Prüfung oder einer generellen Aufklärung[1704] durch das *BSG* unterworfen wäre.[1705] Diese Argumentation kann mit der teleologischen Trennungstheorie zur Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatsachenfragen[1706] gestützt werden; denn die teleologische Trennungslehre stellt auf den Sinn und Zweck der Revision, die Rechtsvereinheitlichung (§ 160 Abs. 2 SGG), ab, welche dem Sinn und Zweck des Einsatzes genereller Tatsachen in einem zugelassenen bzw. laufenden Revisionsverfahren entspricht.

bb. Revisionsgerichtliche Kontrolle der Beweiswürdigung gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG

Ein weiterer Grund, welcher für eine Befugnis zur Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* spricht, ist die revisionsgerichtliche Kontrolle der Verletzung des Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung durch vorinstanzliche Gerichte gemäß § 128 Abs. 1 SGG. So kontrolliert das *BSG*, ob das Tatsachengericht besondere Erfahrungssätze, also generelle Tatsachen[1707], nicht berücksichtigt, tatsächlich nicht existierende besondere Erfahrungssätze angewandt oder besondere Erfahrungssätze fehlerhaft angewandt hat[1708].

1703 *BSG,* Urteil vom 16.06.1999 – B 1 KR 4/98 R, juris-Rn. 17; *BSG,* Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 13; *BSG,* Urteil vom 13.12.2005 – B 1 KR 21/04 R, juris-Rn. 18 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 14.02.2001 – B 1 KR 29/00 R, juris-Rn. 17; *BSG,* Urteil vom 24.04.2008 – B 9/9a SB 10/06 R, juris-Rn. 28 m.w.N.*; Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 7; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 163 Rn. 3; *Keller*, jurisPR-SozR 3/2006, Anm. 5.

1704 *Dreher,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 799.

1705 *BSG,* Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 18; *BSG,* Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 5/05 R, juris-Rn. 19; *Hauck*, in: Hennig, SGG, Band 3, 12/2018, § 163 Rn. 86.

1706 C. III. 1. b.

1707 F. I. und F. II. 2. d.

1708 E. II. 2. b. cc. (4).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc. Einordnung

Festzuhalten ist, dass die Befugnis zur Feststellung generelle Tatsachen durch das *BSG* als oberstes Bundesgericht für die Sozialgerichtsbarkeit (Art. 95 Abs. 1 GG) begründet ist. Das gilt, wenn die Feststellung von generellen Tatsachen auf Fälle begrenzt wird, in welchen der Sinn und Zweck der Revision (§ 160 Abs. 2 SGG) verwirklicht[1709] wird. Weiterhin lässt sich eine Ermächtigung zur Feststellung genereller Tatsachen aus der in einem gewissen Umgang bestehenden Befugnis zur Kontrolle der Beweiswürdigung der Vorinstanz (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG)[1710] ableiten. Bei alledem ist die Feststellung von Einzeltatsachen Aufgabe der Instanzgerichte. Die Abgrenzung zwischen generellen Tatsachen und Einzeltatsachen spielt auch bei der Frage eine Rolle, ob das *BSG* generelle Tatsachen mit eigener Beweiserhebung feststellen darf. Darauf wird nachfolgend der Fokus gelegt (b.).

b. Voraussetzung zur eigenständigen Beweiserhebung durch das *BSG*

aa. Ansicht des *Großen Senats des BSG*

Generelle Tatsachen können ohne oder mit eigener Beweiserhebung[1711] durch das *BSG* festgestellt werden. Fraglich ist, wie die Feststellung genereller Tatsachen eingeordnet werden muss, wenn dafür eine eigenständige Beweisaufnahme durch das *BSG* hinsichtlich der jeweiligen Erkenntnisgrundlage[1712] notwendig ist. Zu dieser Frage hat sich der *Große Senat des BSG* geäußert. Vorangegangen war dieser Entscheidung ein Revisionsverfahren[1713], in welchem die Anerkennung von „Ghetto-Beitragszeiten" für die Gewährung einer Altersrente nach den Regelungen des Gesetzes zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigungen in einem „Ghetto" (ZRBG[1714]) zwischen einer verfolgten Person (Klägerin) im Nationalsozialismus und dem

1709 F. IV. 1. a. aa.
1710 F. IV. 1. a. bb.
1711 E. II. 2. a. cc.
1712 F. II.
1713 *BSG,* Vorlagebeschluss vom 20.12.2007 – B 4 R 85/06 R, juris-Rn. 1 ff.; ebenso mit dieser Frage befasst: *BSG,* Urteil vom 20.05.2020 – B 13 R 9/19 R, juris-Rn. 1 ff.
1714 Gesetz zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigungen in einem Ghetto vom 20.06.2002 (BGBl. I, S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 15.07.2014 (BGBl. I, S. 952).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rentenversicherungsträger streitig war. Entscheidungserhebliche Norm ist hierfür u.a. § 1 ZRBG. Nach § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZRBG gilt das ZRBG für Zeiten der Beschäftigung von Verfolgten in einem „Ghetto", die sich dort zwangsweise aufgehalten haben, wenn die Beschäftigung "aus eigenem Willensentschluss zustande gekommen" (Nr. 1 lit. a)) ist und „gegen Entgelt ausgeübt" (Nr. 1 lit. b)) wurde[1715]. Das *BSG* legte dem *Großen Senat* verschiedene Fragen vor, welche sich auf die Auslegung[1716] und Anwendung des ZRBG bezogen[1717]. Im Verfahren vor dem *Großen Senat* beantragte die Klägerin, dass u.a. Beweis in der Form eines historischen Sachverständigengutachtens erhoben werden sollte, um generelle Feststellungen zu der Frage zu treffen, ob jüdische Arbeiter einer „Ghetto-Beschäftigung" generell aus eigenem Willensentschluss nachgegangen sind und generell dafür entlohnt wurden[1718]. Grundsätzlich hielt der *Große Senat* eine eigenständige Beweiserhebung durch das *BSG* für denkbar[1719], schloss diese dann aber in dem geschilderten Fall aus, weil „die als aufklärungsbedürftig angesehenen Tatsachen […] bereits Gegenstand der Beweiswürdigung des *LSG* waren"[1720].

bb. Einordnung

Unter dieser nicht eindeutigen Formulierung des *Großen Senats* versteht der Autor dieser Arbeit, dass eine eigenständige Beweiserhebung durch das *BSG* grundsätzlich nur möglich ist, wenn es sich bei den aufklärungsbedürftigen Tatsachen um generelle Tatsachen und nicht um vom *LSG* festzustellende Einzeltatsachen handelt.[1721] Auf diese Lesart der Formulierung des *Großen Senats* deutet insbesondere hin, dass die 1932 geborene Klägerin im Berufungsverfahren nicht glaubhaft machen konnte, dass sie als zehnjähriges Kind in der Zeit zwischen Mai 1942 bis Juni 1943 während des Aufenthalts in einem „Ghetto" einer Beschäftigung nachgegangen war

1715 *BSG Großer Senat,* Beschluss vom 12.12.2008 – GS 1/08, juris-Rn. 1 ff.
1716 Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „aus eigenem Willensentschluss zustande gekommene Beschäftigung gegen Entgelt": *a.a.O.,* Rn. 31 oder *BSG,* Urteil vom 20.05.2020 – B 13 R 9/19 R, juris-Rn. 79 m.w.N.
1717 *BSG,* Vorlagebeschluss vom 20.12.2007 – B 4 R 85/06 R, juris-Rn. 56 ff.
1718 *BSG Großer Senat,* Beschluss vom 12.12.2008 – GS 1/08, juris-Rn. 21.
1719 Ebenso: *Dreher,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 797; *Keller*, jurisPR-SozR 3/2006, Anm. 5.
1720 *BSG Großer Senat,* Beschluss vom 12.12.2008 – GS 1/08, juris-Rn. 33.
1721 Ebenso: *Hauck*, in: Hennig, SGG, Band 3, 12/2018, § 163 Rn. 87.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bzw., dass eine Arbeitsaufnahme erfolgte.[1722] Diese, das *BSG* gemäß § 163 SGG bindenden, Einzeltatsachen sind eng mit der Feststellung der oben von der Klägerin ins Feld geführten generellen Tatsachen verknüpft.[1723] Dennoch ist eine Abgrenzung möglich. So können mit einem historischen Sachverständigengutachten die generellen Verhältnisse in „Ghettos" oder „Arbeitsstätten" während der Zeit des Nationalsozialismus aufgearbeitet werden. Historiker, welche solche Sachverständigengutachten anfertigen, müssen sich mit Beweisfragen zu den Arbeits- und Lebensverhältnissen von Juden in „Ghettos" auseinandersetzen und diese (rechts-)historischen Erkenntnisse herausarbeiten[1724]. Nicht möglich und auch nicht zulässig ist es hingegen, mit diesen generellen Tatsachen zu belegen, ob überhaupt die Aufnahme einer Tätigkeit erfolgte[1725], welche Tätigkeiten die betroffene Person in welchem Zeitraum verrichtet hat und ob sie selbst bestimmen konnte, ob und wie sie dieser Tätigkeit nachgehen wollte[1726]. Da von der Klägerin im vorliegenden Fall die Einzeltatsache nicht nachgewiesen werden konnte, dass es überhaupt zu einer Arbeitsaufnahme gekommen ist, wurde die Prüfung von § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZRBG und damit zusammenhängend eine mögliche Feststellung genereller Tatsachen obsolet[1727].

c. Abgrenzung zwischen generellen Tatsachen und Rechtsnormen anhand ausgewählter Beispiele

Im diesem Kapitel werden antizipierte Sachverständigengutachten[1728] ins Verhältnis zu Rechtsnormen[1729] und generellen Tatsachen gesetzt (aa.). Weiterhin wird die Rechtsnatur von allgemeinen Erfahrungssätzen[1730] und generellen Tatsachen thematisiert (bb.).

1722 *LSG Nordrhein-Westfalen,* Urteil vom 01.09.2006 – L 4 R 145/05, juris-Rn. 1 ff. und 27 ff.

1723 *Dreher,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 800; *Hauck*, in: Hennig, SGG, Band 3, 12/2018, § 163 Rn. 87.

1724 *Scheurer/Wittenberg,* VSSAR 2020, S. 135, 141 ff.

1725 *BSG Großer Senat,* Beschluss vom 12.12.2008 – GS 1/08, juris-Rn. 31.

1726 *BSG,* Urteil vom 20.05.2020 – B 13 R 9/19 R, juris-Rn. 78 ff.

1727 *Hauck*, in: Hennig, SGG, Band 3, 12/2018, § 163 Rn. 87; *Dreher,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 800.

1728 E. II. 2. a. aa. (6).

1729 C. I. 2.

1730 E. II. 2. b. cc. (4) (i).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa. Rechtsnatur von antizipierten Sachverständigengutachten

(1) Antizipierte Sachverständigengutachten als Rechtsnormen?

Antizipierte Sachverständigengutachten stellen keine Rechtsnormen dar, weil sie nicht von einem demokratisch legitimierten Gesetzgeber erlassen wurden[1731]. Sie sind lediglich Hilfsmittel bei der Rechtsanwendung und Sachverhaltsermittlung. Verbindlichkeit oder eine inhaltliche Bindungswirkung bzw. eingeschränkte Kontrollmöglichkeit für die Gerichte entfalten antizipierte Sachverständigengutachten also grundsätzlich nicht.[1732] Sie haben aufgrund ihrer abstrakt-generellen Eigenschaft allenfalls eine den Rechtsverordnungen ähnliche normative Wirkung.[1733] Eine Bindungswirkung entfalten diese Regelwerke für Verwaltung und Gerichte freilich dann, wenn sie entweder in Gesetzesform oder in eine Verordnung aufgrund einer Ermächtigungsgrundlage[1734] überführt wurden.[1735] Ein solcher Transformationsprozess eines antizipierten Sachverständigengutachtens hin zu einer normativen Regelung ist z.B. anhand der AHP erfolgt.[1736] Die AHP wurden in der Vergangenheit als antizipierte Sachverständigengutachten, wie untergesetzliche Normen mit rechtsnormähnlicher Wirkung, eingestuft.[1737] In der Literatur[1738] und auch Rechtsprechung[1739] wird vertreten,

1731 E. II. 2. a. aa. (6) (i).

1732 *BSG,* Urteil vom 02.05.2001 – B 2 U 24/00 R, juris-Rn. 28 f. m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 30.06.1998 – B 2 U 41/97 R, juris-Rn. 21; *Humpert,* in: Jansen, SGG, § 128 Rn. 13; *Siefert*, MedSach 2010, S. 60, 63 f.; *Bultmann,* in: Plagemann, MAH SozR, § 42 Rn. 71; *Bieresborn*, SGb 2016, S. 379, 381 f.; *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 02/2019, § 114 Rn. 172.

1733 *BSG,* Urteil vom 24.04.2008 – B 9/9a SB 10/06 R, juris-Rn. 25; *BSG,* Urteil vom 07.04.2011 – B 9 VJ 1/10 R, juris-Rn. 39; *Siefert*, MedSach 2010, S. 60, 63; *Schenke,* in: Kopp, VwGO, § 98 Rn. 3a m.w.N.

1734 C. I. 2. c. aa. (1) (i).

1735 *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 11b.

1736 E. II. 2. a. aa. (6) (ii).

1737 *BSG,* Urteil vom 23.06.1993 – 9/9 a RVs 1/91, NZS 1993, S. 512, 512 f.; *BSG,* Urteil vom 24.04.2008 – B 9/9a SB 10/06 R, juris-Rn. 25; *BSG,* Urteil vom 18.09.2003 – B 9 SB 3/02 R, juris-Rn. 15; *Dau*, jurisPR-SozR 4/2009, Anm. 4; *Keller*, MedSach 2006, S. 128, 128; *Nusser/Spellbrink*, SGb 2017, S. 550, 556.

1738 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 103 Rn. 7c m.w.N.; *Mushoff,* in: Knickrehm/Rademacker, LPK-SGB XIV, Teil C der Anl. zu § 2 VersMedV Rn. 2.

1739 Beispielhaft: *BSG,* Urteil vom 27.10.2022 – B 9 SB 4/21 R, juris-Rn. 29; *BSG,* Urteil vom 11.08.2015 – B 9 SB 2/14 R, juris-Rn. 12; *BSG,* Urteil vom 16.12.2014 – B 9 SB 2/13 R, juris-Rn. 10 m.w.N.; *BSG,* Urteil vom 02.12.2010 – B 9 SB 4/10 R, juris-Rn. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dass die, die AHP ablösenden, sich in der Anlage zu § 2 VersMedV befindenden versorgungsmedizinischen Grundsätze ebenfalls als antizipierte Sachverständigengutachten einzustufen seien. Anzumerken ist, dass das auf die AHP, jedoch nicht auf die Anlage zu § 2 VersMedV, zutrifft. In Bezug auf die Anlage zu § 2 VersMedV ist zu sagen, dass die AHP verrechtlicht[1740] und in die Anlage zu § 2 VersMedV, welche auf aktuellen wissenschaftlich-medizinischen Erkenntnissen basiert[1741], überführt wurde. Diese Anlage ist als zur VersMedV gehörender Bestandteil[1742] als normativ-verbindliche Rechtsvorschrift einzustufen. Das macht § 2 S. 1 VersMedV deutlich. Zudem wird die Anlage zu § 2 VersMedV als Anlageband zum Bundesgesetzblatt[1743] ausgegeben[1744]. Es handelt sich bei der Anlage zu § 2 VersMedV also um einen normativ-verbindlichen Rechtssatz und nicht um ein antizipiertes Sachverständigengutachten oder generelle Tatsachen. Genauso verhält es sich z.B. mit der Anlage VI der AM-RL des *G-BA*[1745] oder den Anlagen 1 und 2 zu der BKV der *Bundesregierung*[1746]. Diese Anlagen sind Bestandteil einer Richtlinie oder Rechtsverordnung, also eines Rechtssatzes, welcher von einem demokratisch legitimierten Gesetzgeber[1747] erlassen wurde. Wenn ein antizipiertes Sachverständigengutachten beispielsweise als Rechtsverordnung erlassen wird, gelten hinsichtlich der gerichtlichen Kontrolle grundsätzlich die gleichen Kriterien wie für die Prüfung untergesetzlicher Normen, wie beispielsweise der Richtlinien des *G-BA*[1748].

1740 *Dau*, jurisPR-SozR 4/2009, Anm. 4.
1741 *Knickrehm,* in: Knickrehm/Rademacker, LPK-SGB XIV, § 5 Rn. 16.
1742 *Dau*, jurisPR-SozR 4/2009, Anm. 4.
1743 Anlageband zum BGBl. I, Nr. 57 vom 15.12.2008, zuletzt geändert durch Art. 27 G-SER vom 12.12.2019, BGBl. 2019 I, S. 2652.
1744 *Knickrehm,* in: Knickrehm/Rademacker, LPK-SGB XIV, § 5 Rn. 16.
1745 *Axer,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 35c Rn. 3.
1746 F. II. 3. g.
1747 Hinsichtlich der demokratischen Legitimation des *G-BA* wird auf die Ausführungen in Kapitel D. I. 1. c. aa. (2) (iii) verwiesen.
1748 D. I. 1. c. aa. (2) (iv).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Antizipierte Sachverständigengutachten als generelle Tatsachen?

(i) MdE-Tabellen

Zunächst ist klar, dass MdE-Tabellen keine formellen oder materiellen Gesetze[1749] darstellen[1750], was jedoch in der Praxis anders gehandhabt wird[1751]. Nach Ansicht des Verfassers repräsentieren die MdE-Tabellen besondere Erfahrungssätze[1752], welche auf wissenschaftlicher Grundlage basieren[1753]. Demnach sind sie als generelle Tatsachen[1754] und bei Erfüllung der oben genannten Voraussetzungen[1755], als antizipierte Sachverständigengutachten[1756] einzuordnen. Der dieser entgegengesetzten Ansicht, dass MdE-Tabellenwerte nicht auf empirischen Erkenntnissen basierten[1757] ist nicht zu folgen. Generelle Tatsachen beruhen nicht nur auf empirischen Erkenntnissen, sondern können ebenfalls auf die Sach- und Fachkunde der in dem jeweiligen Gebiet tätigen Wissenschaftler zurückzuführen sein,

1749 C. I. 2.

1750 *BSG,* Urteil vom 30.06.1998 – B 2 U 41/97 R, juris-Rn. 21; *Bultmann,* in: Plagemann, MAH SozR, § 42 Rn. 70 f.; *Scholz*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB VII, 15.01.2022, § 56 Rn. 68; *Pense,* Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 37 und 155; das *BSG* bemängelte diesen Umstand in der Vergangenheit und forderte eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage, damit die Inhalte der MdE-Tabellen in eine normativ-verbindliche Rechtsverordnung überführt werden können, wie dies auch hinsichtlich der VersMedV geschehen sei (*BSG,* Urteil vom 20.12.2016 – B 2 U 11/15 R, juris-Rn. 25).

1751 *Nusser/Spellbrink*, SGb 2017, S. 550, 554 f.

1752 *Pense,* Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 81 f.

1753 *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 9.

1754 F. I. und F. II. 2. d.

1755 E. II. 2. a. aa. (6) (iii).

1756 *BSG,* Urteil vom 30.06.1998 – B 2 U 41/97 R, juris-Rn. 21 f.; *BSG,* Urteil vom 02.05.2001 – B 2 U 24/00 R, juris-Rn. 28 m.w.N.; *Nusser/Spellbrink*, SGb 2017, S. 550, 553; *Bultmann,* in: Plagemann, MAH SozR, § 42 Rn. 71; *Pense,* Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 142 f. und 155; kritisch dazu, ob MdE-Tabellen und Empfehlungen als antizipierte Sachverständigengutachten einzustufen sind *Becker,* ASUMed 2009, S. 592, 594 f.

1757 *Anna Nusser* und *Wolfgang Spellbrink* stufen MdE-Tabellen nicht als generelle Tatsachen ein. MdE-Tabellen würden demnach „materiell eher Rechtssätzen, denn Erfahrungssätzen" entsprechen. Problematisch sei, dass die MdE-Tabellen in der Praxis wie Rechtsnormen angewandt würden, was vor dem Hintergrund des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips bedenklich sei (*Nusser/Spellbrink*, SGb 2017, S. 550, 550 und 554 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die auf wissenschaftliche oder empirische Erkenntnisse verweisen[1758]. Beispielsweise wirken bei der Herausgabe der Königsteiner Empfehlung Mediziner[1759] mit, welche aktuelle medizinische Erkenntnisse rezipieren[1760]. Aus den genannten Gründen ist es somit einleuchtender, MdE-Tabellenwerte als besondere Erfahrungssätze bzw. generelle Tatsachen einzuordnen, welche revisionsgerichtlich festgestellt werden können[1761].

(ii) Gerichtliche Kontrolle

Nach der Ansicht des Verfassers sind antizipierte Sachverständigengutachten aufgrund ihrer fehlenden Rechtssatzqualität vollumfänglich gerichtlich überprüfbar. Im Ergebnis stellen sie generelle Tatsachen dar[1762]. Das bedeutet nicht gleichzeitig, dass jede generelle Tatsache ein antizipiertes Sachverständigengutachten darstellt. In diesem Zusammenhang sind die an antizipierte Sachverständigengutachten zu stellenden Voraussetzungen[1763] zu prüfen. Beachtet werden muss zudem, dass antizipierten Sachverständigengutachten eine in der Praxis „vermutete Richtigkeit" unterstellt wird und dass der Richter grundsätzlich nicht die nötige Fachkunde besitzt, um das Gutachten zu widerlegen bzw. davon abzuweichen oder um das Gutachten im Einzelfall nicht mehr anzuwenden. Notwendig ist insofern, dass sich das Gericht weiteren wissenschaftlichen Sachverstand einholt, welcher anhand des allgemein anerkannten Stands medizinischer Erkenntnisse eine eigene plausible Tatsachengrundlage schafft. Dabei sind Grenzen zu beachten, welche auch in Fallkonstellationen gelten, in denen sich ein Gericht über ein medizinisches Sachverständigengutachten hinwegsetzen will[1764]. Das Gericht kann also zunächst die an ein antizipiertes Sachverständigen-

1758 *Pense,* Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 82, dieser konstatiert ebenfalls, dass MdE-Werte besondere Erfahrungssätze aufgrund besonderer Fachkunde sind; siehe dazu auch die Ausführungen im obigen Kapitel F. II. 3. f.

1759 *DGUV*, Empfehlung für die Begutachtung der Lärmschwerhörigkeit (BK-Nr. 2301) – Königsteiner Empfehlung –, S. 49.

1760 *A.a.O.,* S. 43 ff.

1761 *BSG*, Urteil vom 20.12.2016 – B 2 U 11/15 R, juris-Rn. 17 ff. m.w.N.

1762 Diese These ergibt sich aus dem Zusammenspiel zwischen Kapitel E. II. 2. b. cc. (4) (iii) und F. II. 2. d.

1763 Siehe dazu: E. II. 2. a. aa. (6) (iii).

1764 E. II. 2. b. cc. (1) (i) α.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gutachten zu stellen Voraussetzungen prüfen, um sodann diese Gutachten auch einer inhaltlichen Prüfung zu unterziehen.[1765]

bb. Rechtsnatur von allgemeinen Erfahrungssätzen und generellen Tatsachen

Allgemeine Erfahrungssätze[1766] enthalten, ebenso wie Rechtssätze, Obersätze und dienen demnach als Beurteilungsmaßstab von Einzeltatsachen.[1767] Das *BSG* misst allgemeinen Erfahrungssätzen, in Anlehnung an die Rechtsprechung anderer Rechtsgebiete[1768], deshalb die Qualität und Funktion von Rechtsnormen bei.[1769] Das *BSG* unterscheidet zwischen generellen Tatsachen und allgemeinen Erfahrungssätzen. So hätten generelle Tatsachen, im Gegensatz zu allgemeinen Erfahrungssätzen, die Rechtsnatur von Tatsachen.[1770] Demnach sind sie grundsätzlich der Tatsachenfrage im Untersatz zuzuordnen.[1771] Zu dieser Unterscheidung taucht bei der Prüfung von Nichtzulassungsbeschwerden gemäß § 160a SGG, überwiegend im 1.

1765 Ähnlich insofern: *Siefert*, MedSach 2010, S. 60, 63 f.

1766 Siehe oben: E. II. 2. b. cc. (4) (i).

1767 *BVerwG,* Urteil vom 25.06.1991 – 9 C 22/90, juris-Rn. 26; *BVerwG,* Urteil vom 03.05.1974 – IV C 31.72, juris-Rn. 17 ff.; *BFH,* Beschluss vom 29.01.1999 – V B 112/97, juris-Rn. 16; *BVerwG,* Beschluss vom 19.03.1966, VIII B 17.65, juris-Orientierungssatz; *May,* Die Revision, VI. B. Rn. 323; *Hauck,* in: Zeihe, SGG, 08/2017, § 163 Rn. 4 cc).

1768 *BVerwG,* Urteil vom 25.06.1991 – 9 C 22/90, juris-Rn. 26; *BGH,* Urteil vom 15.01.1993 – V ZR 202/91, juris-Rn. 6; *BAG,* Urteil vom 12.12.1968 – 1 AZR 238/68, juris-Rn. 13 (Divergenzrevision).

1769 *BSG,* Beschluss vom 07.10.2005 – B 1 KR 107/04 B, juris-Rn. 6; *BSG,* Beschluss vom 02.04.2015 – B 13 R 361/14 B, juris-Rn. 8; der 2. Senat des *BSG* grenzt allgemeine (medizinische) Erfahrungssätze aufgrund der fehlenden normativen Verbindlichkeit explizit von Rechtssätzen ab, misst ihnen jedoch die gleiche Funktion wie der von Rechtssätzen bei (*BSG,* Urteil vom 02.05.2001 – B 2 U 24/00 R, juris-Rn. 27 f.); dazu, dass die Anwendung allgemeiner Erfahrungssätze auf dem „Gebiet des materiellen Rechts" liege etwa: *BSG,* Urteil vom 10.12.1957 – 2 RU 270/55, juris-Rn. 24; der *BGH* spricht davon, dass allgemeine Erfahrungssätze „die Natur von Normen" hätten (*BGH,* Urteil vom 15.01.1993 – V ZR 202/91, juris-Rn. 6; so auch schon: *RG,* Urteil vom 07.05.1920 – VII 12/20, juris (RGZ 99, 70, 71); ebenso: *Nober,* in: Anders/Gehle, ZPO, § 546 Rn. 5).

1770 *BSG,* Beschluss vom 07.10.2005 – B 1 KR 107/04 B, juris-Rn. 6; *BSG,* Beschluss vom 02.04.2015 – B 13 R 361/14 B, juris-Rn. 8; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 19; *Keller*, jurisPR-SozR 3/2006, Anm. 5; ebenso: *Gottwald,* Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, S. 163.

1771 C. III. 2. b. bb.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Senat des *BSG*, der Begriff der „generellen Tatsache von nicht normativer Qualität" auf.[1772] Allgemeine Erfahrungssätze haben jedoch nicht die Qualität und Funktion von Rechtsnormen. So sind allgemeine Erfahrungssätze (Schlussfolgerungen aus Tatsachen)[1773] als nicht normativ-verbindliche Aussagesätze[1774] i.S.v. Hilfsmitteln bei der Rechtsanwendung, also bei der Auslegung und Subsumtion (Rechtsfrage), und Tatsachenfeststellung (Tatsachenfrage) einzuordnen.[1775] Dieses Ergebnis gilt gleichsam für generelle Tatsachen. Aus diesen Gründen ist es falsch, allgemeinen Erfahrungssätzen oder generellen Tatsachen die Qualität eines Rechtssatzes zuzusprechen oder sogar allgemeine Erfahrungssätze als Rechtsnormen anzuerkennen. Insofern ist auch der Begriff der generellen Tatsache mit normativer Qualität[1776] nicht zielführend.

cc. Zwischenergebnis

Die in Kapitel F. IV. 1. c. genannten Regelwerke, mit Ausnahme der als Rechtsnormen eingeordneten[1777], oder die tatsächlichen Schlüsse daraus haben gemeinsam, dass sie keine Rechtsnormen[1778] sind und die Gerich-

1772 *BSG,* Beschluss vom 07.10.2005 – B 1 KR 107/04 B, juris-Leitsatz Nr. 1 und Rn. 5 f. m.w.N., Rn. 8 und Leitsatz Nr. 1; *BSG,* Beschluss vom 20. November 2007 – B 1 KR 118/07 B, juris-Rn. 6; *BSG,* Beschluss vom 12.02.2014 – B 1 KR 30/13 B, juris-Rn. 6; *BSG,* Beschluss vom 27.06.2018 – B 13 R 273/16 B, juris-Rn. 30 m.w.N.

1773 E. II. 2. b. cc. (4) und F. III. 2. c.

1774 C. I. 3.

1775 *BSG,* Urteil vom 02.05.2001 – B 2 U 24/00 R, juris-Rn. 27; *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 162 Rn. 42 und 44; *Bolay,* in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 8; *Hauck*, in: Hennig, SGG, Band 3, 12/2018, § 163 Rn. 68; *Humpert,* in: Jansen, SGG, § 128 Rn. 13; *Pense*, Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 69; *Krüger,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 2, ZPO § 545 Rn. 3 m.w.N.; *Krüger,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 2, ZPO § 546 Rn. 5 und 13; *May,* Die Revision, VI. B. Rn. 323, Rn. 344 und 347 f.; *Larenz/Canaris,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 109; *Rackow,* in: Dölling et al., Gesamtes Strafrecht, StPO § 337 Rn. 10; dieses Ergebnis gilt gleichsam für Denkgesetze (*Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 162 Rn. 42 f.; *Haueisen,* NJW 1959, S. 1348, 1350; *Grave/Mühle,* MDR 1975, S. 274, 275 f. und 279; *Krumm*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Band IV, 09/2023, FGO § 118 Rn. 69); dazu, dass Denkgesetze auf dem Gebiet des materiellen Rechts lägen, etwa: *BSG,* Urteil vom 10.12.1957 – 2 RU 270/55, juris-Rn. 24 oder dass Denkgesetze „Normen des ungeschriebenen Rechts" seien etwa: *BGH,* Urteil vom 18.03.1954 – 3 StR 87/53, juris-Rn. 6.

1776 So z.B. bei: *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 19.

1777 F. IV. 1. c. aa. (1).

1778 C. I. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

te nicht binden[1779]. Dennoch sind Fallkonstellationen zu beobachten, in welchen die Rechtsprechung Tatsachen die Qualität von Rechtsnormen zuspricht oder Tatsachen wie Rechtsnormen behandelt. Diese These kann z.B. anhand der mit Rechtsnormen zum Teil gleichgesetzten allgemeinen Erfahrungssätze[1780] aufgestellt werden. Auch die Rechtsfigur der generellen Tatsache mit normativer und ohne normative Qualität ist abzulehnen. Generelle Tatsachen sind Tatsachen[1781]. Auch beim Einsatz der MdE-Tabellen ist diese Problematik zu beobachten[1782]. Andersherum konnte auch herausgearbeitet werden, dass Tendenzen ersichtlich sind, Rechtsnormen als Tatsachen einzuordnen. Zu zeigen ist das z.B. anhand der Anlage zu § 2 VersMedV[1783]. In den aufgeführten Fällen wird fälschlicherweise entweder von einem „Sein" auf ein „Sollen" oder von einem „Sollen" auf ein „Sein" geschlossen[1784] und die Grenze zwischen Rechts- und Tatsachenfrage verwischt[1785].

2. Rechtsmethodische Einordnung

An das erarbeitete Ergebnis, dass allgemeine Erfahrungssätze und generelle Tatsachen keine Rechtsnormen sind[1786], knüpfen weitergehende methodische Fragen hinsichtlich der Verwendung genereller Tatsachen im Rahmen der Rechtsanwendung an. Daher ist nachfolgend zu untersuchen, wie generelle Tatsachen allgemein vom *BSG* verwendet werden (a.) und speziell Eingang in den Rechtsanwendungsprozess bzw. den richterlichen Entscheidungsprozess finden. Fraglich ist also, an welcher Stelle sie innerhalb des juristischen Subsumtionsmodells ihren Platz finden (b.).

1779 B. II. 2. b.
1780 F. IV. 1. c. bb.
1781 *Ebd.*
1782 F. IV. 1. c. aa. (2) (i).
1783 F. IV. 1. c. aa. (1).
1784 Siehe dazu: C. I. 1. a.
1785 Siehe: C. III.
1786 F. IV. 1. c. cc.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a. Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG*

Ist ein Rechtsbegriff (noch) nicht abschließend tatsachenbasiert[1787] definiert oder lassen sich tatsächliche Feststellungen eines *Landessozialgerichts* (noch) nicht unter einen ausgelegten Rechtsbegriff subsumieren, kann das *BSG* diese unvollständigen oder fehlenden[1788], unklaren oder falschen generellen Tatsachenfeststellungen einer gerichtlichen Kontrolle bzw. Überprüfung unterziehen und diese durch die Feststellung von generellen Tatsachen ergänzen und/oder ersetzen.[1789] Das bedeutet, dass das *BSG* zur Beweiswürdigung des bereits in den Vorinstanzen erhobenen und demnach vorliegenden (generellen) Tatsachenmaterials berechtigt ist und dieses anders als das Berufungsgericht beurteilen kann.[1790] Auch ist das *BSG* grundsätzlich nicht daran gehindert, eigene Ermittlungen durchzuführen und in die Beweiserhebung einzutreten[1791], also z.B. selbst externes Informationsmaterial in das Verfahren einzubringen, medizinische Gutachten in Auftrag zu geben sowie Sachverständige anzuhören[1792] und dieses Material dann zu würdigen.[1793] Ebenfalls ist es möglich, dass das *BSG* die Ermittlung von generellen Tatsachen unterlässt und an die Feststellungen der Vorinstanz gemäß § 163 SGG gebunden ist[1794] oder den Fall nach § 170 Abs. 2 S. 2 SGG zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an die Tatsacheninstanz zurückverweist.[1795] Wie das *BSG* hierbei verfährt, also ob es selbst generelle Tatsachen von Amts wegen ermittelt oder den Fall zur weiteren Ermitt-

1787 C. II. 1. b. ff.

1788 *BSG,* Urteil vom 14.12.2011 – B 5 R 2/10 R, juris-Rn. 34.

1789 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 1 f. und 7 m.w.N.; *Berchtold,* in: Berchtold/Karmanski/Richter, Prozesse in Sozialsachen, § 8 Rn. 253; *Hauck*, in: Hennig, SGG, Band 3, 12/2018, § 163 Rn. 87; *Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 156.

1790 *BSG,* Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 20/04 R, juris-Rn. 22 ff.; *BSG,* Urteil vom 16.06.1999 – B 1 KR 4/98 R, juris-Rn. 17; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 454.

1791 Siehe bereits: F. IV. 1. b.

1792 *BSG,* Urteil vom 25.10.1994 – 3/1 RK 57/93, juris-Rn. 27.

1793 *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 454; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 7; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 163 Rn. 22 f.; siehe zur Definition von Beweiserhebung: E. II. 2. a. cc.

1794 Beispielhaft: *BSG,* Urteil vom 07.05.2013 – B 1 KR 26/12 R, juris-Rn. 11.

1795 *BSG,* Urteil vom 15.09.2011 – B 2 U 25/10 R, juris-Rn. 11 und 23 ff.; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 7; *Eicher*, SGb 1986, S. 501, 506 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lung genereller Tatsachen zurückverweist, hängt vom Einzelfall ab und ist anhand von Praktikabilitätsgesichtspunkten zu beurteilen.[1796] Damit hat das *BSG* bei dieser Entscheidung einen Ermessensspielraum. Bei der Überprüfung der Feststellung genereller Tatsachen der Tatsacheninstanz durch das *BSG*, also auch ob § 128 Abs. 1 SGG eingehalten wurde, wird ein Konkurrenzverhältnis zwischen Revision und Berufung hinsichtlich der Würdigung und Feststellung genereller Tatsachen deutlich. Jedoch ist es nicht möglich, vorinstanzlich festgestellten Einzeltatsachen durch die Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* zu verwerfen oder zu ersetzen[1797]. Weiterhin dient diese Überprüfungsbefugnis durch die Revisionsinstanz unterschiedlichen Zwecken (b.). Die folgende Unterscheidung hinsichtlich dieser Zwecke ist bereits bei *Friedrich Stein* zu finden, welcher zwar nicht von generellen Tatsachen, aber von Erfahrungssätzen und Lebenserfahrung spricht[1798].

b. Einordnung genereller Tatsachen innerhalb des juristischen Subsumtionsmodells

Mit den folgenden Ausführungen wird der Frage nachgegangen, ob generelle Tatsachen in einem Revisionsverfahren zum Zweck der Rechtsauslegung (aa.) und Subsumtion (bb.) festgestellt werden dürfen. Auch werden generelle Tatsachen in das Modell der Rechtsnormerzeugung bzw. Rechtsnormkonstruktion[1799] eingegliedert (cc.).

aa. Feststellung genereller Tatsachen zum Zweck der Rechtsauslegung

In Bezug auf generelle Tatsachen zur Auslegung passt ein Zitat von *Dieter Grimm*, welcher ausführt, dass der Normtext der Rechtsvorschrift „[…] oft noch gar keinen fertigen Maßstab […]" bereitstelle, sondern „[…] vielmehr zunächst mit Befunden aus der Wirklichkeit […]" bzw. mit generellen Tatsachen „angereichert werden" müsse, bevor sie angewandt werden kön-

1796 *Schlegel,* MedR 2008, S. 30, 34; *Eicher*, SGb 1986, S. 501, 506; *Gottwald,* Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, S. 173 ff.
1797 *Wenner,* GuP 2013, S. 41, 47 f.; *Hauck*, in: Hennig, SGG, Band 3, 12/2018, § 163 Rn. 87.
1798 *Stein,* Das private Wissen des Richters, S. 104 ff.
1799 C. II. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ne.[1800] In der sozialrechtlichen Literatur sind in diesem Zusammenhang zwei Aufsätze aus dem Jahr 1986 zu nennen: Zum einen konstatiert *Rauscher*, dass bestimmte Rechtsbegriffe nur mit Bezügen zu tatsächlichen Erkenntnissen verstanden werden könnten.[1801] Zum anderen kann *Traugott Wulfhorst* genannt werden, welcher konstatiert, dass generelle Tatsachen[1802] verwertet würden, um den Obersatz für den Subsumtionsschluss konkretisierend aufbereiten zu können.[1803] Die Feststellung genereller Tatsachen durch das Revisionsgericht liegt also der Normanwendung voraus.[1804] Oder anders ausgedrückt: Generelle Tatsachen sind „[…] als der Lebenswirklichkeit entstammende Vorfragen am revisionsrichterlichen Subsumtionsverfahren beteiligt […]".[1805] Damit kann die Feststellung genereller Tatsachen auf der Grundlage von (empirisch belegten) Fakten[1806] zulässigerweise durch das Revisionsgericht für die Konkretisierung des richterlichen Obersatzes einer Rechtsnorm und somit bei der Auslegung eines normativen, unbestimmten Begriffs notwendig sein.[1807] Es geht also um die bereits auf-

1800 *Grimm* trifft diese Aussage in Bezug auf das Verfassungsrecht (*Grimm*, Staatsrechtslehre und Politikwissenschaft, in: Grimm, Rechtswissenschaften und Nachbarwissenschaften, S. 53, 56); in diesem Sinne auch *Hans F. Zacher* (*Zacher*, Sozialrecht als interdisziplinäre Aufgabe – Der Beitrag der Rechtswissenschaft, in: Deutscher Sozialgerichtsverband, Die verfassungsrechtliche Relevanz des Sozialrechts, S. 50, 58 f.).

1801 *Rauscher*, SGb 1986, S. 45, 48.

1802 *Wulfhorst* spricht auch von Rechtstatsachen.

1803 *Wulfhorst*, Richterliche Konkretisierung sozialrechtlicher Normen mit Hilfe von Rechtstatsachen, in: Schulin/Dreher, Sozialrechtliche Rechtstatsachenforschung – Probleme und Perspektiven, S. 53, 53 f., ebenso mit Beispielen aus der Rechtsprechung des *BSG*: S. 56 ff.

1804 *Oliver Lepsius* trifft diese Aussage hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Fakten und Verfassungsrecht und nicht speziell in Bezug auf die Revisionsinstanz. In seinem Beitrag konzentriert er sich ausschließlich auf generelle Tatsachen zur Rechtsauslegung durch das *BVerfG*, insbesondere durch die Verfassungsrechtsprechung der USA (*Lepsius,* JZ 2005, S. 1, 1 ff.).

1805 *Rauscher*, SGb 1986, S. 45, 48.

1806 F. I. und F. II. 2. d.

1807 *BSG,* Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 5/05 R, juris-Rn. 19; *Dreher,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 794 f.; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 4; *Keller*, jurisPR-SozR 3/2006, Anm. 5; *Müller,* Strukturierende Rechtslehre, S. 400 f.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 397 („sachorientierte Normativbegriffe"); *May,* Die Revision, VI. B. Rn. 335 und 383; für das Zivilrecht, aber mit Bezug zum Sozialrecht: *Hergenröder,* Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 350 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gezeigte tatsachengestützte Gesetzesauslegung.[1808] Das *BSG* kann so diese Art der Auslegung eines Rechtsbegriffs durch das *LSG* überprüfen.[1809] Anhaltspunkte dafür, dass unter Rückgriff von generellen Tatsachen ausgelegt wird, sind z.B., dass der Rechtsbegriff nicht allein normativ, sondern mit Hilfe von medizinischer, natur-(wissenschaftlicher) und technischer Sachkunde ausgelegt bzw. konkretisiert werden muss. Notwendig ist insofern, dass für das abschließende Verständnis des Begriffs diese Sachkunde benötigt wird.

bb. Feststellung genereller Tatsachen zum Zweck der Subsumtion im engeren Sinne

Die weitaus schwierigere Frage ist, ob und wie generelle Tatsachen neben der Rechtsauslegung zudem zur Bildung des richterlichen Untersatzes (Subsumtion) benötigt werden und hierfür durch das Revisionsgericht festgestellt werden. *Oliver Lepsius* stellt mit Verweis auf *Müller/Christensen* fest, dass generelle Tatsachen auf die Konkretisierung des Normgehalts einwirkten, aber auch als „Subsumtionsmaterial" rechtserheblich seien[1810]. Hinweise darauf, dass generelle Tatsachen unter einen Rechtsbegriff subsumiert werden, sind z.B., dass der Rechtsbegriff abschließend normativ und/oder tatsachengestützt, bestimmt werden kann bzw. bestimmt wurde und demnach zur Subsumtion fertig aufbereitet wurde. Generelle Tatsachen werden dann benötigt, um sie mit der ausgelegten Rechtsvorschrift abzugleichen. Weiterhin kann auf einen Subsumtionsvorgang unter Einbezug von generellen Tatsachen hindeuten, wenn ein Tatbestandsmerkmal geprüft wird, unter welches keine Einzeltatsachen, sondern nur generelle Tatsachen subsumiert werden können. Auch ist denkbar, dass generelle Tatsachen ergänzend zu Einzeltatsachen subsumiert werden. Nachfolgend sind zwei weitere dazu passende Ansichten in der Literatur zu diskutieren ((1) und ((2)).

1808 C. II. 1. b. ff.

1809 F. IV. 2. a.

1810 *Lepsius,* JZ 2005, S. 1, 1; ebenso dafür: *Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 155 f.; dafür wohl auch: *Dreher,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 794 f., *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 4 und *Eicher*, SGb 1986, S. 501, 506; dagegen: *May,* Die Revision, VI. B. Rn. 335 und 383 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(1) Ausführliche Prüfungskompetenz des *BSG* (Ansicht von *Wolfgang Dreher*)

In Anlehnung an *Dreher* kann gesagt werden, dass der Einsatz von generellen Tatsachen neben der Auslegung auch der Schließung von Lücken bei der Feststellung von Einzeltatsachen dient. Die Feststellung genereller Tatsachen unterstützt und ergänzt in diesem Fall die tatrichterliche Beweiswürdigung und Feststellung von Einzeltatsachen. *Dreher* verwendet in diesem Zusammenhang den Begriff der „Regeltatsache".[1811] Der Verfasser dieser Arbeit versteht unter Regeltatsachen generelle Tatsachen, welche zum Zweck der Subsumtion im engeren Sinne festgestellt und zusammen mit Einzeltatsachen subsumiert werden können. Grundsätzlich verweist *Dreher* in diesem Kontext darauf, dass die Prüfungskompetenz des *BSG* in Bezug auf Rechtstatsachen, also generelle Tatsachen für die Rechtsauslegung[1812], nicht geringer sein könne als in Bezug auf Regeltatsachen[1813]. Weiterhin erkennt *er* auch eine revisionsgerichtliche Feststellungs- und Überprüfungskompetenz für generelle Tatsachen zur Auslegung und zur Subsumtion, wenn damit eine eigene Beweisaufnahme einhergeht[1814]. *Dreher* lehnt eine Einschränkung der Feststellungsbefugnis ab, welche lediglich das Feststellen genereller Tatsachen aufgrund bereits erhobenem Material erlaubt. Auch einen Zwang zur Zurückverweisung der Rechtssache an die Tatsacheninstanz, wenn generelle Feststellungen durch das *LSG* fehlen, sieht er kritisch. Als Gründe hierfür nennt er die selbständige Feststellungsbefugnis des *BSG* für generelle Tatsachen, die erneute Angreifbarkeit verschiedener Berufungsurteile zu der gleichen generellen Tatsache sowie prozessökonomische Gesichtspunkte. Zudem würde eine Zurückverweisung den der Berufungsinstanz obliegenden Aufgaben, eine eigenständige Beweiswürdigung vorzunehmen und eigene Tatsachenfeststellungen zu treffen, widersprechen[1815]. *Dreher* spricht sogar von einer Aufklärungspflicht durch das *BSG*, welche verschiedene Einschränkungen erfahre. Die

1811 *Dreher,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 794 f.; ebenso *Eicher*, SGb 1986, S. 501, 506, welcher konstatiert, dass generelle Tatsachen auch bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden müssten.

1812 Siehe dazu: F. III. 1.

1813 *Dreher,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 796 f.

1814 *A.a.O.,* 797 f.

1815 *A.a.O.,* 798; zurückhaltender dazu: *Eicher*, SGb 1986, S. 501, 507.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wichtigste Einschränkung sei die unzulässige Feststellung von Einzeltatsachen[1816]. Eine davon abweichende Ansicht vertritt *Artur May*. Auch diese gilt es im Folgenden einzubeziehen ((2)).

(2) Die Feststellung genereller Tatsachen lediglich zum Zweck der Rechtsauslegung (Ansicht von *Artur May*)

May vertritt explizit den Standpunkt, dass generelle Tatsachen ausschließlich zum Zweck der Normauslegung festgestellt würden. An Tatsachen, welche der Subsumtion unter eine Norm dienten (Subsumtionstatsachen), also von generellen Tatsachen abzugrenzende Einzeltatsachen, sei das *BSG* gebunden. *May* schließt es also aus, dass generelle Tatsachen zum Zweck der Subsumtion im engeren Sinne durch das *BSG* festgestellt werden. *May* begründet diese Ansicht mit der Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatsachenfrage sowie dem dem *BSG* nicht zugänglichen Teil der Tatsachenfeststellung.[1817]

cc. Einbezug genereller Tatsachen in das Modell der Rechtsnormerzeugung

Der Einbezug genereller Tatsachen durch das Gericht in den Auslegungs- und Subsumtionsvorgang kann in das Modell der Rechtsnormerzeugung, welches in dieser Arbeit als Rechtsanwendung (Rechtsfrage) verstanden wird[1818], eingeordnet werden.[1819] So wird nach diesem Modell die Rechtsnorm durch verschiedene Elemente (Sachbereich, Normprogramm, Normbereich und Entscheidungsnorm) hergestellt[1820], in welchen sich generelle Tatsachen wiederfinden: So sind neben den individuellen Tatsachen auch generelle Tatsachen für die Auslegung und die Subsumtion im Sachbereich, welcher sodann zum Normbereich verengt wird, zu finden[1821]. Der Aus-

1816 *Dreher,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 800.
1817 *May,* Die Revision, VI. B. Rn. 335 und 383 ff.
1818 C. II. 2. b.
1819 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, insbesondere Rn. 235, Rn. 238 (Fußnote 229 m.w.N.), Rn. 281 (Fußnote 291), Rn. 528 und 575.
1820 C. II. 2. b. aa.
1821 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 175, Rn. 235, Rn. 238 (Fußnote 229 m.w.N.), Rn. 281 (Fußnote 291) und 528; *Hoffmann-Riem,* VERW 2016, S. 1, 4; *Bydlinski,* Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

legungsvorgang mit Hilfe genereller Tatsachen findet in diesem Modell während der Erstellung des Normprogramms statt. Die Individualisierung der produzierten Rechtsnorm zur Entscheidungsnorm ist in der Subsumtion von generellen Tatsachen unter eine Norm zu sehen. Das Modell der Rechtsnormerzeugung begründet damit, dass der theoretische Rechtsanwendungsakt mittels der juristischen Methode unter Einbezug festgestellter genereller Tatsachen zur Rechtsauslegung[1822] und zur Subsumtion in einem zugelassenen Revisionsverfahren grundsätzlich zur Rechtsfrage[1823] gehört. Die Erhebungs- und Feststellungstätigkeit an sich bleibt jedoch Tatsachenfrage[1824]. Das führt in der Regel dazu, dass die Einbindung genereller Tatsachen in die Rechtsanwendung dazu führt, dass abweichend zu der oben aufgezeigten Trennungsmöglichkeit zwischen Rechts- und Tatsachenfragen[1825] diese nicht mehr möglich ist. So geht bei einer tatsachengestützten Auslegung und bei der Subsumtion von generellen Tatsachen die tatsächliche Beweiswürdigung (Tatsachenfrage) jeweils in die Auslegung des Rechtsbegriffs (Rechtsfrage) und in die Subsumtion (Rechtsfrage) über. So muss in beiden Fällen, also bei der Auslegung und Subsumtion mittels genereller Tatsachen, logischerweise der Sachverhalt ggf. mit eigenständiger Beweiserhebung aufgeklärt bzw. erforscht werden. Die bereits vorliegenden oder durch das *BSG* erhobenen Beweise müssen gewürdigt und genereller Tatsachenfeststellung getroffen werden[1826]. Damit durchbricht die Feststellung genereller Tatsachen zur Rechtsauslegung und zur Subsumtion in einem zugelassenen Revisionsverfahren zulässigerweise § 163 SGG[1827].

1822 Dazu, dass generelle Tatsachen zur Auslegung Rechtsfrage seien: *Rixen,* SGb 2013, S. 140, 142, *Müller,* Strukturierende Rechtslehre, S. 400 f., *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 19 und *Hergenröder,* Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 351, welcher hierzu mit der teleologischen Trennungslehre zur Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatsachenfrage argumentiert.

1823 C. III. 2. a.

1824 C. III. 2. b.

1825 C. III. 2. c.

1826 *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 29; *Dreher,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 797; *Rehbinder,* Rechtssoziologie, Rn. 9; *Knittel,* SGb 2016, S. 124, 134.

1827 F. IV. 1. a. und F. IV. 1. b.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Einordnung

In dieser Arbeit wird vertreten, dass durch die Tatsacheninstanz festgestellte generelle Tatsachen durch das *BSG* überprüft werden können.[1828] Weiterhin sind generelle Tatsachen als nicht normativ-verbindliche Aussagesätze[1829] im Subsumtionsmodell grundsätzlich einerseits dem Obersatz (Rechtsauslegung) und andererseits dem Untersatz (Subsumtion) zuzuordnen. Neben Einzeltatsachen können also auch festgestellte generelle Tatsachen in Beziehung zu einem ausgelegten Tatbestandsmerkmal einer Rechtsvorschrift gesetzt und unter Rechtsbegriffe subsumiert werden. Einerseits kann damit korrespondierend von generellen Tatsachen zur Rechtsauslegung und andererseits zur Subsumtion im engeren Sinne gesprochen werden. Das konnte mit dem Modell der Rechtsnormerzeugung bekräftigt werden. Generelle Tatsachen zur Auslegung und Subsumtion darf das *BSG* mit dem Ziel diese in die Rechtsanwendung einzubetten, feststellen.[1830] Voraussetzung ist, dass es sich nicht um Einzeltatsachen handelt.[1831] Generelle Tatsachen zur Auslegung und zur Subsumtion erfüllen insofern während des Rechtsanwendungsakts eine normprägende oder normbestimmende Funktion.[1832] Fraglich ist, ob dieses Ergebnis gleichzeitig bedeutet, dass mit einer Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 160a SGG die Feststellung genereller Tatsachen mit dem Zulassungsgrund des § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG zur Überprüfung durch das *BSG* gestellt werden kann[1833]. Zu untersuchen ist also, ob die Feststellung genereller Tatsachen zur Rechtsfrage gehört und demnach zur Zulassung der Revision führt (V.).

V. Die Feststellung genereller Tatsachen als Bestandteil der Rechtsfrage oder Tatsachenfrage

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich, im Gegensatz zu einem zugelassenen bzw. laufenden Revisionsverfahren, auf eine (noch) nicht zugelassene Revision, welche mit einer Nichtzulassungsbeschwerde gemäß

1828 F. IV. 1. a., F. IV. 1. b. und F. IV. 2. a.
1829 F. IV. 1. c. bb.
1830 F. IV. 2. b. cc.
1831 F. I., F. IV. 1. a. cc., F. IV. 1. b. bb. und F. IV. 2. a.
1832 *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 4.
1833 *Keller*, jurisPR-SozR 3/2006, Anm. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 160a SGG angegriffen wird.[1834] Um die Feststellung generelle Tatsachen im Rahmen der Prüfung von Nichtzulassungsbeschwerden gemäß § 160a SGG der Rechts- oder Tatsachenfrage zuordnen zu können, ist die Rechtsprechung einzelner Senate des *BSG* dazu interessant (1.).

1. Rechtsprechung des *BSG*

Wie das *BSG* ausführt seien Fragen, welche auf die Feststellung von generellen Tatsachen abzielten, grundsätzlich keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung[1835], sondern Tatsachenfragen und führten demnach nicht zur Zulassung der Revision.[1836] In diesem Zusammenhang verwendet das *BSG* auch den Begriff der generellen Tatsache von nicht normativer Qualität.[1837]

a. Feststellung genereller Tatsachen zur Rechtsauslegung

Fraglich ist, ob es Fälle gibt, in welchen die Feststellung genereller Tatsachen zur Rechtsfrage gehören könnte. Jedenfalls schließt das *BSG* diese Möglichkeit etwa im Berufskrankheitenrecht nicht aus.[1838] So könnten einzelne Tatbestandsmerkmale von Rechtsvorschriften, beispielsweise aus den Richtlinien des *G-BA*, der VersMedV oder der BKV[1839], mit Hilfe genereller

1834 E. III. 2.

1835 *Josef Berchtold* ordnet diese Aussage als bedenklich ein: *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 17 (Fußnote 62).

1836 *BSG,* Beschluss vom 07.10.2005 – B 1 KR 107/04 B, juris-Rn. 5 f. m.w.N. und 8 f.; *BSG,* Beschluss vom 12.01.2022 – B 1 KR 18/21 B, juris-Rn. 7; *BSG,* Beschluss vom 24.01.2017 – B 1 KR 92/16 B, juris-Rn. 9; *BSG,* Beschluss vom 12.02.2014 – B 1 KR 30/13 B, juris-Rn. 6; *BSG,* Beschluss vom 18.09.2014 – B 12 KR 78/13 B, juris-Rn. 9; *Keller*, jurisPR-SozR 3/2006, Anm. 5; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 7; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 71; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 29; ebenso in Bezug auf den Rechtsbegriff des „Stands der Technik", welcher auf außerrechtliche Verhältnisse und Entwicklungen verweise (generelle Tatsachen): *BVerwG,* Beschluss vom 05.09.2008 – 9 B 10/08, juris-Rn. 8 oder in Bezug auf einen besonderen Erfahrungssatz: *BVerwG*, Beschluss vom 25.02.1982 – 9 B 3184/80, juris-Rn. 1; offen lassend: *BSG,* Beschluss vom 15.06.2004 – B 2 U 71/04 B, juris-Rn. 3 m.w.N.

1837 Siehe bereits: F. IV. 1. c. bb.

1838 *BSG,* Beschluss vom 07.10.2005 – B 1 KR 107/04 B, juris-Rn. 8 f.

1839 *Keller*, jurisPR-SozR 3/2006, Anm. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Tatsachen näher zu konkretisieren sein. Das *BSG* lässt es offen, wie die Rechtslage in Bezug auf § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG zu beurteilen wäre, wenn eine generelle Tatsache „selbst zum normativen Tatbestand einer gesetzlichen oder untergesetzlichen Regelung" gehöre[1840]. Demzufolge ist es denkbar, dass generelle Tatsachen für den Akt der Rechtsauslegung (Rechtsfrage) eines normativen Begriffs eines Rechtssatzes benötigt werden. Damit würde dann die damit verbundene „rechtstatsächliche Auslegung" grundsätzliche Bedeutung erlangen[1841]. Beachtet werden muss jedoch, dass dabei die generelle Tatsache an sich nicht revisibel ist. Vielmehr ist es notwendig, dass sich die Rechtsfrage auf eine revisible Rechtsnorm bezieht und nicht eine Tatsachenfrage bzw. Tatsachenfeststellungsfrage zur grundsätzlichen Klärung dem *BSG* vorgelegt wird. Die möglicherweise notwendige Feststellung genereller Tatsachen würde erst im Rahmen eines zugelassenen Revisionsverfahrens relevant. In diesem Sinne ist die Formulierung des *BSG* zu verstehen, wenn *es* davon spricht, dass generelle Tatsachen „selbst zum normativen Tatbestand einer gesetzlichen oder untergesetzlichen Regelung" gehören könnten.

b. Feststellung genereller Tatsachen zur Subsumtion im engeren Sinne

Bei Nichtzulassungsbeschwerden, welche die Feststellung genereller Tatsachen zur Subsumtion mit dem Zulassungsgrund des § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG rügen, ist das *BSG* der Ansicht, dass „bloße Subsumtionsfragen", welche auf die Klärung bzw. Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* abzielten, nicht zur Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung führen könnten[1842]. Wenn die Ausführungen des *BSG* so zu verstehen sind, dass wenn eine Subsumtionsfrage zur Überprüfung an das *BSG* gestellt wird, welche dazu führt, dass notwendigerweise (generelle) Tatsachen durch das *BSG* festgestellt werden müssen, dann Tatsachenfragen angesprochen sind, welche nicht im Rahmen von § 160 Abs. 2 Nr. 1

1840 *BSG,* Beschluss vom 07.10.2005 – B 1 KR 107/04 B, juris-Rn. 8; daran anschließend: *BSG,* Beschluss vom 12.01.2022 – B 1 KR 18/21 B, juris-Rn. 7; *BSG,* Beschluss vom 24.01.2017 – B 1 KR 92/16 B, juris-Rn. 9; *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 29.

1841 *Dreher,* Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 800.

1842 *BSG,* Beschluss vom 16.01.2020 – B 5 RS 7/19 B, juris-Rn. 9; ähnlich: *BSG,* Beschluss vom 25.07.2011 – B 12 KR 114/10 B, juris-Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

SGG zur Zulassung der Revision führen, wird dieser Ansicht nicht gefolgt. In dieser Arbeit wird die Meinung vertreten, dass Rechtsfragen, also auch Fragen zur Subsumtion genereller Tatsachen, zur Zulassung der Revision über den Zulassungsgrund der Grundsatzrevision gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG führen können. Voraussetzung ist jedoch, dass, wie bei der Feststellung genereller Tatsachen zur Auslegung[1843], eine Rechtsanwendungsfrage gestellt wird.

2. Einordnung

In § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG ist der Grundsatz verankert, dass Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung ausschließlich mit den Mitteln der juristischen Methodik beantwortet werden können.[1844] Dies trifft auf generelle Tatsachen nicht zu, weil diese wie Einzeltatsachen ermittelt, gewürdigt und festgestellt werden müssen.[1845] Auch bei einem zugelassenen bzw. laufenden Revisionsverfahren ist die Erhebungs- und Feststellungstätigkeit genereller Tatsachen der Tatsachenfrage zuzuordnen. Bei diesem greift jedoch die Ausnahme von der Bindung des *BSG* an die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz gemäß § 163 SGG zur Feststellung genereller Tatsachen.[1846] Davon zu unterscheiden ist, wenn eine, nach Ansicht des Verfassers nicht zulässige, Ausnahme von dem in § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG niedergelegten Grundsatz der abstrakten Rechtsfrage gemacht werden würde.[1847] So kann im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde, welche sich auf § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG stützt, nicht begehrt werden, dass das *BSG* generelle Tatsachen, gleich ob zur Auslegung oder Subsumtion, feststellen soll (Tatsachenfrage). So ist die Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatsachenfragen[1848] grundsätzlich einzuhalten. Nicht umsonst ist diese Abgrenzung im Prozessrecht zum sozialgerichtlichen Verfahren an mehreren Stellen (§§ 160, 162, 163 und 170 Abs. 2 SGG)[1849] verankert. Insofern ist dem *BSG* zuzustimmen, dass Tatsa-

1843 F. V. 1. a.
1844 Siehe: C. III. 2. a. und E. III. 3. a. aa. (2).
1845 Siehe in Bezug auf Einzeltatsachen: C. III. 2. b. bb. und in Bezug auf generelle Tatsachen F. IV. 2. b. cc.
1846 F. IV. 2. b. cc.
1847 So aber *Keller*, jurisPR-SozR 3/2006, Anm. 5, insbesondere bei der Auslegung von Rechtsbegriffen mittels genereller Tatsachen.
1848 C. III.
1849 Siehe: E. IV.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chenfragen nicht zur Zulassung der Revision führen können[1850]. Alternative Möglichkeiten, um etwa die fehlerhafte oder unvollständige Feststellung genereller Tatsachen durch die Tatsacheninstanz zu rügen, werden im Folgenden aufgezeigt (VI.).

VI. Rechtsschutz gegen die fehlerhafte oder unvollständige Feststellung von generellen Tatsachen durch die Tatsacheninstanz

Hinsichtlich einer möglichen falschen oder unvollständigen Feststellung genereller Tatsachen durch die Instanzgerichte gilt, dass diese nicht über § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG erfolgreich gerügt werden kann.[1851] Weiterhin ist die Rüge der fehlerhaften oder unvollständigen Würdigung und Feststellung genereller Tatsachen i.S.v. § 128 Abs. 1 S. 1 SGG im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde (§ 160a SGG) durch § 160 Abs. 2 Nr. 3, 2. Hs. SGG[1852] ausgeschlossen.[1853] Nachzudenken ist deshalb über eine Verfahrensrüge, mit welcher Verstöße gegen das formelle Beweisrecht des SGG angegriffen werden können (§ 163, 2. Hs. i.V.m. § 164 SGG).[1854] In Bezug auf die fehlerhafte oder unvollständige Ermittlung genereller Tatsachen durch das *SG* oder das *LSG* ist es deshalb denkbar, dass Beteiligte solche Verstöße mit der Verfahrensrüge gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 128 Abs. 1 und 2 und § 163, 2. Hs., § 164 Abs. 2 S. 3, 2. Hs. SGG oder der Sachaufklärungsrüge gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 103 SGG[1855] angreifen.[1856] In Bezug auf eine Verfahrensrüge kann z.B. in der Revisionsbegründung auf das Vorliegen neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse hingewiesen werden.[1857] In Bezug auf eine Sachaufklärungsrüge kann beispielsweise die Nichterhebung bestimmter

1850 F. V. 1.

1851 Siehe in Bezug auf eine Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 160a SGG: F. V.

1852 E. III. 3. c. ee. (2).

1853 *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 64.

1854 Siehe dazu: E. III. 1., E. III. 3. c., E. III. 5. und E. III. 6. b.

1855 Hierbei sind die besonderen Anforderungen des § 160 Abs. 2 Nr. 3, 2. Hs. SGG zu beachten (Siehe: E. III. 3. c. ee. (3)).

1856 In Bezug auf eine Verfahrensrüge: *BSG,* Beschluss vom 07.10.2005 – B 1 KR 107/04 B, juris-Rn. 10; *Hauck*, in: Hennig, SGG, Band 3, 12/2018, § 163 Rn. 87; in Bezug auf eine Sachaufklärungsrüge: *Karmanski,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 160 Rn. 29.

1857 *BSG,* Urteil vom 11.09.2018 – B 1 KR 36/17 R, juris-Rn. 24 ff. (in diesem Verfahren ist eine Verfahrensrüge durch § 161 Abs. 4 SGG (Sprungrevision) grundsätzlich ausgeschlossen).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

arbeitsmarktbezogener Erkenntnisse durch das *LSG*[1858], die unterlassene Aufklärung medizinischer Erkenntnisse[1859] oder die unterbliebene Berücksichtigung einer bestimmten Studie durch das Tatsachengericht[1860] gerügt werden. Soweit die Rüge der fehlerhaften oder unvollständigen Feststellung genereller Tatsachen zulässig erhoben wurde, ist das *BSG* jedenfalls dazu verpflichtet, diese von Amts wegen festzustellen[1861].

VII. Geltung des formellen Beweisrechts für das *BSG* bei der Feststellung genereller Tatsachen

1. Rechtsdogmatische Grundlagen

Gemäß § 165 S. 1 SGG gelten für die Revision mit Ausnahmen (§ 165 S. 2 SGG) die Vorschriften über die Berufung (§§ 143 ff. SGG) entsprechend. § 153 Abs. 1 SGG verweist wiederum für das Verfahren vor den *Landessozialgerichten* mit Ausnahmen auf Vorschriften über das Verfahren im ersten Rechtszug (§§ 87 ff. SGG), welche ebenfalls für das Revisionsverfahren anwendbar sind.[1862] Ebenso gilt die Verweisungsnorm des § 202 SGG für das Revisionsverfahren.[1863] Wenn das *BSG* insofern eigene Tatsachenermittlungen, gleich ob mit oder ohne Beweiserhebung, mit der Feststellung genereller Tatsachen betreibt, gelten die in Kapitel E. niedergelegten Grundsätze[1864] zur Erforschung des Sachverhalts gemäß § 165 S. 1 SGG auch für das *BSG*.[1865] Bei der Feststellung genereller Tatsachen hat das *BSG* also die gesetzlichen Regeln der Amtsermittlung gemäß § 103 SGG[1866], der Be-

1858 *BSG*, Beschluss vom 29.08.2006 – B 13 R 104/06 B, juris-Rn. 4 ff.
1859 *BSG*, Urteil vom 07.04.2011 – B 9 VJ 1/10 R, juris-Rn. 30 ff.
1860 *BSG,* Urteil vom 08.11.2011 – B 1 KR 19/10 R, juris-Rn. 3 und 18 f.
1861 *BSG,* Urteil vom 23.04.2015 – B 2 U 6/13 R, juris-Rn. 20; *BSG,* Urteil vom 27.10.2009 – B 2 U 16/08 R, juris-Rn. 15.
1862 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 165 Rn. 2; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 165 Rn. 1 und 3.
1863 *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 165 Rn. 1.
1864 E. I. 1., E. II. 2. a. und E. II. 2. b.
1865 *Matthias Röhl* merkt in diesem Zusammenhang an, dass nicht immer klar werde, ob sich das *BSG* bei der Ermittlung von Rechtstatsachen und allgemeinen Erfahrungssätzen an das formelle Beweisrecht, insbesondere den Amtsermittlungsgrundsatz gebunden sehe: *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 163 Rn. 36 m.w.N.
1866 *Roller,* in: Berchtold, SGG, § 103 Rn. 2; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 103 Rn. 3a.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weiserhebung gemäß § 106 und § 117 SGG[1867], der Beweiswürdigung gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG[1868], des rechtlichen Gehörs gemäß § 128 Abs. 2 SGG und der Begründungspflicht gemäß § 128 Abs. 1 S. 2 SGG zu beachten.[1869] Nachfolgend werden einzelne, wichtige Verfahrensgrundsätze des formellen Beweisrechts, welche das *BSG* speziell in Bezug auf die Feststellung genereller Tatsachen zu beachten hat, aufgegriffen (2.).

2. Wichtige Verfahrensgrundsätze

a. § 128 Abs. 2 SGG

In Bezug auf die Feststellung besonderer Erfahrungssätze, also generelle Tatsachen[1870], hat das *BSG* gemäß § 128 Abs. 2 SGG die Beteiligten grundsätzlich zu informieren, wenn das Gericht beabsichtigt, sich in seiner Argumentation auf generelle Tatsachen, also z.B. auf medizinische Fachliteratur, zu stützen. Damit sind die entsprechenden Quellen in den Prozess einzuführen.[1871]

b. § 128 Abs. 1 S. 2 SGG

Wenn das *BSG* generelle Tatsachenfeststellungen in seine Entscheidung einbezieht, welche entscheidungsrelevant sind, hat es gemäß § 128 Abs. 1 S. 2 SGG in den Entscheidungsgründen darzulegen, dass diese generellen Tatsachen festgestellt werden und die Erkenntnisgrundlage zu nennen. Dazu gehört auch der Hinweis, wenn das Gericht eine eigene Beweiserhebung durchführt oder wenn generelle Tatsachen wiederholend zum vorentscheidenden Tatsachengericht festgestellt werden. Wenn das Gericht also generelle Tatsachen feststellt, muss die dazugehörige Erkenntnisgrundlage und

1867 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 106 Rn. 3; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 117 Rn. 1.
1868 E. II. 2. b. aa.
1869 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 165 Rn. 4; *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 165 Rn. 9.
1870 F. II. 2. d.
1871 Siehe grundsätzlich in Bezug auf die Berufungsinstanz: E. II. 2. b. bb. (1) und E. II. 2. b. cc. (4) (v) β.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der damit zusammenhängende Prozess der Überzeugungsbildung im Urteil nachvollziehbar offengelegt werden.[1872]

c. § 163 und § 170 Abs. 2 S. 2 SGG

Das *BSG* darf lediglich generelle Tatsachen und keine Einzeltatsachen feststellen (§ 163 SGG).[1873] Das *BSG* muss den Rechtsstreit zu weiteren Ermittlungen an die Tatsacheninstanz zurückverweisen, wenn Einzeltatsachen lückenhaft oder widersprüchlich vom Tatsachengericht festgestellt wurden bzw. wenn diese fehlen (§ 170 Abs. 2 S. 2 SGG).[1874]

d. Gerichtliche Kontrolle bei begrenztem oder fehlendem fachwissenschaftlichen Erkenntnisstand

In diesem Kapitel ist zu untersuchen, wie verfahrensrechtlich damit umzugehen ist, wenn die Feststellung genereller Tatsachen an die Grenzen des wissenschaftlichen Erkenntnisstands, aus welchem generelle Tatsachen abgeleitet werden, stößt. Hierzu ist auf die Rechtsprechung des *BVerfG* einzugehen, welche Aussagen dazu trifft, wie die gerichtliche Kontrolle behördlicher Entscheidungen im Verwaltungsrecht ausfällt, wenn im Rahmen der Rechtsanwendung benötigte allgemeine, wissenschaftliche Erkenntnisse fehlen (aa.).[1875] Auch in der Rechtsprechung des *BSG* sind Hinweise zu finden, wie beim Fehlen eines aktuellen herrschenden wissenschaftlichen Erkenntnisstands zu verfahren ist (bb.). Diese Rechtsprechung des *BVerfG* und des *BSG* ist schließlich auf die Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BSG* zu übertragen (cc.).

1872 Siehe grundsätzlich in Bezug auf die Berufungsinstanz: E. II. 2. b. bb. (2) und E. II. 2. b. cc. (4) (v) β.
1873 E. III. 6., F. I., F. IV. 1. a. cc., F. IV. 1. b. bb. und F. IV. 2. a.
1874 E. III. 7. b.
1875 *BVerfG,* Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris-Rn. 16 ff.; näher dazu: *Sow*, DÖV 2019, S. 317, 317 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa. Rechtsprechung des *BVerfG*

Das *BVerfG* führt aus, dass beim Fehlen benötigter allgemeiner, wissenschaftlicher Erkenntnisse das jeweils die Verwaltungsentscheidung kontrollierende Gericht nicht weiter zu ermitteln (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG[1876]), sondern lediglich zu prüfen habe, ob die Verwaltung zu einer „plausiblen Einschätzung der fachlichen Tatbestandsmerkmale einer Norm gelangt ist".[1877] Das Gericht sei insofern nicht dazu in der Lage, fachwissenschaftliche Erkenntnislücken selbständig zu schließen.[1878] Die gerichtliche Kontrolle im Verwaltungsrecht ist in derartigen Situationen nicht aufgrund eines Beurteilungsspielraums oder einer Einschätzungsprärogative der Verwaltung eingeschränkt[1879], sondern weil die auf fachwissenschaftliche Erkenntnisse gestützte tatsächliche Würdigung der Behörde objektiv nicht abschließend beurteilt werden kann.[1880] Wenn im gerichtlichen Verfahren Einwände gegen die Vorgehensweise der Behörde vorgebracht werden, müsse sich das Gericht damit auseinandersetzen.[1881] Beteiligte hätten Ihre Ansicht darüber, was der aktuelle Stand der Forschung ist, im fachgerichtlichen Verfahren darzulegen.[1882] Wenn ein solches fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum"[1883] weiterhin bestehe, sei der Gesetzgeber insbesondere aufgrund des Wesentlichkeitsgrundsatzes[1884] in der Pflicht und habe im Rahmen untergesetzlicher Rechtssetzung diese Lücke zu füllen.[1885]

1876 B. II. 4. a.

1877 *BVerfG,* Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris-Rn. 18 und 28 m.w.N.; ebenso dazu: *BVerwG*, Urteil vom 28.04.2016 – 9 A 9.15, juris-Rn. 128.

1878 *BVerfG,* Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris-Rn. 20 m.w.N.; ebenso: *BVerwG*, Urteil vom 22.09.2016 – 4 C 6/15, juris-Rn. 28.

1879 C. II. 1. c. bb.

1880 *BVerfG,* Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris-Rn. 17, Rn. 20 und Rn. 23; *Maurer/Waldhoff,* Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 30; *Sachs*, JuS 2/2019, S. 184, 185.

1881 *BVerfG,* Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris-Rn. 28 m.w.N.; siehe dazu auch: *BVerwG*, Urteil vom 07.04.2016 – 4 C 1/15, juris-Rn. 23.

1882 *BVerfG,* Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris-Rn. 9 ff. und 16.

1883 *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, S. 241, 248.

1884 B. II. 2. a. bb.

1885 *BVerfG,* Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris-Rn. 24.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Rechtsprechung des *BSG*

Grundsätzlich sind die Tatsachengerichte im Rahmen des § 128 Abs. 1 S. 1 SGG dazu berechtigt, beim Fehlen eines aktuellen herrschenden wissenschaftlichen Erkenntnisstands, zwischen den verschiedenen Ansichten in der Wissenschaft abzuwägen. Dabei haben sie medizinischen Sachverstand heranzuziehen und können dann auch einer nicht nur vereinzelt vertretenen Auffassung folgen. Hierfür ist es jedoch notwendig, dass das Gericht von dieser Auffassung überzeugt ist.[1886] Erst dann, wenn sich ein Tatsachengericht diese Überzeugung nicht bilden kann, kommt grundsätzlich eine Entscheidung nach Beweislastgrundsätzen[1887] in Betracht.[1888] Für eine Entscheidung nach Beweislastgrundsätzen ist es erforderlich, dass der vorliegende wissenschaftliche Erkenntnisstand den Beteiligten vom Gericht offengelegt wird, sodass sich diese dazu fachkundig machen können und dazu etwa Anträge zur Beweiserhebung stellen können (§ 128 Abs. 2 SGG[1889]).[1890] Wenn Beteiligte das vom Gericht dargelegte Ergebnis der Beweisaufnahme zum aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstand weiterhin mit eigenen Sachargumenten hinsichtlich der Existenz oder der Tragweite ernstlich in Zweifel ziehen, hat das Gericht diese Einwänden unter Einbezug sachverständiger Personen in die Rechtsfindung einzubeziehen.[1891]

cc. Bedeutung für das *BSG* bei der Feststellung von generellen Tatsachen

Die Gemeinsamkeit der Rechtsprechung des *BVerfG* und des *BSG* besteht darin, dass die gerichtliche Kontrolle bzw. Ermittlungstätigkeit an die Grenzen des wissenschaftlichen Erkenntnisstands stößt. Diese Rechtspre-

1886 *BSG*, Urteil vom 30.03.2017 – B 2 U 6/15 R, juris-Rn. 18 f.; *BSG,* Urteil vom 09.05.2006 – B 2 U 1/05 R, juris-Rn. 18 m.w.N.; a.A.: *BSG,* Urteil vom 24.07.2012 – B 2 U 9/11 R, juris-Rn. 60 f. (Parallelentscheidung: *BSG,* Urteil vom 24.07.2012 – B 2 U 23/11 R, juris-Rn. 56 f.); *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 7c; *Spellbrink/Karmanski*, SGb 2021, S. 543, 546.

1887 Siehe zur objektiven Beweislast: E. I. 1.

1888 *BSG*, Urteil vom 17.12.2015 – B 2 U 11/14 R, juris-Rn. 30; *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris-Rn. 25; *BVerwG*, Urteil vom 28.04.2011 – 2 C 55/09, juris-Rn. 32; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 7c.

1889 E. II. 2. b. bb. (1).

1890 *BSG,* Urteil vom 24.07.2012 – B 2 U 9/11 R, juris-Rn. 62; *BSG,* Urteil vom 24.07.2012 – B 2 U 23/11 R, juris-Rn. 58.

1891 *BSG,* Urteil vom 24.07.2012 – B 2 U 9/11 R, juris-Rn. 70; *BSG,* Urteil vom 24.07.2012 – B 2 U 23/11 R, juris-Rn. 66.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chung kann auf die Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* übertragen werden. So sind gemäß § 165 S. 1 SGG die Grundsätze der objektiven Beweislast auch im Revisionsverfahren maßgeblich, wenn das *BSG* den herrschenden anerkannten fachwissenschaftlichen Erkenntnisstand zur Feststellung genereller Tatsachen nicht feststellen kann. Letztendlich wird das *BSG* eine eigene Entscheidung treffen müssen, hat jedoch das Vorbringen der Beteiligten (§ 128 Abs. 2 SGG) und/oder die Feststellungen der Tatsacheninstanz zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen.

3. Einordnung

Aus einer zur Vorinstanz ergänzenden und/oder ersetzenden Würdigung und Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG*[1892], mit ggf. eigenständiger Beweiserhebung[1893], folgt ein erheblicher Eingriff in die, nicht originär dem *BSG*, sondern grundsätzlich dem Tatsachengericht zugewiesene, Kompetenz zur Sachverhaltsermittlung (§ 163 SGG). Weiterhin kann die Feststellung genereller Tatsachen und deren Subsumtion der Unterstützung bzw. Ergänzung der Subsumtion von Einzeltatsachen dienen[1894]. Hierbei besteht die Gefahr, dass die Grenze zur dem *BSG* verschlossenen Feststellung von Einzeltatsachen überschritten wird. Weiterhin hat die Feststellung genereller Tatsachen damit auch Auswirkung auf bestimmte Leistungsansprüche der Versicherten. Darüber hinaus fußen generelle Tatsachen auf wissenschaftlicher Datenbasis und/oder für ihre Feststellung ist, ggf. erst noch zu erhebende, besondere Sach- und Fachkunde erforderlich[1895]. Das *BSG* hat diese, insbesondere unter Beachtung von § 128 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 SGG, nachzuweisen. Bei der eigenen Würdigung und Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* müssen für das Revisionsgericht demnach gesetzliche Regeln gelten. Deren Einhaltung muss von Verfahrensbeteiligten und nachgehenden Gerichten kontrollierbar sein[1896]. Das ist notwendig, damit gegen Verfehlungen ausreichender Rechtschutz gegeben

1892 F. IV. 2. a.
1893 F. IV. 1. b.
1894 F. IV. 2. b. bb.
1895 F. I. und F. II.
1896 Siehe in Bezug auf § 128 Abs. 1 S. 2 SGG: E. II. 2. b. bb. (2) (ii) und F. VII. 2. b.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist[1897]. Außerdem kann die Rechtswissenschaft dadurch ihrer Aufgabe der kritischen Analyse der Rechtsprechung gerecht werden[1898].

VIII. Zusammenfassung

Grundsätzlich gilt, dass das *BSG* generelle Tatsachen[1899] auch mit eigener Beweiserhebung abweichend von § 163 SGG feststellen darf, wenn der Sinn und Zweck der Revision verwirklicht wird und keine Einzeltatsachen betroffen sind.[1900] Die Beweiswürdigung bzw. Feststellung genereller Tatsachen gemäß § 128 Abs. 1 SGG des Tatsachengerichts kann so vom *BSG* überprüft werden. Weiterhin kann festgehalten werden, dass generelle Tatsachen während eines zugelassenen bzw. laufenden Revisionsverfahrens Teil des Rechtsanwendungsakts i.S.v. Rechtsnormkonstruktion (Rechtsfrage) sind.[1901] Davon grundsätzlich zu unterscheiden ist der Feststellungsakt genereller Tatsachen, welcher theoretisch gesehen vor dem Rechtsanwendungsakt erfolgt und der Tatsachenfrage zuzuordnen ist.[1902] Die Frage, ob die Feststellung genereller Tatsachen zur Auslegung oder Subsumtion über § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG erfolgreich gerügt werden kann, konnte verneint werden.[1903] Einer möglichen fehlerhaften oder unvollständigen Feststellung genereller Tatsachen durch die Instanzgerichte kann jedoch mit der Verfahrensrüge (§ 160 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 128 Abs. 1 und 2 und § 163, 2. Hs., § 164 Abs. 2 S. 3, 2. Hs. SGG) oder der Sachaufklärungsrüge (§ 160 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 103 SGG) begegnet werden.[1904] Die Ausführungen in diesem Kapitel zeigen weiterhin, dass die Beweiswürdigung und Feststellung genereller Tatsachen des *BSG* nicht schrankenlos ist, weil das Gericht an das formelle Beweisrecht des SGG gebunden ist (§ 165 SGG).[1905]

Diese gewonnen Erkenntnisse werden in den folgenden Kapiteln G. und H. anhand ausgewählter Rechtsprechung zu prüfen sein.

1897 Dazu gleich unten: I. II.
1898 A. IV. 1. und bereits in Bezug auf § 128 Abs. 1 S. 2 SGG: E. II. 2. b. bb. (2) (ii).
1899 F. I. bis F. III. und F. IV. 1. c.
1900 F. IV. 1.
1901 F. IV. 2.
1902 F. IV. 2. b. cc. und F. V. 2.
1903 F. V.
1904 F. VI.
1905 F. VII.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

G. Exemplarische Auswertung der Rechtsprechung aus dem öffentlichen Recht und dem Zivilrecht hinsichtlich der Feststellung von generellen Tatsachen durch die Revisionsinstanz

In diesem Kapitel folgt eine exemplarische Auswertung ausgewählter Rechtsprechung aus dem öffentlichen Recht (II.) und aus dem Zivilrecht (III.) hinsichtlich der Feststellung genereller Tatsachen durch die Revisionsinstanz.

I. Vorbemerkungen

1. Datenbasis

Um die genannte Rechtsprechung zu analysieren, wird auf die Datenbank juris zurückgegriffen. Die *juris GmbH* wurde im Jahr 1985 gegründet und stellt ihren Nutzern Gesetze und Rechtsprechung sowie eine Auswahl an Kommentierungen und Fachliteratur aus den unterschiedlichsten Rechtsgebieten kostenpflichtig zur Verfügung.[1906] Die Datenbank juris umfasst, neben der Rechtsprechung der anderen vier obersten Bundesgerichte, alle Revisionsurteile sowie veröffentlichungswürdigen Beschlüsse des *Bundessozialgerichts* seit dem Jahr 1955. Seit dem Jahr 1954 wird zudem eine Auswahl bedeutsamer Rechtsprechung der dazugehörigen Instanzgerichte (*SG* und *LSG*) erfasst.[1907] Alle im Folgenden mit der Auswertung von Rechtsprechung[1908] zusammenhängenden Ausführungen und aufgestellten Thesen des Verfassers beziehen sich ausschließlich auf den in der Datenbank von juris veröffentlichten Text. Für die Zuordnung einer bestimmten rechtlichen Angelegenheit zum jeweils dazugehörigen Senat des *BSG* wurde auf den aktuellen Geschäftsverteilungsplan des *BSG*[1909] zurückgegriffen.

1906 *juris GmbH*, Willkommen bei juris, Internetquelle; *juris GmbH*, Über juris, Internetquelle.

1907 *juris GmbH*, juris Rechtsprechung, Internetquelle; diese Infos stützen sich ebenso auf eine Aussage der Dokumentationsstelle des *BSG*.

1908 Insbesondere Kapitel G. II., G. III., H. und I.

1909 Siehe oben: E. I. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wenn bestimmte Angelegenheiten in der Vergangenheit einem anderen Senat zugewiesen waren, ist dies in den Fußnoten durch die Angabe des entsprechenden Aktenzeichens ersichtlich.

2. Begründung der exemplarischen Auswertung und der Auswahl der Urteile

Die exemplarische Auswertung der Rechtsprechung aus dem öffentlichen Recht und aus dem Zivilrecht unter Einbezug des jeweils einschlägigen Prozessrechts verfolgt das Ziel, darzustellen, dass generelle Tatsachenfeststellungen und damit einhergehende rechtliche Folgen neben der Sozialgerichtsbarkeit auch in anderen nicht-sozialrechtlichen Gerichtsbarkeiten bedeutsam sind. Zudem wird dadurch herausgearbeitet, wie die Feststellung genereller Tatsachen bzw. anderer genereller Tatsachenarten durch die einzelnen Senate des *BSG* (G. II. 3.) im Vergleich zu den Revisionsinstanzen anderer Gerichtsbarkeiten gehandhabt wird. Mit diesen anderen Gerichtsbarkeiten sind das *BVerfG* (G. II. 1.), das *BVerwG* (G. II. 2.), der *BGH* in Strafsachen (G. II. 4.) und der *BGH* in Zivilsachen (G. III.) gemeint. Mit diesem Vergleich wird die Herausarbeitung von Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen den jeweiligen Prozessordnungen sowie der Rechtsprechung des *BSG* und der Rechtsprechung der anderen Gerichtsbarkeiten hinsichtlich der Feststellung genereller Tatsachen intendiert. Dazu ist zu sagen, dass die exemplarische Darstellung keine abschließende Auswertung des jeweiligen Verfahrensrechts und der einbezogenen Rechtsprechung liefern wird. Vielmehr veranschaulichen die beispielhaft ausgewählten Urteile die Feststellung genereller Tatsachen nachvollziehbar und überblicksartig, weil der Begriff der generellen Tatsache durch die Rechtsprechung explizit genannt und/oder die Rede von wissenschaftlichen Erkenntnissen oder ähnlichen Begriffen ist, welche in den Akt der Rechtsanwendung einbezogen werden.

3. Leitfragen und Leitkriterien bei der Analyse der Rechtsprechung

Die Leitfragen und Leitkriterien hinsichtlich der folgenden Auswertung beziehen sich darauf, ob generelle Tatsachen durch die Rechtsprechung festgestellt werden und, ggf. ob diese festgestellt werden dürfen, was genau die generelle Tatsache in dem jeweiligen Fall darstellt und ob diese zur

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtsauslegung oder Subsumtion im engeren Sinne benötigt und damit in den Prozess der Rechtsanwendung einbezogen wird[1910]. In Bezug auf die Identifikation der Feststellung von generellen Tatsachen und Einzeltatsachen durch die Gerichte in den jeweiligen Urteilen der Tatsachen- oder Revisionsinstanz wird grundsätzlich von den bereits oben ausgearbeiteten Prämissen für das Vorliegen von Tatsachenfeststellungen und deren Begründung ausgegangen[1911]. Die konkrete Nennung, Identifikation und/oder Aufführung der Erkenntnisgrundlage der jeweiligen generellen Tatsache[1912] im dieser Arbeit angehängten Materialienverzeichnis (Materialien II) erfolgt nur in denjenigen Fällen, in welchen dem Autor das entsprechende Material zugänglich war und dieses eindeutig aus den Entscheidungsgründen des Rechtsprechungstextes hervorgeht. Genauso wird hinsichtlich der Einordnung, ob eine eigenständige Beweiserhebung[1913] durchgeführt wurde, verfahren. Darüber hinaus sind in Bezug auf mögliche Tatsachenfeststellungen des *BSG* die Ausführungen zu § 163[1914] und § 170 Abs. 2 SGG[1915] maßgeblich. Des Weiteren wird davon ausgegangen, dass das *BSG* aufgrund der Bindung an die Feststellungen der Vorinstanz gemäß § 163 SGG auch kenntlich zu machen hat, wenn *es* sich auf vom Tatsachengericht festgestellte Einzeltatsachen oder generelle Tatsachen bezieht bzw. an solche gebunden ist. Wenn dies unterbleibt, wird unterstellt, dass das *BSG* eigene Feststellungen trifft (§ 128 Abs. 1 SGG).

II. Öffentliches Recht

1. Bundesverfassungsgericht

a. Feststellung von Einzeltatsachen gemäß § 26 BVerfGG

Mit § 26 BVerfGG besteht eine Norm, welche das *BVerfG* als echte Tatsacheninstanz ausweist und im verfassungsgerichtlichen Verfahren den

1910 F. IV. 2.
1911 Siehe: E. II. 2. b. aa. (1) (iii) und E. II. 2. b. bb. (2); daneben sind Besonderheiten zu beachten, welche ggf. in den anderen, nicht-sozialgerichtlichen, Verfahrensordnungen gelten.
1912 F. II.
1913 E. II. 2. a. cc. und E. II. 3.
1914 E. III. 6.
1915 E. III. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Untersuchungsgrundsatz für anwendbar erklärt. Einschränkungen hierfür ergeben sich z.B. in Normenkontrollverfahren[1916]. Das *BVerfG* ist damit im Vergleich zu den Revisionsgerichten nicht an die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz gebunden. So erhebt das *BVerfG* gemäß § 26 Abs. 1 S. 1 BVerfGG den zur Erforschung der Wahrheit erforderlichen Beweis.[1917] Mit § 30 BVerfGG existiert zudem eine mit § 128 Abs. 1 SGG[1918] vergleichbare Norm hinsichtlich der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG) und Begründungspflicht (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG).[1919] Eine Durchbrechung des Grundsatzes, dass das *BVerfG* eine Tatsacheninstanz ist, enthält § 33 Abs. 2 BVerfGG. Diese Norm besagt, dass das *BVerfG* seiner Entscheidung die tatsächlichen Feststellungen eines rechtskräftigen Urteils zugrunde legen kann, das in einem Verfahren ergangen ist, in dem die Wahrheit von Amts wegen zu erforschen ist. Das *BVerfG* kann also die Sachverhaltsermittlung, insbesondere bei Verfassungsbeschwerden, den Fachgerichten überlassen[1920] und demnach in bestimmten Fällen nach pflichtgemäßem Ermessen auf eine eigene Beweiserhebung und -würdigung verzichten. § 33 Abs. 2 BVerfGG ist jedoch nicht anzuwenden, wenn Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde gerade die Beweiserhebung, Beweiswürdigung und Tatsachenfeststellung ist.[1921]

1916 Siehe: C. I. 2. e. aa.

1917 *Walter*, in: Walter, BeckOK BVerfGG, § 26 Rn. 1 f. und 7 ff.; *Lenz/Hansel,* Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 26 Rn. 1; *Lechner/Zuck,* in: Lechner, BVerfGG, § 26 Rn. 15 f.; *Kley*, VerwArch 2016, S. 359, 360; näher dazu: *Bartmann, Charlotte,* Das Beweisrecht in den Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, Berlin 2020.

1918 E. II. 2. b. aa. und E. II. 2. b. bb. (2).

1919 *Lechner/Zuck,* in: Lechner, BVerfGG, § 30 Rn. 2 und 9.

1920 Dazu, dass die Sachverhaltsermittlung vordergründige Angelegenheit der Fachgerichte ist: *BVerfG*, Ablehnung einstweilige Anordnung vom 27.06.2022 – 1 BvQ 45/22, juris-Rn. 7 m.w.N.; *BVerfG,* Dreierausschussbeschluss vom 20.12.1962 – 2 BvR 612/62, juris-Rn. 10; *BVerfG,* Beschluss vom 27.07.1966 – 1 BvR 296/66, juris-Rn. 25; *BVerfG,* Beschluss vom 21.09.2004 – 2 BvR 2023/03, juris-Rn. 2; *BVerfG,* Beschluss vom 23.10.1958 – 1 BvR 458/58, juris-Rn. 15.

1921 *Sauer*, in: Walter, BeckOK BVerfGG, § 33 Rn. 13; *Rozek*, in: Maunz, BVerfGG, Teil B, 08/2024, § 33 Rn. 46 bis 54; *Lenz/Hansel,* Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 33 Rn. 11 ff.; *Lechner/Zuck,* in: Lechner, BVerfGG, § 33 Rn. 14; *Walter*, in: Walter, BeckOK BVerfGG, § 26 Rn. 3; *Kley*, VerwArch 2016, S. 359, 360 f. und 363.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BVerfG* zur Subsumtion unter Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG

In Verfahren vor dem *BVerfG,* insbesondere in Normenkontrollverfahren, geht es oftmals nicht um die Feststellung von Einzeltatsachen, sondern um die Feststellung genereller Tatsachen.[1922] In diesem Zusammenhang verwendet das *BVerfG* ebenfalls den Begriff der „legislative facts".[1923] Beispiele hinsichtlich der Feststellung genereller Tatsachen durch das *BVerfG* sind beim bereits erwähnten *Philippi*[1924], bei *Hans-Werner Rengeling*[1925] oder bei *Oliver Lepsius*[1926] zu finden. Aus neuerer Zeit ist diesbezüglich z.B. das Urteil des *BVerfG* zu der Verfassungsmäßigkeit der Sanktionsregelungen gemäß §§ 31, 31a, 31b SGB II[1927] zu nennen. In diesem Verfahren wurden generelle Tatsachen festgestellt und hierfür Beweise in der Form von Stellungnahmen und wissenschaftlichen Erkenntnissen erhoben[1928]. Wichtig waren diese Forschungsergebnisse für das Gericht, um die Wirkung von Sanktionen, einfachgesetzlich normiert in §§ 31, 31a, 31b SGB II, auf das Verfassungsrecht und damit gleichzeitig eine Verletzung von diesem prüfen zu können[1929]. Konkret ging es in diesem Zusammenhang um die Frage, ob Forschungsergebnisse existieren, welche belegen, dass Sanktionen bzw. deren Wirkungen geeignet und erforderlich sind, um Mitwirkungspflichten der Leistungsempfänger durchzusetzen, um diese in den Arbeitsmarkt zu integrieren und deren Hilfebedürftigkeit zu beenden[1930]. Damit zusammenhängend gelangte das *BVerfG* u.a. zu der Feststellung, dass zumindest plau-

1922 *BVerfG,* Beschluss vom 13.01.1988 – 1 BvR 1574/83, juris-Rn. 9; *Rauscher,* SGb 1986, S. 45, 47; *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, S. 10.

1923 *BVerfG*, Beschluss vom 13.01.1988 – 1 BvR 1574/83, juris-Rn. 9; ebenso *May,* Die Revision, VI. B. Rn. 335 und *Hoffmann-Riem,* VERW 2016, S. 1, 4; siehe bereits zu diesem Begriff: F. I.

1924 *Philippi* widmet sich in seiner Dissertationsschrift der Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BVerfG* und dessen Methoden bei der Feststellung (siehe: F. I.).

1925 *Rengeling,* DÖV 1978, S. 277, 279 f.

1926 *Lepsius,* JZ 2005, S. 1, 1 ff.

1927 *BVerfG*, Urteil vom 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, juris.

1928 *A.a.O.,* Rn. 57 ff., Rn. 180 und 183; eine Übersicht zu den vom *BVerfG* eingeholten Stellungnahmen von verschiedenen mit den Regelungen des SGB II befassten Akteuren ist bei *Tacheles*, Aktuelles Archiv, Internetquelle zu finden.

1929 *BVerfG*, Urteil vom 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, juris-Rn. 134; *Baldschun/Klenk*, SR 2021, S. 75, 76.

1930 *Baldschun/Klenk*, SR 2021, S. 75, 85, ebenso mit der Verneinung dieser Frage auf S. 85 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sible Annahmen bestünden, dass Sanktionen dazu führten, dass Leistungsempfänger motiviert würden, ihren Pflichten nachkommen[1931]. Im Hinblick auf das Zusammenspiel zwischen Rechtsnorm und Wirklichkeit[1932] ist zu sagen, dass sich rechtsdogmatische Auslegungsfragen in dem geschilderten Fall bei der Ermittlung des Gehalts von Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG stellen[1933]. Sodann sind diese Vorgaben der Verfassung mit der empirischen Studienlage und den daraus abgeleiteten generellen Tatsachen abzugleichen bzw. die Wirklichkeit unter die Norm zu subsumieren.

2. Verwaltungsgerichtsbarkeit

Mit den folgenden Ausführungen werden zunächst die rechtlichen Grundlagen vorgestellt, welche im Zusammenhang mit der Feststellung genereller Tatsachen durch die Revisionsinstanz bedeutsam sind (a.). Sodann ist darauf einzugehen, ob das *BVerwG* generelle Tatsachen feststellt bzw. feststellen darf (b.). Daran anschließend ist das insbesondere im Umweltrecht bedeutende Rechtskonstrukt der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift rechtsdogmatisch einzuordnen (c.).

a. Rechtliche Grundlagen

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahrensrecht gilt § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, welcher den Prüfungsumfang der Revisionsinstanz festlegt. So prüft das *BVerwG* die Verletzung revisiblen Rechts in einer angefochtenen Entscheidung.[1934] Weiter regelt § 137 Abs. 2, 1. Hs. VwGO, dass die Revisionsinstanz an die Tatsachenfeststellungen des Tatsachengerichts gebunden ist.[1935] Hinsichtlich der Beweiswürdigung durch die Tatsacheninstanzen ist § 108 Abs. 1

1931 *BVerfG*, Urteil vom 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, juris-Rn. 180 und 183.
1932 Siehe insbesondere: F. I.
1933 *BVerfG*, Urteil vom 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, juris-Rn. 118 ff.
1934 *Suerbaum,* in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 137 Rn. 2 f.; *Buchheister*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 01/2024, § 137 Rn. 4 f.; *Neumann/Korbmacher,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 137 Rn. 6; zu § 162 SGG im sozialgerichtlichen Verfahren: E. III. 4.
1935 *BVerwG,* Urteil vom 25.01.1963 – IV C 1.62, juris-Leitsatz 1; *Buchheister*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 01/2024, § 137 Rn. 147; *Suerbaum,* in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 137 Rn. 44; *Stuhlfauth,* in: Bader et al., VwGO, § 137 Rn. 12; zu § 163 SGG im sozialgerichtlichen Verfahren: E. III. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

S. 1 VwGO[1936] und in Bezug auf die Begründungspflicht § 108 Abs. 1 S. 2 VwGO[1937] einschlägig.

b. Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BVerwG*

aa. Ansichten in der Rechtsprechung

Das *BVerwG* ist überwiegend der Ansicht, dass generelle (Rechts-)Tatsachen („legal facts") abweichend von § 137 Abs. 2 VwGO durch die Revisionsinstanz festgestellt werden dürften.[1938] Nicht eindeutig zu beurteilen ist, ob damit lediglich generelle Tatsachen für die Rechtsauslegung oder auch zur Subsumtion gemeint sind. Abweichend davon, führt das *BVerwG* in seinem Urteil vom 03.05.1974 aus, dass die Anwendung "spezieller Erfahrungssätze" und die Feststellung von "Erfahrungstatsachen" vom Revisionsgericht nicht unbeschränkt nachprüfbar seien[1939].

bb. Ansichten in der Literatur

In der Literatur ergibt sich ein ähnliches Bild. So wird vertreten, dass generelle Tatsachen nicht der Bindungswirkung gemäß § 137 Abs. 2 VwGO zuzurechnen seien. Dies bezieht sich dann aber lediglich auf generelle Tatsachen zur Auslegung.[1940] Weiterhin sind Ansichten zu finden, welche

1936 Dazu: *BVerwG*, Urteil vom 22.05.2019 – 1 C 10/18, juris-Rn. 28, *Hufen,* Verwaltungsprozessrecht, § 37 Rn. 20 m.w.N. oder *Dawin*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 04/2013, § 108 Rn. 9; zu § 128 Abs. 1 S. 1 SGG im sozialgerichtlichen Verfahren: E. II. 2. b. aa.

1937 Dazu: *BVerwG,* Beschluss vom 01.09.1997 – 8 B 141/97, juris-Rn. 22, *BVerwG,* Urteil vom 08.02.1981 – 6 C 159/80, juris-Rn. 8, *Dawin*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 04/2013, § 108 Rn. 117 ff. oder *Breunig,* in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, Stand: 01.07.2024, § 108 Rn. 22 f.; zu § 128 Abs. 1 S. 2 SGG im sozialgerichtlichen Verfahren: E. II. 2. b. bb. (2).

1938 Beispielhaft: *BVerwG*, Beschluss vom 21.09.2022 – 5 P 4/21, 5 P 4/21 (5 PB 9/20), juris-Rn. 21; *BVerwG* oder Urteil vom 20.03.2012 – 5 C 5/11, juris-Rn. 25, *BVerwG*, Beschluss vom 02.02.2011 – 6 B 37/10, juris-Rn. 11 oder *BVerwG*, Urteil vom 06.11.2002 – 6 C 8/02, juris-Rn. 42.

1939 *BVerwG*, Urteil vom 03.05.1974 – IV C 31/72, juris-Rn. 18.

1940 *Neumann/Korbmacher,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 137 Rn. 132 ff.; *Kautz,* in: Fehling/Kastner/Störmer, VerwR, VwGO § 137 Rn. 10; *Buchheister*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 01/2024, § 137 Rn. 158.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Bindungswirkung des § 137 Abs. 2 VwGO als gelöst ansehen, wenn die Tatsachengerichte bei der Sachverhaltsermittlung gegen allgemeine Erfahrungssätze[1941] verstoßen.[1942] Spezielle Erfahrungssätze sollen jedoch nur eingeschränkt[1943] bzw. gar nicht[1944] durch die Revision nachprüfbar bzw. feststellbar sein.

c. Wissenschaftliche oder technische Standards

Nachfolgend wird sich auf einen Teilbereich des besonderen Verwaltungsrechts, das Umweltschutzrecht[1945] konzentriert. In diesem Rechtsgebiet spielen generelle Tatsachen oftmals eine bedeutende Rolle, weil Rechtsnormen auf wissenschaftliche oder technische Standards verweisen, welche durch bestimmte Regelwerke näher ausgestaltet werden müssen.[1946] Schwerpunkt des Umweltrechts ist der Schutz vor schädlichen Immissionen, wie die Luftreinhaltung und der Lärmschutz. Zentrales Regelwerk des Immissionsschutzrechts ist das Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG[1947]). Daneben sind Rechtsverordnungen[1948] und allgemeine Verwaltungsvorschriften von großer Bedeutung. Solche Verwaltungsvorschriften werden auf der Grundlage von § 48 BImSchG von der *Bundesregierung* erlassen. Auch privat-technische Normen, wie z.B. die DIN-Vorschriften des *Deutschen Instituts für Normung (DIN),* sind in diesem Zusammenhang zu erwähnen[1949]. Zu den auf der Grundlage von § 48 BImSchG erlassenen

1941 Zu Erfahrungssätzen im Sozialrecht: E. II. 2. b. cc. (4).

1942 *Kuhlmann/Wysk,* in: Wysk, VwGO, § 137 Rn. 27; *Stuhlfauth,* in: Bader et al., VwGO, § 137 Rn. 17.

1943 *Suerbaum,* in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 137 Rn. 54; *Buchheister*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 01/2024, § 137 Rn. 176.

1944 *Schenke,* in: Kopp, VwGO, § 137 Rn. 25.

1945 *Schmidt-Aßmann,* in: *Schoch/Eifert*, Besonderes Verwaltungsrecht, Einleitung Rn. 1.

1946 *Gärditz,* Gerichtliche Feststellung genereller Tatsachen (legislative facts) im Öffentlichen Recht, in: Paeffgen et al., FS Puppe, S. 1557, 1566.

1947 Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.05. 2013 (BGBl. I, S. 1274; BGBl. 2021 I, S. 123), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 03.07.2024 (BGBl. I, Nr. 225, Nr. 340).

1948 *Reimer,* Juristische Methodenlehre, Rn. 195.

1949 *Huggins*, Fehlercode im System der Normkonkretisierung?, in: Ammann et al., Verantwortung und Recht, S. 315, 325; *Kahl/Gärditz,* Umweltrecht, § 7 Rn. 13; die DIN-Normen sind keine Rechtsnormen (*Welti*, Diskussionsbeitrag Nr. 18/2013, S. 3).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verwaltungsvorschriften gehören z.B. die Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft (TA Luft[1950]) und die Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm (TA Lärm[1951]). Die TA Lärm gibt z.B. Aufschluss darüber, ob die von einer Anlage ausgehenden Geräusche bestimmte Schädlichkeitsschwellen überschreiten[1952].[1953] In diesem Zusammenhang hat der Betreiber einer genehmigungsbedürftigen Anlage gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. BImSchG die unmittelbar für ihn geltende Pflicht, Anlagen zu errichten, welche keine „schädlichen Umwelteinwirkungen" (Immissionen) verursachen. Wenn diese Pflichten insbesondere aus § 5 BImSchG[1954] erfüllt sind, ist gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG eine Genehmigung zur Errichtung einer Anlage zu erteilen[1955]. § 5 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. BImSchG enthält also den unbestimmten Rechtsbegriff der „schädlichen Umwelteinwirkungen", welcher in Bezug auf den von Anlagen ausgehenden Lärm durch die TA Lärm ausgefüllt wird[1956]. Auf den ersten Blick bündelt die TA Lärm insofern generelle Tatsachen, welche für die Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen benötigt werden. Welche Rechtsnatur die TA Luft und die TA Lärm jedoch genau haben, gilt es im Folgenden zu diskutieren (aa. und bb.).

1950 Neufassung der Ersten Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft – TA Luft) vom 18.08.2021 (GMBl. 2021, Nr. 48-54, S. 1050).

1951 Sechste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm – TA Lärm) vom 26.08.1998 (GMBl. Nr. 26/1998, S. 503), geändert durch Verwaltungsvorschrift vom 01.06.2017 (BAnz AT 08.06.2017 B5), gültig ab 09.06.2017.

1952 *BVerwG*, Urteil vom 29.08.2007 – 4 C 2/07, juris-Rn. 12; *BVerwG*, Urteil vom 29.11.2012 – 4 C 8/11, juris-Rn. 18.

1953 *Kahl/Gärditz,* Umweltrecht, § 7 Rn. 1, Rn. 11, Rn. 13 und 59.

1954 *Jarass,* in: Jarass, BImSchG, § 5 Rn. 1 und 6.

1955 *A.a.O.*, § 6 Rn. 7.

1956 *BVerwG*, Urteil vom 30.12.2022 – 7 B 15/22, juris-Rn. 7; *BVerwG*, Urteil vom 29.11.2012 – 4 C 8/11, juris-Rn. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa. Norminterpretierende und normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften

(1) Norminterpretierende Verwaltungsvorschriften

Norminterpretierende Verwaltungsvorschriften[1957] können als antizipierte Sachverständigengutachten[1958] eingeordnet werden.[1959] Sie sind Gegenstand, aber nicht Maßstab richterlicher Kontrolle und unterliegen demnach uneingeschränkter gerichtlicher Kontrolle.[1960] Als Beispiel norminterpretierender Verwaltungsvorschriften können die aus dem Pflegeversicherungsrecht gemäß § 17 Abs. 1 SGB XI[1961] vom *Medizinischen Dienst Bund* beschlossenen Begutachtungs-Richtlinien genannt werden. Diese Regelwerke werden gemäß § 15 Abs. 4 SGB XI herangezogen, um die Voraussetzungen zu konkretisieren, unter denen eine pflegedürftige Person mit spezifischem, außergewöhnlich hohem Hilfebedarf dem Pflegegrad 5 zugeordnet werden kann. Die Richtlinien entfalten innerhalb der Verwaltung unmittelbare Wirkung. Gegenüber den Versicherten ist ihnen allenfalls eine mittelbare Außenwirkung beizumessen. Das unterscheidet sie dann auch von den Richtlinien des *G-BA*[1962]. Demnach stellen die Begutachtungs-Richtlinien gemäß § 17 Abs. 1 SGB XI nach Ansicht des Verfassers keine Rechtsnormen, sondern generelle Tatsachen dar. Auch sind sie damit für die Gerichte nicht verbindlich. Die Rechtsprechung hat die Richtlinien stetig daraufhin zu überprüfen, ob sie noch den aktuellen pflegewissenschaftlichen Erkenntnisstand repräsentieren.[1963]

1957 Zu den einzelnen Arten von Verwaltungsvorschriften: *Ossenbühl,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 104 Rn. 18 ff.

1958 E. II. 2. a. aa. (6) und F. IV. 1. c. aa.

1959 *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 02/2019, § 114 Rn. 172.

1960 *BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 11.08.2009 – 2 BvR 941/08, juris-Rn. 19; *BVerfG,* Beschluss vom 31.05.1988 – 1 BvR 520/83, juris-Rn. 37; *BFH,* Urteil vom 09.07.2003 – I R 48/02, juris-Rn. 16; *Schmidt-Kötters,* in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, BImSchG § 5 Rn. 9; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 3.

1961 Elftes Buch Sozialgesetzbuch – Soziale Pflegeversicherung – (Art. 1 des Gesetzes vom 26.05.1994, BGBl. I, S. 1014, 1015), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 30.05.2024 (BGBl. I, Nr. 173).

1962 D. I. 1. c. aa. (2) (iii).

1963 *BSG,* Urteil vom 22.02.2024 – B 3 P 1/22 R, juris-Rn. 18 ff.; *BSG,* Urteil vom 28.09.2017 – B 3 P 3/16 R, juris-Rn. 22; *Krahmer/Eisfeld,* in: Krahmer/Plantholz/Kuhn-Zuber, LPK-SGB XI, § 17 Rn. 21 f.; *Roller*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XI, 14.07.2025, § 17 Rn. 59 f. und 68 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften

Die aufgrund von § 48 BImSchG erlassenen Verwaltungsvorschriften werden im Gegensatz zu norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften als sogenannte normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften eingeordnet und sind grundsätzlich für die Verwaltung im Innenverhältnis verbindlich. Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften entfalten aber laut *BVerwG* auch eine bindende Außenwirkung für die Rechtsprechung[1964] und sind, wenn dieser Ansicht gefolgt wird, wie Rechtsnormen anzuwenden. Das würde auch bedeuten, dass die Auslegung und Anwendung von normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften der revisionsgerichtlichen Überprüfung unterliegen[1965]. Auch eine abstrakte Normenkontrolle gemäß § 47 VwGO[1966], zumindest bei normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften auf Landesebene, soll zulässig sein[1967].[1968] Diese Art von Verwaltungsvorschrift entfalte demnach als Rechtsnorm auch eine unmittelbare rechtliche Außenwirkung für die Bürger.[1969] Im weiteren Fortgang werden einerseits Argumente diskutiert, welche für die Einordnung von normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften als Rechtsnormen sprechen (bb. (1)). Andererseits werden Argumente aufgeführt, welche gegen eine Rechtsnormqualität dieser Regelwerke sprechen (bb. (2)).

1964 Grundlegend: *BVerwG*, Urteil vom 19.12.1985 – 7 C 65/82, juris-Rn. 44; *BVerwG*, Urteil vom 30.12.2022 – 7 B 15/22, juris-Rn. 7; *BVerwG*, Urteil vom 12.11.2020 – 4 A 13.18, juris Rn. 46 m.w.N.; *BVerwG*, Urteil vom 29.11.2012 – 4 C 8/11, juris-Rn. 18; *BVerwG*, Urteil vom 14.03.2018 – 4 A 5/17, juris Rn. 60; *BVerwG*, Urteil vom 29.08.2007 – 4 C 2/07, juris-Rn. 11 f.; *BVerwG*, Urteil vom 20.12.1999 – 7 C 15/98, juris-Rn. 9.

1965 *BVerwG*, Urteil vom 29.08.2007 – 4 C 2/07, juris-Rn. 12 m.w.N.; *Neumann/Korbmacher,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 137 Rn. 32.

1966 Siehe: C. I. 2. e. bb. (1).

1967 *BVerwG*, Urteil vom 25.11.2004 – 5 CN 1/03, juris-Rn. 20 ff.

1968 *Maurer/Waldhoff,* Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 31 f.; *Kahl/Gärditz,* Umweltrecht, § 7 Rn. 59 f.

1969 *BVerwG*, Urteil vom 20.12.1999 – 7 C 15/98, juris-Rn. 9; *BVerwG*, Urteil vom 28.10.1998 – 8 C 16/96, juris-Rn. 16; *Buchheister*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 01/2024, § 137 Rn. 22; *Schenke,* in: Kopp, VwGO, § 137 Rn. 18; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 162 Rn. 3; *Jarass*, JuS 2/1999, S. 105, 109; kritisch zum Konstrukt der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift, insbesondere in Bezug auf die TA Luft: *Hofmann/Koch,* in: *Koch/Hofmann/Reese*, Handbuch Umweltrecht, § 5 Rn. 125 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Rechtsdogmatische Einordnung von normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften

(1) Argumente für eine Rechtsnormqualität

Zunächst sprechen der Erlass der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift durch die Exekutive aufgrund einer einfachgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage (§ 48 BImSchG), die Publikation im Gemeinsamen Ministerialblatt (GMBl.)[1970], die von der Rechtsprechung und der überwiegenden Literatur angenommene Verbindlichkeit für die Gerichte bzw. die unmittelbare Außenwirkung sowie die Möglichkeit der Normenkontrolle gemäß § 47 VwGO dafür, dass normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften den Rechtsnormcharakter einer Rechtsverordnung haben.[1971] Angemerkt werden muss jedoch, dass der Erlass einer Vorschrift aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung oder die Publikation einer solchen nicht automatisch bedeuten, dass es sich um eine normativ-verbindliche Rechtsnorm[1972] handelt. Entscheidend ist vielmehr die inhaltliche Bedeutung der Vorschrift.[1973] Fraglich ist deshalb im Nachfolgenden, ob die genannten Regelwerke, zumindest die TA Luft und die TA Lärm, keine unmittelbare, sondern lediglich eine mittelbare Außenwirkung für Betroffene entfalten.[1974]

(2) Argumente gegen eine Rechtsnormqualität

Die auf der Grundlage von § 48 BImSchG erlassenen normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften haben den Zweck, einen der Verwaltung eingeräumten Beurteilungsspielraum, oder in diesem Fall Standardisierungsspielraum[1975] (Letztentscheidungsrecht der Verwaltung), u.a. bei der Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „schädlichen Umwelteinwirkungen".

1970 Dazu, dass normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften zwingend bekannt zu machen sind: *BVerwG,* Urteil vom 25.11.2004 – 5 CN 1/03, juris.
1971 *Maurer*, JZ 2005, S. 892, 896; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Drittes Kapitel Rn. 19.
1972 Siehe: C. I. 2.
1973 *BSG,* Urteil vom 30.09.2009 – B 9 VS 3/09 R, juris-Rn. 33; *BVerwG,* Urteil vom 24.03.1977 – II C 14.75, juris-Rn. 18 f.
1974 *Maurer/Waldhoff,* Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 32.
1975 *Kahl/Gärditz,* Umweltrecht, § 7 Rn. 60.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wirkungen“ in § 5 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. BImSchG auszufüllen.[1976] Der Beurteilungsspielraum der Verwaltung ergibt sich aus einem Zusammenspiel von § 48 und § 5 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. BImSchG. Die Entscheidung der Behörde aufgrund der Verwaltungsvorschrift ist damit gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar[1977]. Daraus resultiert die bindende Außenwirkung für das Gericht[1978], was nicht gleichzeitig eine unmittelbare Außenwirkung gegenüber den Bürgern bedeutet[1979]. Die unmittelbare Außenwirkung für den Bürger ergibt sich aus § 5 BImSchG[1980] und nicht aus der Verwaltungsvorschrift. So entfalten diese Vorschriften lediglich gegenüber der Verwaltung unmittelbare Verbindlichkeit und regeln auf der anderen Seite für die Bürger nur mittelbar Rechte und Pflichten[1981]. Es handelt sich demnach bei normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften, jedenfalls bei den hier in den Blick genommenen, ihrem materiellen Inhalt nach[1982] nicht um Gesetze, weil ihnen die Eigenschaft der Allgemeinverbindlichkeit[1983] bzw. der unmittelbaren Außenwirkung fehlt. Im Gegensatz dazu werden z.B. durch die Richtlinien des *G-BA* Leistungsansprüche von Versicherten direkt geregelt. Weiterhin sind die Richtlinien für die Trägerorganisationen des *G-BA* sowie deren Mitglieder und Mitgliedskassen sowie die Versicherten und Leis-

1976 *BVerwG*, Urteil vom 28.10.1998 – 8 C 16/96, juris-Rn. 16; *Maurer/Waldhoff,* Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 32; *Sendler,* UPR 1993, S. 321, 324; *Schmidt-Kötters,* in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, BImSchG § 5 Rn. 9; *Ossenbühl,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 104 Rn. 30; *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 02/2019, § 114 Rn. 169.

1977 *Ossenbühl,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 104 Rn. 31; *Kahl/Gärditz,* Umweltrecht, § 7 Rn. 60; *Maurer/Waldhoff,* Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 32; *Schmidt-Kötters,* in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, BImSchG § 5 Rn. 9; *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 02/2019, § 114 Rn. 169; siehe zum Beurteilungsspielraum der Verwaltung: C. II. 1. c. bb.

1978 *Di Fabio*, DVBl. 1992, S. 1338, 1345.

1979 Ebenso kritisch zur Frage, ob normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften unmittelbare rechtliche Außenwirkung entfalten: *Maurer/Waldhoff,* Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 32; dazu ebenso kritisch: *EuGH,* Urteil vom 30.05.1991 – C-361/88, juris-Grund Nr. 20; offen lassend, ob eine solche unmittelbare Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften verfassungsrechtlich vertretbar ist: *BVerfG*, Beschluss vom 21.06.1989 – 1 BvR 32/87, juris-Rn. 28.

1980 G. II. 2. c.

1981 Ebenso in Bezug auf nur formelle Gesetze wie z.B. das Haushaltsgesetz gemäß Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG: *Weber,* in: Weber, Rechtswörterbuch, Gesetz Rn. 2; *Detterbeck,* Öffentliches Recht, § 2 Rn. 18.

1982 C. I. 2. c. aa. (1) (i).

1983 C. I. 2. c. aa. (2).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tungserbringer unmittelbar verbindlich, was in § 91 Abs. 6 SGB V explizit festgeschrieben ist[1984].

(3) Einordnung

Das *BVerwG* führt aus, dass die Bindung der Rechtsprechung an normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften gelöst werden könne, wenn „gesicherte Erkenntnisfortschritte in Wissenschaft und Technik", also Grundlagen genereller Tatsachen, vorlägen, welche die den entsprechenden Regelungen zugrunde liegenden Erkenntnisse widerlegten.[1985] Diese Ausführungen zeigen, dass hier der Bereich zwischen Tatsachen und normativ-verbindlichen Rechtsnormen vermengt wird[1986]. Entweder sind solche wissenschaftlichen Erkenntnisse die Gerichte nicht bindende Verwaltungsvorschriften, welche dann auch mit neuerem Erkenntnismaterial erschüttert werden können. Oder es wird eine Rechtsnorm, insbesondere eine Rechtsverordnung erlassen, welche die technischen Standards bündelt. Diese entfaltet dann eine Bindungswirkung für die Rechtsprechung. Die Verwerfung von Rechtsnormen kann dann lediglich mit den verschiedenen Möglichkeiten der Normenkontrolle[1987] erfolgen. Die Problematik der Vermischung von Tatsachen mit normativ-verbindlichen Sätzen entstand im vorliegenden Fall dadurch, dass das Konstrukt der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift durch die Rechtsprechung mit dem Bedürfnis nach mehr Außenverbindlichkeit entwickelt wurde. So wurde z.B. die alte Fassung der TA Luft[1988] in der Vergangenheit noch als antizipiertes Sachverständigengutachten eingestuft, welches für die Gerichte bedeutsam sei[1989]. Auf die daraufhin folgende Kritik in der Literatur, insbesondere hinsichtlich der Vereinbarkeit solcher Regelwerke mit dem Vorbehalt des Gesetzes ge-

1984 D. I. 1. c. aa. (2) (iii).

1985 *BVerwG*, Urteil vom 30.12.2022 – 7 B 15/22, juris-Rn. 7; *BVerwG*, Urteil vom 21.06.2001 – 7 C 21/00, juris-Rn. 13 ff.; *BVerwG*, Urteil vom 10.07.2012 – 7 A 11/11, juris-Rn. 27; *BVerwG*, Beschluss vom 21.03.1996 – 7 B 164/95, juris-Rn. 19.

1986 Siehe zu dieser Problematik im Sozialrecht bereits oben: F. IV. 1. c.

1987 C. I. 2. e.

1988 Erste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft) vom 28.08.1974 (GMBl. 1974, S. 426).

1989 *BVerwG,* Urteil vom 17.02.1978 – I C 102.76, juris-Leitsatz Nr. 2 und Rn. 37; *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 02/2019, § 114 Rn. 172.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mäß Art. 20 Abs. 3 GG[1990], wurde dann in der sogenannten Whyl-Entscheidung[1991] das Konstrukt der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift mit den dargelegten Folgen hinsichtlich einer Bindungswirkung auch für die Rechtsprechung[1992] entwickelt[1993]. Im Ergebnis handelt es sich bei dem von der Rechtsprechung entwickelten tatsächlich-normativen Konstrukt der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift um eine „normale" Verwaltungsvorschrift ohne Außenverbindlichkeit[1994], also um generelle Tatsachen.

3. Sozialgerichtsbarkeit

In der Rechtsprechung des *BSG* ist erkennbar, dass sich der Einsatz genereller Tatsachen grundsätzlich durch alle Senate hindurchzieht. Mit der folgenden Auswertung werden deshalb alle Senate in die Analyse miteinbezogen. Ausgeklammert wird lediglich der 10. Senat des *BSG* (Bundeserziehungsgeldgesetz, Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz und Kindergeldrecht), da eine Stichwortsuche mit dem Schlagwort „generelle Tatsache" hier keine Treffer ergab.

a. *Großer Senat des BSG*

Oben wurde bereits auf eine Entscheidung des *Großen Senats des BSG* Bezug genommen, in welcher Ausführungen zu den Möglichkeiten einer zulässigen eigenen Beweiserhebung durch das *BSG* für die Feststellung von generellen Tatsachen zu finden sind.[1995] Daneben kann ein weiterer Beschluss des *Großen Senats des BSG* genannt werden, in welchem generelle Tatsachen erhoben und festgestellt wurden. Konkret ging es um die Vorlagefrage an den *Großen Senat*, ob es bei der Beurteilung von Berufsunfähig-

1990 Mit einer Übersicht dazu: *Pense,* Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 90 ff. m.w.N.
1991 *BVerwG*, Urteil vom 19.12.1985 – 7 C 65/82, juris-Rn. 44.
1992 G. II. 2. c. aa. (2).
1993 *Hofmann/Koch,* in: *Koch/Hofmann/Reese*, Handbuch Umweltrecht, § 5 Rn. 128 m.w.N.; *Siefert*, MedSach 2010, S. 60, 61; *Keller,* SGb 2003, S. 254, 254.
1994 Im Ergebnis ebenso, zumindest für die TA Luft: *Hofmann/Koch,* in: *Koch/Hofmann/Reese*, Handbuch Umweltrecht, § 5 Rn. 132.
1995 F. IV. 1. b.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

keit i.S.v. § 1246 Abs. 2 Reichsversicherungsordnung (RVO[1996]) erheblich ist, dass Arbeitsplätze auch tatsächlich vorhanden sind, welche eine in ihrer Leistungsfähigkeit beschränkte Person noch ausüben kann.[1997]

aa. Auslegung von § 1246 Abs. 2 RVO a.F.

§ 1246 RVO a.F. regelte den Anspruch auf eine Rente wegen Berufsunfähigkeit. Demnach waren Personen berufsunfähig, deren Erwerbsfähigkeit aufgrund von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche ihrer körperlichen oder geistigen Kräfte in einem gewissen Umfang herabgesunken war (§ 1246 Abs. 2 S. 1 RVO a.F.). Für die Beurteilung der Erwerbsfähigkeit bzw. Erwerbsunfähigkeit wurde insbesondere auf Tätigkeiten abgestellt, welche den Kräften und Fähigkeiten der erwerbsgeminderten Person entsprachen (§ 1246 Abs. 2 S. 2 RVO a.F.).[1998] Diese Norm legte der *Großen Senat* zunächst normativ nach ihrem Wortlaut, Sinn und Zweck sowie unter Rückgriff auf systematische Gesichtspunkte aus.[1999] Um die Vorlagefrage beantworten zu können, griff der Senat auf Rechtsprechung und u.a. auch auf Literatur zum Thema zurück. Damit bekräftigte der Senat seine Ansicht, dass es nicht ausreiche, eine Berufsunfähigkeit allein abstrakt, also ohne Berücksichtigung des tatsächlichen Arbeitsmarkts, zu bestimmen, sondern dieser müsse gleichwohl in die Beurteilung einbezogen werden. Berufsunfähigkeit könne auch dann vorliegen, wenn ein Versicherter gesundheitlich nur eingeschränkt erwerbsfähig sei, der Arbeitsmarkt dem Versicherten aber aufgrund des Fehlens von ausübbaren und zumutbaren Tätigkeiten faktisch verschlossen sei.[2000]

bb. Subsumtion unter § 1246 Abs. 2 RVO a.F.

Der Senat stand nun vor einem beweisrechtlichen Problem, weil generelle Tatsachenfeststellungen zum Vorhandensein von Teilzeitarbeitsplätzen ge-

1996 Reichsversicherungsordnung vom 19.07.1911 (RGBl. 1911, S. 509), in der Fassung vom 11.07.1985 (FNA 820-1), aufgehoben durch Art. 7 des Gesetzes vom 23.10.2012 (BGBl. I, S. 2246).
1997 *BSG Großer Senat,* Beschluss vom 11.12.1969 – GS 4/69, juris-Rn. 21.
1998 *A.a.O.,* Rn. 22 f.
1999 *A.a.O.,* Rn. 22-37.
2000 *A.a.O.,* Rn. 40 ff. und 47 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

troffen werden mussten und die Sozialgerichte in diesem Zusammenhang angeführt hatten, dass ihnen mit den zur Verfügung stehenden Mitteln der Beweiserhebung (Augenschein, Sachverständigen- und Urkundenbeweis oder Zeugenvernehmung) keine derartige Feststellungen möglich seien.[2001] Der *Große Senat* löste dieses Problem mit der Feststellung von generellen Tatsachen und führte aus, dass für eine statistische Übersicht von Teilzeitarbeitsplätzen für männliche Erwerbsfähige Auskünfte durch die *Bundesanstalt für Arbeit (BA)* als „sachkundige Stelle" hilfreich seien und holte diese sodann ein.[2002]

cc. Einordnung

Angemerkt werden muss, dass in diesem Fall ergänzend zu Einzeltatsachen generelle Tatsachen zum Vorhandensein von Teilzeitarbeitsplätzen unter § 1246 Abs. 2 RVO a.F. subsumiert wurden. Die Einzeltatsachen beziehen sich beispielsweise auf den Gesundheitszustand der versicherten Person oder auf die konkreten Tätigkeiten, welche diese Person noch ausführen konnte und welche ihr zuzumuten waren[2003]. Insofern trifft die oben aufgestellte These zu dem Verständnis von Regeltatsachen als generelle Tatsachen zur Subsumtion zu, welche neben Einzeltatsachen subsumiert werden können[2004].

b. Gesetzliche Krankenversicherung

aa. Rechtsbegriff des allgemein anerkannten Stands medizinischer Erkenntnisse gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V

Im Krankenversicherungsrecht ergibt sich die Notwendigkeit der Feststellung genereller Tatsachen oftmals im Zusammenhang mit der Prüfung, ob eine Leistung dem allgemein anerkannten Stand medizinischer Erkenntnisse gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V entspricht. Aus diesem Grund werden sich die nachfolgenden Ausführungen überwiegend darauf beziehen.

2001 *A.a.O.,* Rn. 50 f.
2002 *A.a.O.,* Rn. 51-55.
2003 *A.a.O.,* Rn. 3.
2004 F. IV. 2. b. bb. (1) und F.VII. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(1) Auslegung des Rechtsbegriffs

Das Ergebnis der Auslegung des Begriffs des allgemein anerkannten Stands der medizinischen Erkenntnisse[2005] ist eine Mischung aus normativer und tatsachengestützter Auslegung[2006]. So bezieht das *BSG* z.B. juristische Fachliteratur in die Auslegung mit ein.[2007] Die neue Rechtsprechung des *BSG* verweist lediglich auf die ständige Rechtsprechung zur Auslegung dieses Begriffs.[2008]

(2) Subsumtion unter den Rechtsbegriff

Eine Überprüfungs- und Feststellungsbefugnis genereller Tatsachen des *BSG* wird insbesondere bei der Frage angenommen, ob eine bestimmte Untersuchungs- oder Behandlungsmethode dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspricht und ob eine diesem Standard genügende Behandlung im Inland möglich ist. Fraglich ist in diesem Zusammenhang also, ob in qualitativer Hinsicht eine Versorgungslücke besteht oder nicht. Da Fragen in diesem Zusammenhang nicht von *Landessozialgericht* zu *Landessozialgericht* unterschiedlich beantwortet werden können, ist es erforderlich, eine einheitliche Rechtsprechung herbeizuführen, welche auf alle gleichgelagerten Fälle, in denen über die Leistungspflicht der Krankenkassen zu entscheiden ist, anwendbar ist.[2009] In Bezug auf diese Feststellungsbefugnis des *BSG* sind unterschiedliche Fra-

2005 D. I. 1. b. bb. (2).

2006 C. II. 1. b. dd. und F. IV. 2. b. aa.

2007 Beispielsweise: *BSG,* Urteil vom 16.06.1999 – B 1 KR 4/98 R, juris-Rn. 22.

2008 Beispielsweise: *BSG,* Urteil vom 16.08.2021 – B 1 KR 18/20 R, juris-Rn. 10 oder *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 20/19 R, juris-Rn. 15.

2009 *BSG,* Urteil vom 16.06.1999 – B 1 KR 4/98 R, juris-Rn. 17 und 23; *BSG,* Urteil vom 14.02.2001 – B 1 KR 29/00 R, juris-Rn. 17; *BSG,* Urteil vom 13.12.2005 – B 1 KR 21/04 R, juris-Rn. 18; *BSG,* Urteil vom 04.04.2006 – B 1 KR 12/05 R, juris-Rn. 31; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 7 m.w.N.; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 163 Rn. 7; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 21 f.; *Udsching,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 163 Rn. 3; *Düring,* in: Jansen, SGG, § 163 Rn. 7; kritisch dazu: *Giesbert*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 128 Rn. 68; auch kommt es vor, dass das *BSG* in diesem Zusammenhang von allgemeinen Tatsachen spricht (*BSG,* Urteil vom 17.12.2013 – B 1 KR 70/12 R, juris-Rn. 22 f.; *BSG,* Urteil vom 06.03.2012 – B 1 KR 17/11 R, juris-Rn. 22 f. (Parallelentscheidung: *BSG,* Urteil vom 06.03.2012 – B 1 KR 18/11 R, juris-Rn. 22 f.)), was aus den oben genannten Gründen (F. III. 2. a.) nicht zielführend ist.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen herauszuarbeiten: Einerseits kann sich die Frage stellen, ob eine dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Untersuchungs- und Behandlungsmethode für die Behandlung einer bestimmten Erkrankung in Deutschland generell existiert.[2010] Andererseits kann fraglich sein, ob eine vom Versicherten begehrte und nicht zugelassene Behandlung dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspricht.[2011] Die generelle Tatsache ist in diesen Fällen konkret die Aussage, dass es eine Mehrheitsmeinung der fachlich mit der Untersuchungsmethode betrauten Ärzte und Wissenschaftler gibt, welche eine bestimmte Behandlungsmethode als geeignet einstuft eine bestimmte Erkrankung wirksam behandeln zu können, oder dass es eine solche Mehrheitsmeinung nicht gibt.[2012] Die Zuordnung dieser generellen Tatsache zu dem in § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V verankerten Tatbestandsmerkmal des allgemein anerkannten Stands der medizinischen Erkenntnisse, also der Subsumtionsschluss, dass die Behandlungsmethode dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspricht[2013] oder nicht entspricht[2014], stellt die Subsumtion im engeren Sinne dar.

(3) Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BSG* ohne oder mit eigener Beweiserhebung

(i) Feststellung von generellen Tatsachen ohne eigene Beweiserhebung

Die für die Feststellung genereller Tatsachen notwendige medizinische Expertise kann das *BSG* zum Beispiel medizinischen Gutachten oder Äu-

2010 *BSG,* Urteil vom 16.06.1999 – B 1 KR 4/98 R, juris-Rn. 17 f.; diese Frage stellt sich auch bei der Prüfung eines Anspruchs auf Versorgung mit Cannabis gemäß § 31 Abs. 6 S. 1 Nr. 1 lit. a) SGB V: *BSG,* Urteil vom 10.11.2022 – B 1 KR 21/21 R, juris-Rn. 28 f., *BSG,* Urteil vom 10.11.2022 – B 1 KR 28/21 R, juris-Rn. 22 f., *BSG,* Urteil vom 10.11.2022 – B 1 KR 9/22 R, juris-Rn. 23, *BSG,* Urteil vom 10.11.2022 – B 1 KR 19/22 R, juris-Rn. 18 f., *BSG,* Urteil vom 20.03.2024 – B 1 KR 24/22 R, juris-Rn. 14 f. oder *BSG,* Urteil vom 29.08.2023 – B 1 KR 26/22 R, juris-Rn. 13.

2011 *BSG,* Urteil vom 16.06.1999 – B 1 KR 4/98 R, juris-Rn. 21 ff.; *BSG,* Beschluss vom 07.10.2005 – B 1 KR 107/04 B, juris-Rn. 6.

2012 *BSG,* Urteil vom 16.06.1999 – B 1 KR 4/98 R, juris-Rn. 17 und 21; *BSG,* Urteil vom 17.12.2013 – B 1 KR 70/12 R, juris-Rn. 21 und 23; *BSG,* Urteil vom 13.12.2005 – B 1 KR 21/04 R, juris-Rn. 18 und 22.

2013 Beispielhaft*: LSG Niedersachsen-Bremen,* Urteil vom 16.06.2004 – L 4 KR 101/04, juris-Rn. 26 ff.

2014 Beispielhaft: *BSG,* Urteil vom 16.06.1999 – B 1 KR 4/98 R, juris-Rn. 23 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ßerungen von sachverständigen Personen entnehmen, welche bereits Gegenstand der vorinstanzlichen Verfahren waren. Diese Gutachten können ihre Annahmen dann z.B. auf die Auswertung von Fachliteratur oder Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften stützen[2015] und dienen dem *BSG* als Grundlage für die Feststellung genereller Tatsachen. Die jeweilige vom *BSG* festgestellte generelle Tatsache kann entweder noch nicht in der Vorinstanz[2016] oder bereits in der gleichen Form vom vorentscheidenden *LSG* festgestellt worden sein[2017]. Ebenso kann das *BSG* aufgrund von Tatsachenmaterial, welches auch dem jeweiligen *LSG* vorlag, generelle Tatsachenfeststellen treffen, welche zu den Feststellungen der Vorinstanz abweichen[2018]. Auch kann das *BSG* das Verfahren an das Berufungsgericht, mit dem Hinweis, dieses habe weitere oder noch nicht festgestellte (generelle) Tatsachen festzustellen, zurückverweisen[2019]. Das *BSG* tritt in diesen Fällen also nicht in eine eigenständige Beweiserhebung ein.

(ii) Feststellung von generellen Tatsachen mit eigener Beweiserhebung

Durch das *BSG* festgestellte generelle Tatsachen können sich z.B. aus medizinischen Fachzeitschriften, welche durch das *BSG* erhoben und in das Revisionsverfahrens eingebracht wurden, ergeben und vorhandene generelle Feststellungen des vorentscheidenden *LSG* ergänzen.[2020] Die generellen Tatsachen können aber auch aus durch das *BSG* im Internet recherchierten

2015 *BSG,* Urteil vom 04.04.2006 – B 1 KR 12/05 R, juris-Rn. 32.

2016 *A.a.O.,* Rn. 31 ff. (vorgehend: *LSG Rheinland-Pflalz,* Urteil vom 24.02.2005 – L 1 KR 13/04, juris-Rn. 18 f.).

2017 Beispielhaft: *BSG,* Urteil vom 16.06.1999 – B 1 KR 4/98 R, juris-Rn. 17 und 23 (vorgehend: *LSG Schleswig-Holstein,* Urteil vom 30.09.1997 – L 1 Kr 95/96, juris-Rn. 41 ff.).

2018 Eine Mehrheitsmeinung zu der strittigen Methode ablehnend: *BSG,* Urteil vom 13.12.2005 – B 1 KR 21/04 R, juris-Rn. 24 ff. (vorgehend, eine Mehrheitsmeinung zu der strittigen Methode bejahend: *LSG Niedersachsen-Bremen,* Urteil vom 16.06.2004 – L 4 KR 101/04, juris-Rn. 26 ff. und 31 ff.); ebenso: *BSG,* Urteil vom 14.02.2001 – B 1 KR 29/00 R, juris-Rn. 17 f. (vorgehend: *LSG Niedersachsen,* Urteil vom 17.02.1999 – L 4 KR 232/98, juris-Rn. 27 ff.).

2019 *BSG,* Urteil vom 13.12.2005 – B 1 KR 21/04 R, juris-Rn. 28 ff.; *BSG,* Urteil vom 17.12.2013 – B 1 KR 70/12 R, juris-Rn. 7 und 23 ff. und *BSG,* Urteil vom 06.03.2012 – B 1 KR 18/11 R, juris-Rn. 9 und 23.

2020 *BSG*, Urteil vom 04.04.2006 – B 1 KR 12/05 R, juris-Rn. 35 (vorgehend: *LSG Rheinland-Pfalz,* Urteil vom 24.02.2005 – L 1 KR 13/04, juris-Rn. 18 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gutachten hervorgehen.[2021] Dieses Material war dann nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens.

(4) Feststellung von Einzeltatsachen

Die Frage danach, ob eine Behandlungsmethode im Einzelfall für die erkrankte Person in Deutschland auch zugänglich ist, ist eine Frage, welche den Bereich der Ermittlung von Einzeltatsachen betrifft. Diese Frage zielt darauf ab, ob eine Behandlungsmethode auch unter quantitativen Gesichtspunkten verfügbar ist[2022] und ob sie der einzelnen Person zugemutet werden kann[2023]. Die Feststellung von Einzeltatsachen ist von der Feststellung von generellen Tatsachen zwingend abzugrenzen (§ 163 SGG)[2024].

bb. Rechtsbegriffe des § 35 Abs. 1 SGB V

Um die Feststellung genereller Tatsachen zum Zweck der Subsumtion im engeren Sinne unter verschiedene Rechtsbegriffe des § 35 Abs. 1 SGB V beispielhaft darzustellen, kann auf drei Urteile des *BSG* zu der in Streit stehenden Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel verwiesen werden.[2025]

(1) Subsumtion unter den Rechtsbegriff des „pharmakologisch-therapeutisch vergleichbaren Wirkstoffs" (§ 35 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB V)

Für das erste Beispiel ist § 35 Abs. 1 S. 1 SGB V in den Blick zu nehmen, welcher besagt, dass der *G-BA* in seinen Richtlinien gemäß § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 SGB V bestimmt, für welche Gruppen von Arzneimitteln Festbeträge festgesetzt werden können. § 35 Abs. 1 S. 2 SGB V führt drei konkrete Möglich-

2021 *BSG*, Urteil vom 04.04.2006 – B 1 KR 12/05 R, juris-Rn. 35 (mit folgendem Hinweis durch das *BSG*: „www.bundesaerztekammer. de/30/HTA/70b.pdf, im Internet recherchiert am 2. März 2006").

2022 *BSG,* Urteil vom 16.06.1999 – B 1 KR 4/98 R, juris-Rn. 18; *BSG,* Urteil vom 14.02.2001 – B 1 KR 29/00 R, juris-Rn. 19.

2023 *BSG,* Urteil vom 13.12.2005 – B 1 KR 21/04 R, juris-Rn. 35 und 42; *BSG,* Urteil vom 17.12.2013 – B 1 KR 70/12 R, juris-Rn. 24.

2024 F. VIII.

2025 *BSG,* Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 7/10 R, juris-Rn. 1 (Parallelentscheidung*: BSG*, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 13/10 R, juris-Rn. 1); *BSG,* Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 10/10 R, juris-Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

keiten der Zusammenfassung von Arzneimitteln in Gruppen auf (§ 35 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-3 SGB V).[2026] So nennt § 35 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB V die Gruppe der „pharmakologisch-therapeutisch vergleichbaren Wirkstoffe, insbesondere mit chemisch verwandten Stoffen". Pharmakologisch-therapeutisch vergleichbar sind Wirkstoffe, welche hinsichtlich ihrer Art oder ihres chemischen Aufbaus und ihrer Wirkungsweise sowie ihrer Anwendungsgebiete eine Gemeinsamkeit aufweisen (pharmakologisch-therapeutische Vergleichbarkeit).[2027] In Bezug auf die Anwendung dieses Rechtsbegriffs bzw. die Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Festbetragsgruppenbildung durch den *G-BA*[2028], kann das *BSG* generelle Tatsachen ermitteln. Dazu können z.B. Feststellungen gehören, dass bestimmte Arzneimittel der entsprechenden Festbetragsgruppe die gleiche chemische Zusammensetzung, die gleiche Zulassung für ein gemeinsames Anwendungsgebiet haben oder auch, dass einzelne Mittel in ihrer Verordnungsfähigkeit im Vergleich zu anderen Mitteln eingeschränkt sind.[2029] Diese generellen Tatsachen ergeben sich aus dem Inhalt einer arzneimittelrechtlichen Zulassung, welcher sich wiederum insbesondere aus der Fachinformation des pharmazeutischen Unternehmers gemäß § 11a AMG[2030] ergibt.[2031] Die Subsumtion dieser festgestellten generellen Tatsachen unter § 35 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB V ergibt oder ergibt nicht die pharmakologisch-therapeutische Vergleichbarkeit der entsprechenden Wirkstoffe. Die Rechtsfolge ist die rechtmäßige oder unrechtmäßige Festbetragsgruppeneinteilung durch den *G-BA*. In Bezug auf die eingangs dieses Kapitels (bb.) genannten drei Urteile des *BSG* und die dazugehörigen Berufungsurteile ist zu sagen, dass jeweils beide Instanzen bei den generellen Feststellungen zur therapeutischen Vergleichbarkeit bestimmter Arzneimittel maßgeblich auf die Fachinformation bzw. die arznei-

2026 *Kraftberger,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 35 Rn. 9 ff.

2027 Eine Definition dieses Rechtsbegriffs ist bei *LSG Berlin-Brandenburg,* Urteil vom 16.12.2009 – L 9 KR 8/08, juris-Rn. 124 zu finden.

2028 Zur gerichtlichen Prüfung der aufgrund von § 35 SGB V erlassenen Richtlinien: *BSG,* Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 7/10 R, juris-Rn. 26 f. (Parallelentscheidung*: BSG*, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 13/10 R, juris-Rn. 29 f.) und *BSG,* Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 10/10 R, juris-Rn. 37 f.; allgemein zur eingeschränkten gerichtlichen Prüfung der Richtlinien des *G-BA*: D. I. 1. c. aa. (2) (iv).

2029 *BSG,* Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 7/10 R, juris-Rn. 25 ff. und 36 ff. (Parallelentscheidung*: BSG*, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 13/10 R, juris-Rn. 28 ff. und 39 ff.); *BSG,* Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 10/10 R, juris-Rn. 36 ff. und 47 ff.

2030 F. II. 3. a.

2031 *BSG,* Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 7/10 R, juris-Rn. 28 (*BSG*, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 13/10 R, juris-Rn. 31); *BSG,* Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 10/10 R, juris-Rn. 39.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mittelrechtliche Zulassung abstellten und eine pharmakologisch-therapeutische Vergleichbarkeit gleichsam bejahten[2032].

(2) Subsumtion unter den Rechtsbegriff einer möglichen „therapeutischen Verbesserung" eines Arzneimittels (§ 35 Abs. 1 S. 6, 2. Alt., Abs. 1b SGB V)

Das zweite Beispiel bezieht sich auf § 35 Abs. 1 S. 6 SGB V. Dieser Rechtssatz statuiert eine Ausnahmeregelung für Medikamente mit patentgeschützten Wirkstoffen. Diese werden von der Festbetragsgruppenbildung gemäß § 35 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und 3 SGB V ausgeklammert, wenn die Wirkungsweise des Wirkstoffs entweder „neuartig" ist (§ 35 Abs. 1 S. 6, 1. Alt. SGB V) oder der Wirkstoff eine „therapeutische Verbesserung" (§ 35 Abs. 1 S. 6, 2. Alt. SGB V) bedeutet.[2033] Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf das Tatbestandsmerkmal der „therapeutischen Verbesserung", welches in § 35 Abs. 1b S. 1 SGB V legaldefiniert wird. Grundsätzlich kann gesagt werden, dass eine therapeutische Verbesserung durch ein Medikament dann vorliegt, wenn das Medikament im Vergleich zu anderen Arzneimitteln der gleichen Wirkstoffgruppe einen höheren Nutzen hat und deshalb gegenüber den anderen Präparaten derselben Gruppe grundsätzlich vorrangig einzusetzen ist. Die therapeutische Verbesserung muss sich weiterhin in einem gemeinsamen Anwendungsbiet einstellen (§ 35 Abs. 1b S. 2 SGB V). Interessant ist weiterhin, wie der Nachweis eines höheren Nutzens zu erbringen ist. Gemäß § 35 Abs. 1b S. 4 SGB V sind hierfür wissenschaftliche Erkenntnisse in der Gestalt der Fachinformationen und von klinischen Studien nach methodischen Grundsätzen der EbM[2034] ins Feld zu führen.[2035] Damit verweist § 35 Abs. 1b S. 4 SGB V auf den allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V. § 35

2032 *LSG Berlin-Brandenburg,* Urteil vom 16.12.2009 – L 9 KR 8/08, juris-Rn. 114 ff. und 123 (nachgehend: *BSG,* Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 7/10 R, juris); *LSG Berlin-Brandenburg,* Urteil vom 24.02.2010 – L 9 KR 351/09, juris-Rn. 65 (nachgehend: *BSG*, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 13/10 R, juris); *LSG Berlin-Brandenburg,* Urteil vom 24.02.2010 – L 9 KR 104/08, juris-Rn. 84 ff. und 93 (nachgehend: *BSG,* Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 10/10 R, juris).

2033 *Von Dewitz,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 35 Rn. 13; *Barth,* in: Spickhoff, Medizinrecht, SGB V § 35 Rn. 5.

2034 D. I. 1. b. bb. (2) (ii).

2035 *Kraftberger,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 35 Rn. 31 ff.; *Barth,* in: Spickhoff, Medizinrecht, SGB V § 35 Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abs. 1b S. 5 SGB V besagt weiterhin, welche Studien dabei vorrangig heranzuziehen sind. Demnach sind grundsätzlich klinische Studien in der Form von direkten Vergleichsstudien mit anderen Arzneimitteln dieser Wirkstoffgruppe mit patientenrelevanten Endpunkten, insbesondere Mortalität, Morbidität und Lebensqualität, maßgeblich. Wenn solche direkten Vergleichsstudien nicht vorliegen oder nicht vorliegen können, kann auch auf andere vergleichbare Studien zurückgegriffen werden.[2036] Diese Grundlagen genereller Tatsachen zum Nachweis eines höheren Nutzens bzw. einer therapeutischen Verbesserung könnte das *BSG* selbst ermitteln.[2037] Das *BSG* stützte sich in dem vorliegenden Fall jedoch auf die durch die Vorinstanz ermittelten Beweise, betonte jedoch richtigerweise, dass es zur Feststellung der genannten generellen Tatsachen berechtigt wäre. Das *BSG* spricht in diesem Fall explizit von einer eigenen Beweiserhebung.[2038] Die Unterordnung dieser generellen Tatsachen, welche einen höheren Nutzen des entsprechenden Arzneimittels belegen, unter den Rechtsbegriff der therapeutischen Verbesserung stellt die Subsumtion im engeren Sinne dar.

cc. Einordnung

In Bezug auf die Darstellung und Analyse der Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* anhand der in diesem Teil einbezogenen Urteile[2039] kann zusammengefasst werden, dass in allen die Gemeinsamkeit besteht, dass gewisse wissenschaftliche Erkenntnisse, welche unter Umständen noch vom *BSG* zu erheben sind, unter einen bestimmten Rechtsbegriff subsumiert werden. Eine andere Ansicht ist wohl bei *Miriam Meßling* zu finden, welche mit Verweis auf das Urteil des *BSG* vom 16.06.1999[2040] von generellen Tatsachen als Rechtstatsachen für die Auslegung spricht[2041]. Nach den

2036 BT-Drs. 16/194, S. 8 f.; *Kraftberger,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 35 Rn. 34.

2037 *BSG,* Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 7/10 R, juris-Rn. 62 ff. (Parallelentscheidung: *BSG*, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 13/10 R, juris-Rn. 51 ff.); *BSG,* Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 10/10 R, juris-Rn. 59 ff.

2038 *BSG,* Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 7/10 R, juris-Rn. 76 (Parallelentscheidung: *BSG*, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 13/10 R, juris-Rn. 65); *BSG,* Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 10/10 R, juris-Rn. 73.

2039 G. II. 3. b. aa. und G. II. 3. b. bb.

2040 *BSG,* Urteil vom 16.06.1999 – B 1 KR 4/98 R, juris, siehe: G. II. 3. b. aa.

2041 *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 454.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

in dieser Arbeit vertretenen Prämissen werden diese Art der generellen Tatsachen jedoch zur Subsumtion festgestellt[2042].

c. Gesetzliche Unfallversicherung

aa. Wandlung in der Rechtsprechung hinsichtlich der Feststellungsbefugnis

Im für Streitigkeiten aus der gesetzlichen Unfallversicherung zuständigen 2. Senat des *BSG* wurde in der Vergangenheit noch die Rechtsansicht vertreten, dass das *BSG* gemäß § 163 SGG daran gehindert sei, Feststellungen der Vorinstanz zum aktuellen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse einer inhaltlichen Prüfung zu unterziehen, diese selbst zu treffen und damit die Feststellungen des vorentscheidenden *Landessozialgerichts* zu ergänzen und/oder zu ersetzen.[2043] Diese Ansicht gab der Senat mit seinen beiden Urteilen vom 27.06.2006[2044] auf. So seien wissenschaftliche Erkenntnisse zu den Möglichkeiten der Krankheitsverursachung durch schädigende Einwirkungen am Arbeitsplatz keine Tatsachen des Einzelfalls, sondern generelle Tatsachen, die für alle einschlägigen Berufskrankheitenfälle gleichermaßen von Bedeutung seien. In diesem Zusammenhang verwendet das *BSG* den

2042 Insbesondere: F. IV. 2. b. bb. und G. II. 3. b. aa. (2).

2043 *BSG,* Urteil vom 02.05.2001 – B 2 U 16/00 R, juris-Rn. 23 (mit Verweis auf *BSG,* Urteil vom 07.08.1975 – 10 RV 313/74, juris-Rn. 19 ff.) und 28 f. (mit Verweis auf *BSG,* Urteil vom 18.11.1997 – 2 RU 48/96, juris-Rn. 18); *BSG,* Urteil vom 18.03.2003 – B 2 U 13/02 R, juris-Rn. 19; *Humpert,* in: Jansen, SGG, § 128 Rn. 13; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 163 Rn. 6.

2044 Grundlegend: *BSG,* Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 5/05 R, juris-Rn. 18 f. und *BSG,* Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 20/04 R, juris-Rn. 23 f. m.w.N.; zu den dazugehörigen Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz, welche sich auf einen veralteten medizinwissenschaftlichen Erkenntnisstand beziehen: *LSG Hessen,* Urteil vom 26.11.2004 – L 11 U 820/02, juris-Rn. 25 (nachgehend: *BSG,* Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 5/05 R, juris-Rn. 18) und *LSG Saarland,* Urteil vom 10.09.2003 – L 2 U 54/02, juris-Rn. 46 ff. (nachgehend: *BSG,* Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 20/04 R, juris-Rn. 22); insbesondere sich an diese Änderung in der Rechtsprechung des 2. Senats anschließend: *BSG,* Urteil vom 16.03.2021 – B 2 U 11/19 R, juris-Rn. 33 m.w.N.; *BSG*, Urteil vom 30.03.2017 – B 2 U 6/15 R, juris-Rn. 18; *BSG*, Urteil vom 23.04.2015 – B 2 U 10/14 R, juris-Rn. 20 und 26 (mit gewissen Einschränkungen, siehe: Leitsatz und Rn. 27 und 29, kritisch dazu: *Hauck*, in: Hennig, SGG, Band 3, 12/2018, § 163 Rn. 88); *BSG,* Urteil vom 17.12.2015 – B 2 U 11/14 R, juris-Rn. 17 und 29; *BSG,* Urteil vom 23.04.2015 – B 2 U 6/13 R, juris-Rn. 20; *BSG,* Urteil vom 17.12.2013 – B 2 U 131/18 B, juris-Rn. 7; *BSG*, Urteil vom 02.04.2009 – B 2 U 9/08 R, juris-Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Begriff der Rechtstatsache[2045], welche für die Auslegung bzw. Bestimmung des Inhalts einer Rechtsnorm, konkret einzelner in der Anlage 1 zur BKV genannter Berufskrankheiten, benötigt werde[2046]. Die Feststellung dieser generellen Tatsachen sei der in § 163 SGG geregelten Bindung an die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz entzogen. Die generellen Tatsachen könnten anhand des aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstands auf ihre Aktualität, Richtigkeit und Vollständigkeit, auch unter Rückgriff auf sachverständigen Rat, überprüft werden.[2047] Das *BSG* trat in den beiden genannten Urteilen vom 27.06.2006 auch in die Beweiserhebung ein, indem es ein Merkblatt zu der betreffenden Berufskrankheit[2048] sowie eine epidemiologische Studie zu dem Zusammenhang zwischen bestimmten Einwirkungen auf den Köper und einer dadurch hervorgerufenen Erkrankung[2049] ermittelte. Eine vollumfängliche Wandlung in der Rechtsansicht des 2. Senats durch die beiden Urteile vom 27.06.2006 ist damit aber nicht erfolgt. So verwendete der Senat den Begriff der Rechtstatsache bereits vor 2006 in einem Beschluss und bejahte in diesem Zusammenhang auch eine Feststellungsbefugnis des *BSG*. So könne das *BSG* wahlweise selbst Ermittlungen durchführen oder den Rechtsstreit an das Tatsachengericht zurückverweisen und diesem Ermittlungen übertragen[2050]. Der Unterschied zu der neuen bzw. aktuellen Rechtsprechung ist, dass das *BSG* bei der Prüfung der betreffenden Nichtzulassungsbeschwerde[2051] keine Anhaltspunkte dafür sah, dass es in einem möglichen Revisionsverfahren die generellen Tatsa-

2045 In Bezug auf diesen Begriff wird auf die obigen Ausführungen unter F. III. 1. verwiesen.

2046 Siehe dazu bereits: F. II. 3. g.

2047 *Hauck*, in: Zeihe, SGG, 08/2017, § 163 Rn. 4 dd); *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 163 Rn. 6 f.; *Heinz,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 21; *Humpert,* in: Jansen, SGG, § 128 Rn. 13; *Spellbrink/Karmanski*, SGb 2021, S. 543, 546.

2048 *BSG,* Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 5/05 R, juris-Rn. 18; anzumerken ist, dass diese Merkblätter sowie die bereits oben genannten Quellen (F. II. 3. g.) keine antizipierten Sachverständigengutachten darstellen und demnach für den Rechtsanwender auch nicht verbindlich sind (*Bieresborn*, SGb 2016, S. 310, 314 f.; *Bieresborn*, SGb 2016, S. 379, 382; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 11b; *Humpert,* in: Jansen, SGG, § 128 Rn. 13); weiterhin in Bezug auf Merkblätter: *BSG*, Urteil vom 20.03.2018 – B 2 U 5/16 R, juris-Rn. 17 m.w.N. und *BSG,* Urteil vom 17.12.2015 – B 2 U 11/14 R, juris-Rn. 16; in Bezug auf Konsensempfehlungen: *BSG*, Urteil vom 23.04.2015 – B 2 U 10/14 R, juris-Rn. 23.

2049 *BSG,* Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 20/04 R, juris-Rn. 22.

2050 *BSG,* Beschluss vom 15.06.2004 – B 2 U 71/04 B, juris-Rn. 3 f. (mit Verweis auf *BSG*, Urteil vom 25.10.1994 – 3 RK 16/94, juris).

2051 *BSG,* Beschluss vom 15.06.2004 – B 2 U 71/04 B, juris.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chenfeststellungen der Vorinstanz[2052] korrigieren oder ersetzten müsste. Im Folgenden wird die Feststellung genereller Tatsachen im 2. Senat des *BSG* zunächst anhand der Tatbestandsmerkmale der Anlage 1 zur BKV (bb.) und sodann anhand von § 9 Abs. 2 SGB VII (cc.) aufgezeigt.

bb. Tatbestandsmerkmale der Anlage 1 zur BKV

(1) Auslegung von Tatbestandsmerkmalen einzelner Berufskrankheiten der Anlage 1 zur BKV

Die in der Anlage 1 zur BKV zu einer bestimmten Berufskrankheit geforderten Voraussetzungen hinsichtlich eines Zusammenhangs zwischen schädlichen Einwirkungen und einer Erkrankung werden mit Hilfe von generellen Tatsachen bestimmt.[2053] So kann ein genereller Kausalzusammenhang zwischen einer schädigenden Einwirkung und einer Erkrankung erst ab einer bestimmten Einwirkungsdosis bestehen, welcher mit Hilfe von generellen Tatsachen, also anhand des aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstands, belegt werden kann.[2054]

(2) Subsumtion des Lebenssachverhalts unter Tatbestandsmerkmale einzelner Berufskrankheiten der Anlage 1 zur BKV

In der „neuen" Rechtsprechung des 2. Senats sind außerdem Hinweise zu finden, welche die zwei weiter oben aufgestellten Thesen untermauern. Damit ist zum einen die These gemeint, dass die Subsumtion zur Rechtsanwendung gehört[2055] und zum anderen, dass die Subsumtion von generellen Tatsachen ebenfalls zum Rechtsanwendungsakt und demnach zur Rechtsfrage gehört[2056]. So führt das *BSG* aus, dass dieses dazu berechtigt sei, die richtige Zuordnung des ermittelten Sachverhalts durch das

2052 Konkret ging es um allgemein anerkannte medizinische Erkenntnisse zu der Verursachung einer Krankheit durch schädliche berufsbedingte Einwirkungen (*LSG Hessen,* Urteil vom 31.10.2003 – L 11/3 U 740/02 ZVW, juris-Rn. 23 ff.).

2053 *BSG,* Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 5/05 R, juris-Rn. 16.

2054 So z.B. in Bezug auf die Tagesdosis der Ganzkörperschwingungen als Ursache einer bandscheibenbedingten Erkrankung: *BSG,* Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 20/04 R, juris-Rn. 18 und 22.

2055 C. II. 1. a. bb. (2) (ii) und C. III. 2. c.

2056 F. IV. 2. b. cc.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Tatsachengericht unter den einschlägigen generellen Erkenntnisstand zu überprüfen[2057]. Hierbei handelt es sich um die Nachprüfung der vom *LSG* vorgenommenen Subsumtion, also der Unterordnung des konkreten Lebenssachverhalts unter eine mittels des aktuellen medizinischen Erkenntnisstands ausgelegte Rechtsnorm, in diesem Fall der BKV. Subsumiert werden in diesem Fall keine generellen Tatsachen, sondern Einzeltatsachen.

cc. „Wie-Berufskrankheit" gemäß § 9 Abs. 2 SGB VII

Hinsichtlich einer eigenständigen Beweiserhebung mittels der Einholung eines Sachverständigengutachtens durch das *BSG* zur Feststellung genereller Tatsachen ist auf ein Verfahren vom 22.06.2023 hinzuweisen. In diesem Revisionsverfahren war zu prüfen, ob eine nicht in der Berufskrankheitenliste der BKV genannte posttraumatische Belastungsstörung gemäß § 9 Abs. 2 SGB VII eine Wie-Berufskrankheit darstellt und damit als Versicherungsfall anzuerkennen ist. Dazu fordern § 9 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 SGB VII neben weiteren Voraussetzungen, dass eine bestimmte Personengruppe durch ihre Tätigkeit in erheblich höherem Grade als die übrige Bevölkerung besonderen Einwirkungen ausgesetzt ist, welche nach neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen der Medizin abstrakt-generell geeignet sind, eine bestimmte Erkrankung zu verursachen.[2058]

(1) Auslegung von § 9 Abs. 2 SGB VII

Die normative Auslegung von § 9 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 SGB VII nach Wortlaut sowie Sinn und Zweck durch das *BSG* ergab, dass es für die Anerkennung einer Wie-Berufskrankheit nicht darauf ankomme, dass eine Erkrankung innerhalb einer bestimmten Personengruppe im Vergleich zur übrigen Bevölkerung häufiger vorkomme. Ausreichend sei lediglich der Nachweis eines erhöhten Einwirkungsgrads (generelles Gefährdungspoten-

2057 *BSG*, Urteil vom 06.09.2018 – B 2 U 10/17 R, juris-Rn. 27; *BSG*, Urteil vom 23.04.2015 – B 2 U 10/14 R, juris-Rn. 23; kritisch dazu: *Giesbert*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 128 Rn. 68.

2058 *BSG*, Urteil vom 22.06.2023 – B 2 U 11/20 R, juris-Rn. 11-14 und 26.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tial). Ergänzend bezog das *BSG* Fachliteratur[2059] in die Auslegung mit ein.[2060]

(2) Subsumtion unter § 9 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 SGB VII

Die so konkretisierte Rechtsnorm des § 9 Abs. 2, Abs. 1 S. 2 SGB VII wurde sodann durch die Subsumtion genereller Tatsachen verwirklicht. So stellte der Sachverständige in seinem Gutachten, welches vom *BSG* in Auftrag gegeben wurde[2061], zum einen generell fest, dass die Berufsgruppe der Rettungssanitäter in einem erhöhten Umfang bestimmten traumatischen Ereignissen ausgesetzt seien.[2062] Hierbei wurde vom *BSG* ergänzend auf Literatur[2063] verwiesen.[2064] Zum anderen wurde festgestellt, dass die schädigenden Ereignisse abstrakt-generell geeignet seien, das Erkranken an einer posttraumatischen Belastungsstörung zu verursachen. Dieser naturwissenschaftlich-medizinische, abstrakt-generelle Ursachenzusammenhang ergebe sich insbesondere aus den Diagnosewerken der ICD und bestimmten Leitlinien der *AWMF*[2065], welche den aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstand repräsentierten.[2066]

(3) Einordnung

Das *BSG* ergänzte in dem vorliegenden Fall mit einer eigenen Beweiserhebung die generellen Feststellungen des vorentscheidenden *Landessozialgerichts*, dass keine gesicherten neuen medizinischen Erkenntnisse vorlägen, welche ein deutlich erhöhtes Risiko bei Rettungssanitätern belegten, eine beruflich verursachte posttraumatische Belastungsstörung zu entwickeln. Zudem stellte das Tatsachengericht fest, dass wissenschaftlich nicht belegt werden könne, dass die wiederkehrende Konfrontation der Rettungssani-

2059 Beispielsweise: *Kranig*, Reform des deutschen Berufskrankheitenrechts – von Europa lernen?, in: Devetzi/Janda, FS Eichenhofer, S. 359, 380.
2060 *BSG*, Urteil vom 22.06.2023 – B 2 U 11/20 R, juris-Rn. 28 ff.
2061 *A.a.O.,* Rn. 5 und 15.
2062 *A.a.O.,* Rn. 5 und 21 ff.
2063 *Molkentin*, SGb 2019, S. 200, 205 und *Pitz/Strametz*, SGb 2021, S. 405, 411.
2064 *BSG*, Urteil vom 22.06.2023 – B 2 U 11/20 R, juris-Rn. 21.
2065 Zu beachten ist, dass die Leitlinien der *AWMF* keine antizipierten Sachverständigengutachten darstellen (*Bieresborn*, SGb 2016, S. 310, 314 f.) und im Gegensatz zu den Richtlinien des *G-BA* nicht verbindlich sind (*Kruse,* MedSach 2010, S. 74, 77).
2066 *BSG*, Urteil vom 22.06.2023 – B 2 U 11/20 R, juris-Rn. 25 und 32 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

täter mit traumatischen Ereignissen, welchen andere Personen ausgesetzt seien, generell geeignet sei, eine solche Erkrankung zu verursachen.[2067] Die in diesem Zusammenhang zudem unter § 9 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 SGB VII zu subsumierenden Einzeltatsachen, wie z.B. die Feststellung, dass die versicherte Person an einer posttraumatischen Belastungsstörung leidet und die konkreten traumatisierenden Ereignisse, welchen diese ausgesetzt ist, sind nicht vom *BSG* feststellbar. Diese Einzeltatsachen sind für die rechtliche Beurteilung der haftungsbegründenden Kausalität im Einzelfall erforderlich, welche von der rechtlichen Beurteilung der generellen haftungsbegründenden Kausalität[2068] zu trennen und ebenfalls zu prüfen ist.[2069] Hier und auch bereits bei der Darstellung der Entscheidung des *Großen Senats* wird deutlich, dass festgestellte generelle Tatsachen die Subsumtion von Einzeltatsachen ergänzen bzw. unterstützen und daneben subsumiert werden können.[2070]

dd. Zwischenergebnis

Anhand der Rechtsprechung des 2. Senat kann sehr gut aufgezeigt werden, wie ein umfassender Begründungsprozess (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG)[2071] bei der Feststellung genereller Tatsachen sowie deren Einbezug in die Rechtsanwendung aussehen kann. So wird vom Gericht darauf hingewiesen, wenn *es* generelle Tatsachen feststellt. Außerdem ist für den Leser sehr gut ersichtlich, in welchem konkreten Normbezug die generellen Tatsachen stehen und was die Erkenntnisgrundlage der generellen Tatsachen ist.

2067 *LSG Baden-Württemberg*, Urteil vom 13.12.2019 – L 8 U 4271/18, juris-Rn. 28.
2068 F. II. 3. g.
2069 *BSG*, Urteil vom 22.06.2023 – B 2 U 11/20 R, juris-Rn. 35 und 42 (vorgehend: *LSG Baden-Württemberg*, Urteil vom 13.12.2019 – L 8 U 4271/18, juris-Rn. 2); *BSG*, Urteil vom 27.04.2010 – B 2 U 13/09 R, juris-Rn. 29.
2070 G. II. 3. a. cc.
2071 F. VII. 2. b.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d. Spezielle Gebiete der gesetzlichen Krankenversicherung

Auch im 3. Senat des *BSG* spielt die Feststellung genereller Tatsachen auch mit eigener Beweiserhebung[2072] eine Rolle.[2073] In Bezug auf die Frage, ob Behandlungsmethoden oder Hilfsmittel dem allgemein anerkannten Stand medizinischer Erkenntnisse entsprechen, sind durchaus unterschiedliche Herangehensweise zu beobachten. So behandelte das Gericht in seiner älteren Rechtsprechung die Frage, ob eine Behandlungsmethode dem medizinischen Standard entspricht, noch als vom *LSG* zu ermittelnde Einzeltatsache[2074]. In seinem Urteil vom 12.08.2009 verwertete das *BSG* ein vom vorentscheidenden *LSG* in Auftrag gegebenes Gutachten zu der Wirksamkeit einer bestimmten Behandlungsmethode dann als generelle Tatsache und stellte fest, dass Studien dazu nicht vorlägen[2075]. Generelle Tatsachen sind daneben auch in Bezug auf die vom *BSG* feststellbare Studienlage hinsichtlich eines Zusammenhangs zwischen Behandlungsmenge und Behandlungsqualität bei der Versorgung mit Knieendoprothesen (Kniegelenk-TEP) von Bedeutung[2076]. Weiterhin kann im Zusammenhang mit der Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* auf das im Hilfsmittelrecht bedeutsame Grundbedürfnis einer behinderten Person auf Bewegung im Nahbereich der Wohnung und das damit verknüpfte generelle Mobilitäts- und Bewegungsverhalten der Bevölkerung verwiesen werden. Generelle Erkenntnisse zum Mobilitäts- und Bewegungsverhalten in der deutschen Bevölkerung[2077] kann das *BSG* selbst erheben und Tatsachen hierzu selbst feststellen[2078].

2072 Beispielsweise in Bezug auf die Anhörung von Sachverständigen: *BSG,* Urteil vom 23.06.1993 – 9/9a RVs 1/91, juris-Rn. 19.
2073 *Giesbert,* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 128 Rn. 68.
2074 *BSG,* Urteil vom 19.11.1997 – 3 RK 6/96, juris-Rn. 19.
2075 *BSG,* Urteil vom 12.08.2009 – B 3 KR 10/07 R, juris-Rn. 27.
2076 *BSG*, Urteil vom 12.09.2012 – B 3 KR 10/12 R, juris-Rn. 55 ff.
2077 Beispielsweise: *BMDV*, Mobilität in Deutschland – MiD, S. 7 ff. und 15.
2078 *BSG,* Urteil vom 18.04.2024 – B 3 KR 13/22 R, juris-Rn. 19, Rn. 22 und 29.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa. Rechtsbegriff der „Erforderlichkeit" i.S.v. § 33 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V

(1) Auslegung von § 33 Abs. 1 S. 1 SGB V und Subsumtion unter § 33 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V

In einem weiteren Urteil des 3. Senats des *BSG* ging es u.a. um die Prüfung der „Erforderlichkeit" eines Hilfsmittels (antiallergene Matratzenspannbezüge) i.S.v. § 33 Abs. 1 S. 1 SGB V.[2079] Die Auslegung des *BSG*, auch unter Rückgriff auf Gesetzeskommentare, ergab, dass sich die objektive Erforderlichkeit eines Hilfsmittels nach dem allgemein anerkannten Stand medizinischer Erkenntnisse (§ 2 Abs. 1 S. 3 SGB V) beurteilt. Festzustellen ist also eine generelle Mehrheitsmeinung einschlägiger Fachleute, welche den Hilfsmitteleinsatz bei der Behandlung der entsprechenden Erkrankung befürworten[2080], welche dann unter den Rechtsbegriff der Erforderlichkeit i.S.v. § 33 Abs. 1 S. 1 SGB V subsumiert wird. Die davon abzugrenzenden Einzeltatsachen beziehen sich dann z.B. auf Feststellungen zur konkreten Krankheitssituation, zum Einfluss dieses Hilfsmittels auf die Erkrankung, die Symptome und den Medikamentenverbrauch der einzelnen Person (subjektive Erforderlichkeit)[2081].

(2) Einordnung

Das *BSG* hätte in dem vorliegenden Fall die von der Vorinstanz nicht ausreichend festgestellten Tatsachen zum allgemein anerkannten medizinischen Erkenntnisstand zur objektiven Erforderlichkeit des betreffenden Hilfsmittels[2082] im Rahmen der Feststellung von generellen Tatsachen ergänzen können. Hinsichtlich der festzustellenden konkret-individuellen Tatsachen hätte das *BSG* den Streit an das *LSG* zurückverweisen können.

2079 *BSG,* Urteil vom 15.03.2012 – B 3 KR 2/11 R, juris-Rn. 18 ff.; zum vom *BSG* in diesem Zusammenhang verwendeten Begriff der Rechtstatsache (Rn. 23): F. III. 1.

2080 *BSG,* Urteil vom 15.03.2012 – B 3 KR 2/11 R, juris-Rn. 21; siehe ebenso oben: G. II. 3. b. aa. (2).

2081 *BSG,* Urteil vom 15.03.2012 – B 3 KR 2/11 R, juris-Rn. 31 f.

2082 Laut *BSG* reiche die vom *LSG* herabgezogene Fachliteratur und der eingeholte ärztliche Befundbericht nicht aus, um den allgemein anerkannten medizinischen Erkenntnisstand zur objektiven Erforderlichkeit bzw. eine Mehrheitsmeinung zu rechtfertigen (*a.a.O.,* Rn. 22); siehe dazu: *LSG Sachsen-Anhalt,* Urteil vom 07.10.2010 – L 10 KR 17/06, juris-Rn. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das *BSG* unterließ dies jedoch und verwies den Fall gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG an die Vorinstanz zurück, diese habe neben Einzeltatsachen auch generelle Tatsachen festzustellen[2083]. Weiterhin nicht nachvollziehbar ist, dass das *BSG* neben dem Begriff der generellen Tatsache, denjenigen der Rechtstatsache verwendet und ausführt, es handele sich um Rechtstatsachen, die für die Auslegung, also die Bestimmung des Inhalts einer Rechtsnorm benötigt würden[2084]. Wie gezeigt wurde, werden die betreffenden generellen Tatsachen unter § 33 Abs. 1 S. 1 SGB V subsumiert[2085]. Diese Kritik wurde vom Autor bereits im Krankenversicherungsrecht geäußert[2086].

bb. Rechtsbegriff der „Barrierefreiheit" gemäß § 4 Behindertengleichstellungsgesetz (BGG)

(1) „Barrierefreiheit" als generelle Tatsache

Im weiteren Verlauf wird auf ein Urteil des *BSG* eingegangen, in welchem es vordergründig um die Hilfsmittelversorgung eines Rollstuhlfahrers mit einer Treppensteighilfe gemäß § 33 Abs. 1 SGB V ging.[2087] Konkret wird auf den in dieser Entscheidung thematisierten Aspekt der Barrierefreiheit von Gebäuden Bezug genommen. So stellte das *BSG* in der genannten Entscheidung die generelle Tatsache fest, dass die Barrierefreiheit öffentlicher und vieler ziviler Bauten in Deutschland zwar noch nicht vollständig hergestellt, aber fortschreitend sei. Zu dieser These gelangte das *BSG*, indem es einerseits ausführte, dass öffentliche und private Gebäude mit Publikumsverkehr, also z.B. Behörden, Supermärkte, Kliniken, Apotheken oder Arztpraxen, in aller Regel, also generell einen ebenerdigen Zugang hätten und dass bei Gebäuden mit mehreren Geschossen ein Fahrstuhl vorhanden sei. Andererseits existierten insbesondere §§ 4 und 8 Behinder-

2083 *BSG,* Urteil vom 15.03.2012 – B 3 KR 2/11 R, juris-Rn. 9 und 31; ebenso kritisch, jedoch die Möglichkeit einer praktischen Trennung zwischen generellen Tatsachen und Einzeltatsachen ablehnend: *Rixen,* SGb 2013, S. 140, 145; zu der Subsumtion von Einzeltatsachen, zusammen mit generellen Tatsachen bereits: G. II. 3. a. cc. und G. II. 3. c. cc. (3).

2084 *BSG,* Urteil vom 15.03.2012 – B 3 KR 2/11 R, juris-Rn. 23.

2085 G. II. 3. d. aa. (1).

2086 G. II. 3. b. cc.

2087 *BSG,* Urteil vom 07.10.2010 – B 3 KR 13/09 R, juris-Rn. 1 und 13.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tengleichstellungsgesetz (BGG[2088]), woraus gefolgert werden könne, dass nur bei vor Erlass dieser Regelungen errichteten privaten Gebäuden ohne Publikumsverkehr, also z.B. Wohngebäuden, gelegentlich noch keine Barrierefreiheit vorhanden sei. In der Folge lehnte das *BSG* u.a. deshalb einen Anspruch auf Übernahme der Kosten des betreffenden Hilfsmittels durch die Krankenkasse ab.[2089]

(2) Einordnung

Die dargestellten generellen Tatsachen wurden vom *BSG* ohne Angabe einer Erkenntnisgrundlage festgestellt (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG). Zudem wurde vom *BSG* aus einem „Sollen" (§§ 4, 8 BGG) auf ein „Sein" geschlossen[2090]. Korrekt ist, dass Barrierefreiheit einerseits normativ bestimmt werden kann (Rechtsfrage). Andererseits muss jedoch auch erforscht werden, ob ein Gebäude tatsächlich barrierefrei ist. Hierfür sind wiederum auf der einen Seite die spezielle Situation des behinderten Menschen, auf der anderen Seite aber auch externer technischer Sachverstand in der Form von z.B. DIN-Normen[2091] (generelle Tatsachen) entscheidend[2092]. Wie die Evaluation des novellierten BGG im Jahr 2022 u.a. gezeigt hat, ist ein solcher, wünschenswerter Zustand zumindest in Bezug auf öffentliche Gebäude auch in neuerer Zeit noch nicht Realität geworden[2093].

2088 Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen vom 27.04.2002 (BGBl. I, S. 1467, 1468), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes vom 23.05.2022 (BGBl. I, S. 760).

2089 *BSG,* Urteil vom 07.10.2010 – B 3 KR 13/09 R, juris-Rn. 34.

2090 Dazu ebenso: *Welti*, Fachbeitrag D8-2016, S. 5.

2091 Siehe zu diesen Regelwerken bereits im Verwaltungsrecht: G. II. 2. c.

2092 Zu der Frage, inwieweit Barrierefreiheit gemäß § 4 BGG Tatbestandsmerkmale enthält, welche einerseits normativ und anderseits mit technischem Sachverstand überprüft werden können: *Welti*, Diskussionsbeitrag Nr. 18/2013, S. 1 ff.

2093 BT-Drs. 20/4440, S. 266 und 357 (Bericht der Bundesregierung über die Wirkungen der Novellierung des Gesetzes zur Weiterentwicklung des Behindertengleichstellungsrechts); ebenso verfügbar in: *BMAS*, Forschungsbericht zur Evaluierung des novellierten Behindertengleichstellungsgesetzes (BGG), S. 258 und 349.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

e. Gesetzliche Rentenversicherung

Im Rentenversicherungsrecht sind generelle Tatsachen insbesondere im Zusammenhang mit (rechts-)historischen Begebenheiten interessant.[2094] Dazu passend ging es in dem nachfolgend zu analysierenden Revisionsverfahren[2095] um die Frage, ob Verpflegungsgeld, welches an Mitarbeiter der Zollverwaltung der DDR gezahlt wurde, als Arbeitsentgelt i.S.v. § 6 Abs. 1 S. 1 Anspruchs- und Anwartschaftsüberführungsgesetz (AAÜG[2096]) i.V.m. § 14 SGB IV[2097] einzustufen ist.[2098] Bei dieser Frage ist die Beurteilung des Zwecks einer staatlich gewährten Zahlung (Verpflegungsgeld) anhand des dafür maßgeblichen und damals geltenden „DDR-Rechts" in der Form der sogenannten Besoldungs- und Verpflegungsordnungen der DDR[2099] erforderlich.[2100] Darauf gilt es nachfolgend näher einzugehen (aa. bis cc.).

aa. Ehemaliges Recht der DDR als generelle Tatsachen

Laut dem für die gesetzliche Rentenversicherung zuständigen 5. Senat des *BSG* lasse sich die weiter oben dargestellte Frage[2101] nur unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten der DDR beantworten, zu welchen die Besoldungs- und Verpflegungsordnungen der Zollverwaltung der DDR

2094 Siehe dazu bereits oben: F. IV. 1. b.

2095 *BSG,* Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris.

2096 Gesetz zur Überführung der Ansprüche und Anwartschaften aus Zusatz- und Sonderversorgungssystemen des Beitrittsgebiets vom 25.07.1991 (BGBl. I, S. 1606, 1677), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 06.10.2020 (BGBl. I, S. 2072).

2097 Viertes Buch Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung – in der Fassung der Bekanntmachung vom 12.11.2009 (BGBl. I, S. 3710, 3973; BGBl. 2011 I, S. 363), zuletzt geändert durch Art. 62 des Gesetzes vom 23.10.2024 (BGBl. I, Nr. 323).

2098 *Dankelmann*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB VI, 21.03.2025, § 256a Rn. 99; *Lau,* jurisPR-SozR 2/2020, Anm. 4.

2099 Die Besoldungs- und Verpflegungsordnungen werden über Nr. 3 der Anlage 2 zum AAÜG als Sonderversorgung der Angehörigen der Zollverwaltung der DDR eingestuft.

2100 *LSG Sachsen,* Urteil vom 08.09.2022 – L 7 R 773/19 ZV, juris-Rn. 198; *LSG Berlin-Brandenburg,* Urteil vom 15.03.2018 – L 3 R 209/16 WA, juris-Rn. 43 ff.; *LSG Berlin-Brandenburg,* Urteil vom 25.02.2016 – L 22 R 731/12, juris-Rn. 51 ff. und 136 ff.

2101 G. II. 3. e.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gehörten. Diese seien als generelle Tatsachen einzustufen.[2102] Das *BSG* konstatierte, dass die Besoldungs- und Verpflegungsordnungen als „faktischer Bestandteil der damaligen "Normalität"“ die damals vorherrschende Verwaltungs- und Lebenspraxis widerspiegelten. Diese Bestimmungen trügen zur Tatsachenfeststellung bei und mit ihrer Hilfe könne deshalb im Rahmen der Beweiswürdigung auf Tatsachen, faktische Abläufe und übliche Verhaltensweisen der damaligen Zeit geschlossen werden.[2103] Widersprüchlich ist deshalb, dass die Besoldungs- und Verpflegungsordnungen der DDR vom *BSG* sodann wie Rechtsnormen nach objektiven Auslegungskriterien, insbesondere unter Beachtung ihres Wortlauts, ausgelegt wurden.[2104] Tatsächliche Abläufe und Verhaltensweisen in der Form von generellen Tatsachen sind nicht wie Rechtsnormen auszulegen, sondern zu würdigen[2105] und entweder für die Rechtsauslegung oder die Subsumtion im engeren Sinne festzustellen[2106]. Die davon abzugrenzenden Einzeltatsachen beziehen sich z.B. darauf, ob die betreffende Person tatsächlich Mitarbeiter der Zollverwaltung der DDR war oder welche Bezüge tatsächliche gezahlt wurden[2107]. Im nächsten Abschnitt wird darauf eingegangen, wie diese generellen Tatsachen vom *BSG* in die Rechtsanwendung einbezogen wurden (bb.).

2102 *BSG,* Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 13 f., Rn. 17 und 32; Anschlussrechtsprechung: *BSG,* Urteil vom 09.12.2020 – B 5 RS 3/20 R, juris-Rn. 13 und *BSG,* Urteil vom 09.12.2020 – B 5 RS 1/20 R, juris-Rn. 13; ebenso: *BSG,* Beschluss vom 16.01.2020 – B 5 RS 7/19 B, juris-Rn. 7; zur alten Rechtsprechung des Senats, in welcher dieser die Besoldungs- und Verpflegungsordnungen noch als das *BSG* bindende „Anknüpfungstatsachen“ bezifferte, z.B.: *BSG*, Urteil vom 18.10.2007 – B 4 RS 28/07 R, juris-Rn. 18 ff., *BSG*, Beschluss vom 18.01.2017 – B 5 RS 44/16 B, juris-Rn. 10, *BSG*, Urteil vom 30.10.2014 – B 5 RS 1/13 R, juris-Rn. 16 (Parallelentscheidung: *BSG*, Urteil vom 30.10.2014 – B 5 RS 3/14 R, juris-Rn. 17) oder *BSG*, Urteil vom 30.10.2014 – B 5 RS 2/14 R, juris-Rn. 16; ebenso zu dem Begriff der „Anknüpfungstatsachen“: *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 118 Rn. 11l m.w.N. oder *Rudisile/Ulrich,* in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 01/2024, § 98 Rn. 129 m.w.N.

2103 *BSG,* Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 17; *BSG,* Urteil vom 09.12.2020 – B 5 RS 3/20 R, juris-Rn. 42.

2104 *BSG,* Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 32.

2105 Siehe: C. II. 1. b. aa.

2106 F. IV. 2. b.

2107 *LSG Berlin-Brandenburg,* Urteil vom 15.03.2018 – L 3 R 209/16 WA, juris-Rn. 2 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Rechtsanwendung von § 6 Abs. 1 S. 1 AAÜG i.V.m. § 14 SGB IV

Zunächst wurde der Begriff des Arbeitsentgelts unter Heranziehung von § 14 SGB IV und § 1 der Verordnung über die Bestimmung des Arbeitsentgelts in der Sozialversicherung (Arbeitsentgeltverordnung – ArEV[2108]) ausgelegt. § 14 SGB IV definiert, was unter Arbeitsentgelt zu verstehen ist. § 1 ArEV a.F. normierte, dass einmalige Einnahmen, laufende Zulagen, Zuschläge, Zuschüsse sowie ähnliche Einnahmen, die *zusätzlich* (Hervorhebung durch den Verfasser) zu Löhnen oder Gehältern gewährt werden, nicht dem Arbeitsentgelt zuzurechnen sind, soweit sie *lohnsteuerfrei* (Hervorhebung durch den Verfasser) sind.[2109] Unter Auswertung der Besoldungs- und Verpflegungsordnungen kam das *BSG* zu dem Ergebnis, dass das Verpflegungsgeld nicht zu der Besoldung gehöre und als laufende Einnahmen *zusätzlich* zu Löhnen oder Gehältern gezahlt worden sei.[2110] Um zu prüfen, ob das Verpflegungsgeld auch lohnsteuerfrei war bzw. welche Einkünfte der Besteuerung unterlagen, wurde ehemals geltendes Steuerrecht[2111] unter Bezugnahme auf höchstrichterliche finanzgerichtliche Rechtsprechung ausgelegt. Die Auslegung ergab, dass die im Rahmen einer betriebsfunktionalen Zielsetzung erfolgten Zahlungen keinen Arbeitslohn darstellten.[2112] Anhand der Besoldungs- und Verpflegungsordnungen wurde dann generell festgestellt, dass das Verpflegungsgeld als betriebliche Maßnahme mit dem übergeordneten Zweck der Funktionsfähigkeit und der Erfüllung der Aufgaben der Zollverwaltung ohne Entlohnungsabsicht gezahlt wurde. Dafür spreche auch, dass den Besoldungs- und Verpflegungsordnungen ernährungswissenschaftliche und medizinische Erkenntnisse für eine optimale Versorgung der Mitarbeiter der Zollverwaltung mit Verpflegung zugrunde lägen. Um diese generellen Tatsachenfeststellung zu erhärten, griff das *BSG* zudem auf weitere generelle Tatsachen in der

2108 Verordnung über die Bestimmung des Arbeitsentgelts in der Sozialversicherung in der Fassung der Bekanntmachung vom 18.12.1984 (BGBl. I, S. 1642, 1644), geändert durch Art. 9 des Gesetzes vom 29.06.2006 (BGBl. I, S. 1402), aufgehoben durch Art. 4 der Verordnung vom 21.12.2006 (BGBl. I, S. 3385).

2109 *BSG,* Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 30 f. und 34.

2110 *A.a.O.,* Rn. 35-39.

2111 Maßgeblich war das am 01.08.1991 geltende Steuerrecht. Zu diesem Zeitpunkt trat das AAÜG in Kraft.

2112 *BSG,* Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 31 und 40 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Form eines Fachlexikons[2113] zurück.[2114] Die genannten generellen Tatsachen wurden also unter das maßgebliche Steuerrecht subsumiert, um daraus zu schließen, dass das Verpflegungsgeld keinen Arbeitslohn darstellt und demnach *lohnsteuerfrei* gezahlt wurde. Verpflegungsgeld stellt somit kein Arbeitsentgelt i.S.v. § 6 Abs. 1 S. 1 AAÜG i.V.m. § 14 SGB IV und § 1 ArEV a.F. dar[2115].

cc. Einordnung

Grundsätzlich ging es in dem dargestellten Revisionsverfahren vom 27.06.2019 um die Prüfung von § 6 Abs. 1 S. 1 AAÜG. Hierfür wurden die Besoldungs- und Verpflegungsordnungen der DDR als generelle Tatsachen in die Rechtsanwendung einbezogen.[2116] Durch die Qualifizierung der Besoldungs- und Verpflegungsordnungen als generelle Tatsachen durch das *BSG* und der daraus folgenden fehlenden Bindungswirkung gemäß § 163 SGG sowie eigenständigen Ermittlungsbefugnis kann das Revisionsgericht in Zukunft verhindern, dass die Frage, ob Verpflegungsgeld als Arbeitsentgelt einzuordnen ist, von den jeweiligen *Landessozialgerichten* unterschiedlich beantwortet wird.[2117] In diesem Zusammenhang führte das *BSG* aus, dass die von den *Landessozialgerichten* aus den Besoldungs- und Verpflegungsordnungen abgeleitete Zweckbestimmung in Zukunft mit der Sachrüge als falsche Rechtsanwendung von § 6 Abs. 1 S. 1 AAÜG i.V.m. § 14 SGB IV und damit als Rechtsverletzung i.S.v. § 162 SGG geltend gemacht werden könne. Das gelte, obwohl die Besoldungs- und Verpflegungsordnungen kein revisibles Bundesrecht darstellten (§ 162 SGG).[2118]

(1) Korrektur der Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz durch das *BSG*

Mit den unter G. II. 3. e. bb. dargestellten Feststellungen korrigierte das *BSG* die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz. So urteilte das vorent-

2113 *Kunz et al.*, Lexikon des Arbeitsrechts der Deutschen Demokratischen Republik, Berlin 1972.
2114 *BSG,* Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 45-57; *Lau*, NZS 2020, S. 144, 150.
2115 *BSG,* Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 33.
2116 *A.a.O.,* Rn. 15.
2117 *Lau,* jurisPR-SozR 2/2020, Anm. 4.
2118 *BSG,* Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

scheidende *LSG* im Gegensatz zum *BSG*, dass das Verpflegungsgeld zum Arbeitsentgelt i.S.v. § 6 Abs. 1 S. 1 AAÜG i.V.m. § 14 SGB IV zähle. So stelle dieses eine laufende Einnahme aus der Beschäftigung des Klägers bei der Zollverwaltung der DDR dar, sei mit dem Gehalt gezahlt worden und wie das Gehalt selbst Gegenleistung für die erbrachte Arbeit gewesen.[2119] Weiterhin sei dieses *nicht steuerfrei* gezahlt worden, weil ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der Gewährung der kostenlosen Verpflegung (betriebsfunktionale Zielsetzung) nicht bewiesen sei.[2120] Hierfür griff das *LSG*, wie auch das *BSG*, neben weiteren Materialien auf die Besoldungsordnungen zurück.

In Bezug auf die Einordnung der Besoldungs- und Verpflegungsordnungen als zu subsumierende generelle Tatsachen ist abschließend eine Möglichkeit aufzuzeigen, diese Einordnung auf eine rechtliche Grundlage zurückzuführen ((2)).

(2) Anwendung von § 202 S. 1 SGG i.V.m. § 293 ZPO?

Die Feststellung der Existenz und des Inhalts von ausländischem Recht, also unter gewissen Voraussetzungen auch DDR-Recht[2121], ist grundsätzlich zur Rechtsanwendung zu zählen.[2122] Jedoch ordnet § 202 S. 1 SGG i.V.m. § 293 S. 1 ZPO die Ermittlung von ausländischen Rechtsnormen dem Beweisrecht zu. Danach ist unbekanntes ausländisches Recht beweisbedürftig und kann vom Gericht ermittelt werden.[2123] Damit wird ausländisches Recht wie eine Tatsache behandelt.[2124] Daher ist die Prüfung über das Bestehen und den Inhalt von ausländischem Recht in diesem Sinne auch Tatsachenfrage, welche grundsätzlich eine Bindungswirkung für das *BSG*

2119 *LSG Berlin-Brandenburg,* Urteil vom 15.03.2018 – L 3 R 209/16 WA, juris-Rn. 35 und 40-73.

2120 *A.a.O.,* Rn. 74-84.

2121 Hinsichtlich der Einordnung von früherem DDR-Recht als ausländisches Recht, siehe bereits oben: E. III. 4. a. dd.

2122 *BSG*, Urteil vom 11.05.2011 – B 5 R 22/10 R, juris-Rn. 23; *BSG*, Urteil vom 24.05.2007 – B 1 KR 18/06 R, juris-Rn. 39; *May,* Die Revision, VI. B. Rn. 330.

2123 *BSG*, Urteil vom 24.05.2007 – B 1 KR 18/06 R, juris-Rn. 39; *BSG*, Urteil vom 11.05.2011 – B 5 R 22/10 R, juris-Rn. 23; *Spickhoff*, ZZP 1999, S. 265, 266; *Fastrich*, ZZP 1984, S. 423, 425.

2124 *BSG,* Urteil vom 06.05.2004 – B 4 RA 52/03 R, juris-Rn. 21; ebenso in Bezug auf das tunesische Krankenversicherungsrecht: *BSG*, Urteil vom 24.05.2007 – B 1 KR 18/06 R, juris-Rn. 39 und in Bezug auf das Schweizer Krankenversicherungsrecht: *BSG*, Urteil vom 27.05.2014 – B 5 RE 8/14 R, juris-Rn. 43.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zur Folge hat (§ 163 SGG).[2125] Fraglich ist, ob § 293 ZPO auch bei „ausländischem DDR-Recht"[2126], zumindest auf nicht mehr in der BRD fortgeltendem Recht, einschlägig und ggf. analog anwendbar ist.[2127] Diese Prüfung ist anhand des Einzelfalls vorzunehmen und wird an dieser Stelle nicht erfolgen. In Bezug auf § 293 ZPO ist nebenbei noch zu sagen, dass die Norm widersprüchliche Aussagen trifft, weil ausländische Rechtsnormen für den rechtsanwendenden Richter gültiges Gesetzesrecht und keine Tatsachen darstellen. Rechtsnormen werden mit den Mitteln der juristischen Methodik angewandt (Rechtsfrage[2128]) und sind nicht beweisfähig und beweisbedürftig (Tatsachenfrage[2129])[2130].

f. Vertragsarztrecht

Auch im Vertragsartrecht spielt die Feststellung genereller Tatsachen eine Rolle. So z.B. beim generellen, maximal zulässigen zeitlichen Umfang einer Nebenbeschäftigung einer Psychotherapeutin, welche die Zulassung als Vertragspsychotherapeutin begehrt und neben dieser Beschäftigung gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 und § 20 Abs. 1 Zulassungsverordnung für Vertragsärzte

2125 *BSG,* Beschluss vom 04.01.2001 – B 11 AL 167/00 B, juris-Rn. 6; *BSG,* Urteil vom 07.07.1998 – B 5 RJ 2/98 R, juris-Rn. 15; *BSG,* Urteil vom 10.07.2012 – B 13 R 105/11 R, juris-Rn. 40; *Fichte,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § 162 Rn. 16; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 6c m.w.N.; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 103 Rn. 3; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 118 Rn. 4; *Kummer,* Die Nichtzulassungsbeschwerde, Rn. 330.

2126 Dazu, dass die Situation der Einordnung von DDR-Recht als Tatsache (damals noch „Anknüpfungstatsachen") mit der Situation vergleichbar sei, in welcher "ausländische" Tatsachen unter (nach Bundesrecht selbst als bloße Tatsache zu verstehendes) "ausländisches Recht" subsumiert würden: *BSG*, Urteil vom 18.10.2007 – B 4 RS 28/07 R, juris-Rn. 18 ff. m.w.N.

2127 Dazu: *Bacher,* in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 293 Rn. 9.2; *Prütting,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 1, ZPO § 293 Rn. 21; *Saenger,* in: Saenger, ZPO, § 293 Rn. 3 und 6; *Spickhoff*, ZZP 1999, S. 265, 268.

2128 Siehe dazu: C. III. 2. a. und C. III. 2. c.

2129 Siehe dazu: C. III. 2. b.

2130 *BGH*, Urteil vom 04.07.2013 – V ZB 197/12, juris-Rn. 19; *Berchtold,* in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 5 und 16; *Prütting,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 1, ZPO § 293 Rn. 1 und 14; *Saenger,* in: Saenger, ZPO, § 293 Rn. 9; *Geimer,* in: Zöller, ZPO, § 293 Rn. 14; *Spickhoff*, ZZP 1999, S. 265, 286 ff.; *Fastrich*, ZZP 1984, S. 423, 425 (Fußnote 9); ebenso in diese Richtung deutend: *Gruber*, ZRP 1992, S. 6, 7.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(Ärzte-ZV[2131]) für die Versorgung der Versicherten „im erforderlichen Maße zur Verfügung" stehen muss[2132]. Weiterhin ist eine generelle Tatsache, ob das Mitteilungsblatt einer *KÄV* ein bestimmtes Erscheinungsdatum nennt, welches gleichsam den Beginn einer Frist markiert[2133]. Auch können generellen Tatsachen durch das *BSG* festgestellt werden, welche für die Beurteilung der Wirksamkeit von Änderungen am BMV (§ 82 Abs. 1 SGB V) durch die Vertragspartner erforderlich sind[2134]. Im Folgenden ist auf ein Urteil des *BSG* unter Einbezug des Urteils des vorentscheidenden Berufungsgerichts näher einzugehen, in welchem generelle Tatsachen eine entscheidende Rolle gespielt haben (aa. und bb.)[2135].

aa. Rechtsbegriff der „Notfallversorgung"

Im Vertragsarztrecht gilt die Besonderheit, dass in diesem Spruchkörper gemäß § 40 S. 1 i.V.m. § 33 und § 12 Abs. 3 SGG ehrenamtliche Richter aus dem Kreis der Ärzte- bzw. Zahnärzteschaft mitwirken[2136]. Damit wird bei Streitigkeiten in diesem Rechtsgebiet medizinisches Fachwissen durch die ehrenamtlichen Richter eingebracht.[2137] In diesem Zusammenhang ist auf ein interessantes Urteil des 6. Senats hinzuweisen. Dieser hatte zu entscheiden, ob bestimmte Laboruntersuchungen, u.a. zur Bestimmung der Blutalkoholkonzentration, im Rahmen einer Notfall-Erstversorgung vom Krankenhaus gegenüber der Krankenkasse abgerechnet werden kön-

2131 Zulassungsverordnung für Vertragsärzte in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 8230-25, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 22.03.2024 (BGBl. I, Nr. 101); die Ermächtigungsgrundlage für die Ärzte-ZV als Rechtsverordnung ist in § 98 SGB V normiert. Die Ärzte-ZV trifft Regelungen über die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung, die Sicherstellung der Bedarfsplanung und die Beschränkung von Zulassungen (§ 98 Abs. 1 S. 1 SGB V). Die Verordnung enthält die in § 98 Abs. 2 SGB V genannten Inhalte.

2132 *BSG,* Urteil vom 30.01.2002 – B 6 KA 20/01 R, juris-Rn. 31.

2133 *BSG,* Urteil vom 19.10.2011 – B 6 KA 20/11 R, juris-Rn 26.

2134 *BSG,* Urteil vom 03.08.2016 – B 6 KA 42/15 R, juris-Rn 20 f.

2135 *BSG,* Urteil vom 12.12.2012 – B 6 KA 5/12 R, juris (vorgehend: *LSG Nordrhein-Westfalen,* Urteil vom 17.11.2010 – L 11 KA 41/07, juris).

2136 E. I. 3.

2137 *Wenner*, Ehrenamtliche Richterinnen und Richter in den Kammern und Senaten für Vertragsarztrecht, in: Jacobs et al., FS Plagemann, S. 263, 267; *BSG,* Urteil vom 12.12.2012 – B 6 KA 5/12 R, juris-Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nen.[2138] Grundlage für eine solche Abrechnung sind die dreiseitigen Verträge gemäß § 115 SGB V zwischen den *Landesverbänden der Krankenkassen*, den *KÄVen* und der *Landeskrankenhausgesellschaft*, in welchen u.a. Regelungen zu der Vergütung von, durch die Krankenhäuser ambulant erbrachten, medizinischen Notfallleistungen enthalten sind (§ 115 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB V).[2139] Um die Rechtsfrage zu klären, ob die fraglichen Laboruntersuchungen zur „Notfallerstversorgung" gehört hatten und abrechenbar gewesen waren, wurde durch das Berufungsgericht zunächst der Begriff der „Notfallversorgung" ausgelegt. Zu einer solchen zählten demnach lediglich Leistungen, die erforderlich seien, um akute Gefahren für den die Notfallambulanz aufsuchenden Versicherten zu erkennen bzw. auszuschließen. Weiterhin bestehe dringende Behandlungsbedürftigkeit, wenn aus einer ex-ante-Betrachtung heraus ohne sofortige Behandlung Gefahren für Leib und Leben bestünden oder Schmerzen unzumutbar lange dauerten.[2140] Sodann wurde vom *LSG* generell festgestellt, dass die Schwere einer Alkoholvergiftung im Rahmen einer Notfallversorgung unabhängig von bestimmten Laborbestimmungen bzw. -untersuchungen anhand spezifischer Symptome zuverlässig und (jedenfalls) ausreichend feststellbar sei.[2141] Die Grundlage dieser Feststellung war die Berufserfahrung und Sachkunde der ehrenamtlichen Richter im Senat[2142] sowie medizinische Fachliteratur[2143]. Die Subsumtion dieser generellen Tatsache unter den ausgelegten Begriff der Notfallversorgung ergab, dass die strittigen Laborbestimmungen bzw. -untersuchungen zur Einordnung der Schwere einer Blutvergiftung keine erforderlichen Leistungen im Rahmen der Notfallbehandlung waren und darüber hinausgingen[2144]. Daran anschließend, hatte das *BSG* u.a. darüber zu entscheiden, ob die durch das vorentscheidende *LSG* festgestellte generelle Tatsache verfahrensrechtlich zu beanstanden war, weil dieses die dafür erforderliche medizinische Fachkunde nicht in ausreichendem Maß nachgewiesen hatte[2145]. Das *BSG* konstatierte, dass die Feststellung der entsprechenden generellen Tatsache anhand allgemein zugänglicher medizinischer

2138 *BSG,* Urteil vom 12.12.2012 – B 6 KA 5/12 R, juris-Rn. 1 und 8.
2139 *Becker,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 115 Rn. 9 m.w.N.
2140 *LSG Nordrhein-Westfalen,* Urteil vom 17.11.2010 – L 11 KA 41/07, juris-Rn. 26 f. m.w.N.
2141 *A.a.O.,* Rn. 28 und 37.
2142 *A.a.O.,* Rn. 28 und 62.
2143 *A.a.O.,* Rn. 28-36.
2144 *A.a.O.,* Rn. 27 f. und 49.
2145 *BSG,* Urteil vom 12.12.2012 – B 6 KA 5/12 R, juris-Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Erkenntnisse möglich sei. Weiterhin sei für diese Feststellung keine größere ärztliche Sachkunde erforderlich und dieses Wissen sei „ohnehin in jedem kassenärztlichen Spruchkörper" vorhanden. Hieraus folge weiterhin, dass das *LSG* kein Sachverständigengutachten habe einholen müssen[2146].

bb. Einordnung

(1) Eigene Sachkunde des Gerichts

Das Berufungsgericht kann zwar darauf verzichten, ein Sachverständigengutachten einzuholen, hat jedoch auf die eigene Sachkunde bzw. generellen Tatsachen hinzuweisen und diese den Prozess einzuführen (Art. 103 Abs. 1 GG; § 128 Abs. 2 SGG). Das gilt zumindest dann, wenn mit der Einbeziehung der Sach- und Fachkunde bzw. der generellen Tatsachen nicht gerechnet werden muss oder wenn die Sachkunde als alleinige Entscheidungsgrundlage herangezogen wird.[2147] In den Entscheidungsgründen sind die entsprechenden generellen Tatsachen darzulegen (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG).[2148] So kann in einem solchen Fall nicht ohne Weiteres davon gesprochen werden, dass das medizinische Wissen „ohnehin im Spruchkörper des *LSG*" vorhanden sei. In den Entscheidungsgründen des *LSG*-Urteils sind jedoch keine Anhaltspunkte dafür zu finden, dass dieses gegen die genannten formellrechtlichen Grundlagen verstoßen hat.

(2) Berücksichtigung von Einzeltatsachen

Der Annahme des *LSG*, die Beurteilung der Schwere einer Alkoholvergiftung könne unabhängig von der Blutalkoholkonzentration im Einzelfall generell anhand bestimmter in der Regel auftretender Symptome beurteilt werden, kann nicht ausnahmslos gefolgt werden. Vielmehr sollte unter bestimmten Umständen der Einzelfall mit berücksichtigt werden[2149]. So kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Symptomatik einer Alko-

2146 *A.a.O.,* Rn. 21 f.; siehe dazu: E. II. 2. a. aa. (5) (ii).
2147 Siehe: E. II. 2. a. aa. (5) (ii), E. II. 2. b. bb. (1) und E. II. 2. b. cc. (4) (v) β.
2148 E. II. 2. b. bb. (2) und E. II. 2. b. cc. (4) (v) β.
2149 So auch die Argumentation des klagenden Krankenhauses: *LSG Nordrhein-Westfalen,* Urteil vom 17.11.2010 – L 11 KA 41/07, juris-Rn. 38; siehe oben zu einer ähnlichen Konstellation im für das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung zuständigen Senat des *BSG*: G. II. 3. b. aa. (4).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

holvergiftung von Mensch zu Mensch gleich verläuft. Zudem hängt die Schwere einer Alkoholvergiftung auch von der körperlichen Konstitution des einzelnen Menschen ab. Auch das *BSG* erkennt diesen Umstand an. Die Erforderlichkeit einer Laboruntersuchung im Einzelfall wäre dann aber vom Krankenhaus dezidiert zu begründen[2150].

g. Grundsicherung für Arbeitssuchende

Nachfolgend wird auf zwei Urteile aus dem Grundsicherungsrecht nach dem SGB II eingegangen, in welchen die Feststellung von generellen Tatsachen zum einen durch die Tatsacheninstanz (aa.) und zum anderem durch die Revisionsinstanz (bb.) im Fokus steht.

aa. Mehrbedarf aufgrund einer kostenaufwändigen Ernährung gemäß § 21 Abs. 5 SGB II

Das *BSG* hatte in seinem Urteil vom 14.02.2013 zu prüfen, ob ein Anspruch auf höhere Leistungen der Grundsicherung aufgrund eines Mehrbedarfs wegen einer kostenaufwändigen Ernährung infolge einer Laktoseintoleranz gemäß § 21 Abs. 5 SGB II besteht.[2151]

(1) Rechtsanwendung von § 21 Abs. 5 SGB II

Das dem Revisionsgericht vorentscheidende *Sozialgericht Freiburg* leitete aus § 21 Abs. 5 SGB II ab, dass für die Gewährung eines Mehrbedarfs ein Zusammenhang zwischen einer Erkrankung und einer Ernährungsweise bestehen müsse, deren Kosten aufwändiger seien als dies für Personen ohne diese Einschränkung der Fall sei.[2152] Das Gericht zog für die Subsumtion unter die ausgelegte Norm einerseits die Empfehlungen des *Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e.V.* für die Gewährung einer kos-

2150 *BSG,* Urteil vom 12.12.2012 – B 6 KA 5/12 R, juris-Rn. 17 f.
2151 *BSG,* Urteil vom 14.02.2013 – B 14 AS 48/12 R, juris-Rn. 1.
2152 *SG Freiburg,* Urteil vom 13.01.2012 – S 20 AS 1559/11, juris-Rn. 15; ebenso: *BSG,* Urteil vom 14.02.2013 – B 14 AS 48/12 R, juris-Rn. 12 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tenaufwändigen Ernährung[2153] und andererseits ein Gutachten eines „Prof. Dr. H."[2154] heran. Aufgrund der Auswertung dieser Erkenntnisgrundlagen traf das *SG* die Aussage, dass einer Laktoseintoleranz generell dadurch begegnet werden könne, indem bestimmte Nahrungsmittel vermieden und durch andere vom Regelbedarf gemäß § 20 SGB II abgedeckte Grundnahrungsmittel ersetzt werden könnten. Damit begründe eine Laktoseintoleranz generell keinen höheren Kostenaufwand.[2155] Das *BSG* beanstandete die Vorgehensweise des *SG*, mittels der Feststellung genereller Tatsachen einen einzelfallabhängigen Mehrbedarf gemäß § 21 Abs. 5 SGB II begründen zu wollen. So ziele der Anwendungsbereich des § 21 Abs. 5 SGB II auf Einzeltatsachen ab, welche vom *SG* festzustellen seien.[2156]

(2) Einordnung

Dem *BSG* ist zuzustimmen, weil für die Prüfung von § 21 Abs. 5 SGB II Einzeltatsachen festgestellt werden müssen, welche sich auf das Vorliegen einer Erkrankung und ein damit zusammenhängendes Bedürfnis auf eine bestimmte kostenaufwändige Ernährungsweise beziehen.[2157] Das Problem ist, dass sich das *SG* ohne die Berücksichtigung von Einzeltatsachen (§ 103 SGG) allein auf generelle Tatsachen gestützt und anhand dieser pauschal einen Mehrbedarf ausgeschlossen hatte. Zu sagen ist, dass beide Tatsachenarten, also generelle Tatsachen und Einzeltatsachen, vom Tatsachengericht grundsätzlich gleichwertig in die freie richterliche Beweiswürdigung gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG einzubeziehen sind[2158]. Möglich ist jedoch, dass sich die Rechtsfrage allein mit der Ermittlung und Subsumtion von Einzeltatsa-

2153 Damals in der Fassung vom 01.10.2008 (*Löher,* NDV 2008, S. 503, 503); siehe zur aktuell überarbeiteten Fassung vom 10.11.2023: F. II. 3. i.

2154 *Else Kröner-Fresenius-Zentrum für Ernährungsmedizin,* Essen und Trinken bei Laktoseintoleranz, S. 1 ff. (diese Quelle wurde vom Autor dieser Arbeit im Internet recherchiert (siehe am Ende dieser Arbeit unter Materialien II); das *BSG* führt dazu aus, dass sich für dieses vom *SG Freiburg* genannte Gutachten eines "Prof. Dr. H." eine Quelle nicht finden lasse (*BSG,* Urteil vom 14.02.2013 – B 14 AS 48/12 R, juris-Rn. 17).

2155 *SG Freiburg,* Urteil vom 13.01.2012 – S 20 AS 1559/11, juris-Rn. 16 f.

2156 *BSG,* Urteil vom 14.02.2013 – B 14 AS 48/12 R, juris-Rn. 14-17.

2157 *A.a.O.,* Rn. 13 und 15.

2158 E. II. 2. b. aa. (1); siehe z.B. ebenso im 2. Senat zur generellen haftungsbegründenden Kausalität und zur haftungsbegründenden Kausalität im Einzelfall (G. II. 3. c. cc.) oder im 3. Senat zur objektiven und subjektiven Erforderlichkeit (G. II. 3. d. aa.).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chen beantworten lässt. Aktuell ist die Laktoseintoleranz Bestandteil der Empfehlungen des *Deutschen Vereins*. Danach wird ein Mehrbedarf weiterhin ausgeschlossen[2159]. Lediglich im Säuglings- und Kleinkindalter kann im Einzelfall eine davon abweichende Prüfung erforderlich sein[2160]. Das ändert jedoch nichts an der Unverbindlichkeit dieser Regelwerke[2161] und der Aufklärungspflicht im Einzelfall. Hinsichtlich der Einhaltung der Vorgaben aus § 128 Abs. 1 S. 2 SGG[2162] ist zu sagen, dass, entgegen der Ansicht des *BSG*[2163], das *SG* in seinen Entscheidungsgründen die Grundlagen für die Feststellung genereller Tatsachen offenlegt.

bb. Rechtsbegriff der „Geeignetheit" eines Anbieters für Leistungen für Bildung und Teilhabe gemäß §§ 28 ff. SGB II

In seinem Urteil vom 14.12.2021 hatte das *BSG* über einen Anspruch auf die Anerkennung von Bedarfen für Bildung und Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben in der Gemeinschaft für Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene gemäß § 19 Abs. 2 i.V.m. §§ 28 ff. SGB II zu entscheiden. Konkret wurde die Erstattung der Kosten für die Teilnahme an einem Sommercamp des Jugendverbands "REBELL" der Marxistisch-Leninistischen Partei Deutschlands (MLPD) geltend gemacht.[2164] Fraglich war, ob dieser Anbieter zur Leistungserbringung von Leistungen gemäß §§ 28 ff. SGB II „geeignet" i.S.v. § 4 Abs. 2 S. 2 SGB II ist.[2165]

2159 *Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V.*, Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Gewährung des Mehrbedarfs bei kostenaufwändiger Ernährung gemäß § 30 Abs. 5 SGB XII, S. 10.

2160 *A.a.O.*, S. 15.

2161 Dazu, dass diese Regelwerke keine antizipierten Sachverständigengutachten darstellen: *BSG,* Urteil vom 14.02.2013 – B 14 AS 48/12 R, juris-Rn. 16; *BSG,* Urteil vom 20.02.2014 – B 14 AS 65/12 R, juris-Rn. 19; *BSG,* Urteil vom 27.02.2008 – B 14/7b AS 32/06 R, juris-Rn. 39; *BSG,* Urteil vom 27.02.2008 – B 14/7b AS 64/06 R, juris-Rn. 26; *BSG,* Urteil vom 22.11.2011 – B 4 AS 138/10 R, juris-Rn. 18*; Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 11b; *Spellbrink*, info also 2009, S. 99, 104; a.A.: *LSG Bayern,* Urteil vom 10.08.2011 – L 16 AS 403/09, juris-Rn. 37.

2162 E. II. 2. b. bb. (2).

2163 A.A. insofern: *BSG,* Urteil vom 14.02.2013 – B 14 AS 48/12 R, juris-Rn. 17.

2164 *BSG,* Urteil vom 14.12.2021 – B 14 AS 21/20 R, juris-Rn. 3 und 11 f.

2165 *A.a.O.,* Rn. 26 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(1) Rechtsanwendung von §§ 28 ff. i.V.m. § 4 Abs. 2 S. 2 SGB II

(i) Revisionsinstanz

Die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Geeignetheit" (§ 4 Abs. 2 S. 2 SGB II) durch das *BSG*, welcher keinen Beurteilungsspielraum enthalte, ergab, dass ein Anbieter dann nicht geeignet sei, wenn von diesem Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung ausgingen und dieser deshalb tragende Verfassungsgrundsätze zu beseitigen versuche. Die Auslegung erfolgte unter Einbezug von verfassungsgerichtlicher und verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung sowie tatsachengestützt[2166], unter Rückgriff auf Empfehlungen des *Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e.V.*[2167], rechtswissenschaftliche Gesetzeskommentare und Gesetzesmaterialien.[2168] Dem *BSG* folgend können Erkenntnisquellen für die Feststellung, ob ein Anbieter bzw. der Jugendverband „REBELL" verfassungsfeindliche Zwecke verfolgt, die allgemein zugänglichen Verfassungsschutzberichte des Bundes und der Länder sowie das Parteiprogramm der MLPD sein.[2169] Unter Auswertung dieser Erkenntnisgrundlagen stellte das *BSG* generelle Tatsachen fest. So wurde z.B. anhand der Verfassungsschutzberichte festgestellt, dass der „REBELL" und auch die MLPD „[…] die Errichtung einer kommunistischen Gesellschaft […]" zum Ziel hätten oder dass Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass diese Gruppierungen in ihrer Gesamtschau verfassungsfeindliche Ziele verfolgten und als extremistische Gruppierungen einzustufen seien[2170]. Anhand des Parteiprogramms der MLPD wurde u.a. weiterhin festgestellt, dass die MLPD zusammen mit ihrem Jugendverband „REBELL" „[…] die Masse der Jugend als praktische Avantgarde des Kampfs um den echten Sozialismus […]" gewinne. Zudem müsse zur „[…] Zerschlagung des bürgerlichen Staatsapparats die Arbeiterklasse unter Führung ihrer Partei gegebenenfalls […]" auch Waffen einsetzen[2171]. Diese generellen Tatsachen wurden vom *BSG* unter § 4 Abs. 2 S. 2

2166 C. II. 1. b. ff. und F. IV. 2. b. aa.
2167 *Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V.*, Vierte Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Umsetzung der Leistungen für Bildung und Teilhabe, S. 32.
2168 *BSG,* Urteil vom 14.12.2021 – B 14 AS 21/20 R, juris-Rn. 28-37.
2169 *A.a.O.,* Rn. 38 und 43.
2170 *A.a.O.,* Rn. 44.
2171 *A.a.O.,* Rn. 46.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

i.V.m. §§ 28 ff. SGB II subsumiert[2172]. So sei ein solcher Anbieter generell ungeeignet, Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft für Kinder und Jugendliche zu erbringen.[2173]

(ii) Tatsacheninstanz

Das vorentscheidende *LSG* lehnte eine Kostenübernahme ebenso wie das *BSG* ab. Für die Argumentation des Berufungsgerichts war jedoch die Frage nach der Verfassungsfeindlichkeit des betreffenden Jugendverbands unerheblich. So stellte das Gericht bei seiner Entscheidung auf den Begriff der Freizeit i.S.v. § 28 Abs. 7 S. 1 Nr. 3 SGB II ab. Demnach handele es sich bei einem Sommercamp des genannten Jugendverbandes einer politischen Partei, mit dem auch parteipolitisch orientierte Zwecke verfolgt würden, nicht um eine Freizeit i.S.v. § 28 Abs. 7 S. 1 Nr. 3 SGB II.[2174]

(2) Einordnung

Anzumerken ist, dass sich das Berufungsgericht über die Frage nach der Verfassungsfeindlichkeit des Jugendverbands keine eigene Überzeugung gebildet, also diesbezüglich keine Tatsachenfeststellungen getroffen hatte (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG). Die genannten Erkenntnisgrundlagen genereller Tatsachen waren für den Rechtsstandpunkt des *LSG Nordrhein-Westfalen* also nicht entscheidend. Das *BSG* verwies den Rechtsstreit jedoch nicht gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG zurück, sondern ergänzte die Beweiswürdigung des *LSG* mit der Feststellung von generellen Tatsachen. Hierfür erhob das *BSG* nicht selbst Beweis, sondern griff auf bereits vorhandenes Material aus den vorangegangenen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren[2175] zurück.[2176] Hinsichtlich der Einordnung der Tatsachenfeststellungen in Bezug auf das Parteiprogramm der MLPD als generelle Tatsachen ist zu sagen, dass auch darüber nachgedacht werden könnte, diese als allgemeinkundige Tatsachen

2172 Zu der These, dass generelle Tatsachen allein unter normative Tatbestände subsumiert werden: F. IV. 2. b. bb.

2173 *BSG,* Urteil vom 14.12.2021 – B 14 AS 21/20 R, juris-Rn. 43-47.

2174 *LSG Nordrhein-Westfalen,* Urteil vom 07.11.2019 – L 19 AS 1204/18, juris-Rn. 48 ff. und 60 ff.

2175 In Bezug auf das Berufungsverfahren: *LSG Nordrhein-Westfalen,* Urteil vom 07.11.2019 – L 19 AS 1204/18, juris-Rn. 1 ff.

2176 *BSG,* Urteil vom 14.12.2021 – B 14 AS 21/20 R, juris-Rn. 47.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu charakterisieren.[2177] So spricht das *BSG* in diesem Zusammenhang von „allgemein zugänglichen Veröffentlichungen", dann aber gleichzeitig von generellen Tatsachen.[2178] Das Parteiprogramm der MLPD ist zwar nicht als wissenschaftliche Quelle einzuordnen, im Ergebnis handelt es sich aber dennoch um eine Grundlage genereller Tatsachen. Das ist damit zu begründen, dass für die Verwertung des Parteiprogramms als Erkenntnisgrundlage genereller Tatsachen und deren Feststellung bzw. kritischen Einordnung bestimmtes Spezialwissen über die im Parteiprogramm dargelegten Ansichten, welche auf der „[…] Grundlage […] der Lehren der internationalen marxistisch-leninistischen, revolutionären und Arbeiterbewegung […]"[2179] basieren, erforderlich ist[2180]. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass dieses Wissen für jedermann frei und ohne spezielle Expertise zugänglich ist.

h. Sozialhilfe

Streitgegenstand des nachfolgend zu analysierenden Gerichtsverfahrens war der erfolglose Antrag auf Leistungen der Sozialhilfe von einer im Ausland (Bulgarien) lebenden, minderjährigen und deutschen Person.[2181] Entscheidende Rechtsgrundlage für einen solchen Fall stellt § 24 SGB XII dar. So erhalten Deutsche, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben, grundsätzlich keine Leistungen (§ 24 Abs. 1 S. 1 SGB XII). Davon gibt es Ausnahmen, welche in § 24 Abs. 1 S. 2 SGB XII normiert sind. So können im Einzelfall auch Leistungen im Ausland gewährt werden, wenn dies wegen einer außergewöhnlichen Notlage unabweisbar ist und zugleich nachgewiesen wird, dass eine Rückkehr in das Inland aus verschiedenen Gründen nicht möglich ist. Einen Grund hierfür stellt z.B. die Pflege und Erziehung eines Kindes dar, das aus rechtlichen Gründen im Ausland bleiben muss (§ 24 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB XII).[2182]

2177 Siehe dazu: F. III. 2. a.
2178 *BSG,* Urteil vom 14.12.2021 – B 14 AS 21/20 R, juris-Rn. 46 f.
2179 *MLPD*, Programm der Marxistisch-Leninistischen Partei Deutschlands, S. 11.
2180 Ähnlich in Bezug auf medizinische Fachkunde: *BSG,* Urteil vom 05.03.2002 – B 2 U 27/01 R, juris-Rn. 22.
2181 *BSG,* Urteil vom 26.10.2017 – B 8 SO 11/16 R, juris-Rn. 2 und 7 f.
2182 *A.a.O.,* Rn. 8 und 10.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa. Auslegung von § 24 Abs. 1 S. 2 SGB XII

Zunächst galt es zu klären, wie § 24 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB XII zu verstehen ist, wenn ein deutsches Kind, welches im Ausland zusammen mit den Eltern oder dem sorgeberechtigten Elternteil lebt, Leistungen begehrt. So seien die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB XII erfüllt, wenn bei Vorliegen einer „außergewöhnlichen Notlage" und der „Unabweisbarkeit von Sozialhilfeleistungen" dem minderjährigen Kind aufgrund des gewöhnlichen Aufenthalts seiner Eltern und deshalb wegen seiner eigenen Pflege und Erziehung im Ausland die Rückkehr in das Inland rechtlich nicht möglich ist. Diese Auslegung erfolgte unter Rückgriff auf rechtswissenschaftliche Literatur.[2183] Weiterhin waren die Begriffe der „außergewöhnlichen Notlage" und der daraus folgenden „Unabweisbarkeit von Sozialhilfeleistungen" auszulegen.[2184] Demzufolge sei der Begriff der „außergewöhnlichen Notlage" verfassungskonform auszulegen. So liege eine solche auch dann vor, wenn einem schulpflichtigen, deutschen, im Ausland lebenden Kind die notwendigen finanziellen Mittel, etwa zur Entrichtung von Schulgeld oder zum Erwerb notwendiger Schulmaterialien, wie Schulbücher, Schulhefte oder Taschenrechner, fehlten, um sich seine Teilhabe an einer nach den dortigen Verhältnissen angemessenen Schulbildung zu sichern. Fraglich war daran anknüpfend, welche Schulbildung in diesem Zusammenhang angemessen ist. So stelle der Besuch einer bestimmten Schule im Ausland eine angemessene Schulbildung dar, wenn es sich dabei um eine öffentliche Schule handele. Zudem müsse damit die Schulpflicht im Ausland erfüllt werden können und es dürfe keine kostenfreie öffentliche Schule als zumutbare Alternative bestehen.[2185]

bb. Subsumtion unter § 24 Abs. 1 S. 2 SGB XII

Die genannten und unter § 24 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB XII zu subsumierenden tatsächlichen Umstände im Zusammenhang mit der Prüfung, ob der Besuch der Schule im Ausland einer angemessenen Schulbildung dient[2186], kann das *BSG* im Rahmen der Feststellung genereller Tatsachen ermit-

2183 *A.a.O.,* Rn. 13.
2184 *A.a.O.,* Rn. 12 und 14 ff.
2185 *A.a.O.,* Rn. 15.
2186 G. II. 3. h. aa.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

teln.[2187] Die davon abzugrenzenden, ebenfalls zu subsumierenden, Einzeltatsachen[2188] beziehen sich z.B. auf die Staatsangehörigkeit des Kindes, auf die Frage nach dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen, auf die tatsächlichen Bedarfe im Zusammenhang mit dem Schulbesuch oder auf vorhandenes Einkommen in der Form von Kindergeld oder Unterhalt.[2189]

cc. Einordnung

Das *BSG* verwies die Rechtssache gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG an die vorentscheidende Tatsacheninstanz zurück, obwohl es die genannten generellen Tatsachen selbst hätte feststellen können. Stattdessen übertrug es die Feststellung von diesen Tatsachen zusammen mit weiteren zu ermittelnden Einzeltatsachen dem Berufungsgericht.[2190] Die hier in Rede stehenden generellen Tatsachen sind wie im Grundsicherungsrecht[2191] von allgemeinkundigen Tatsachen[2192] abzugrenzen, weil Ermittlungen erforderlich sind, welche die Besonderheiten des Schulsystems in Bulgarien betreffen.

i. Soziales Entschädigungsrecht und Schwerbehindertenrecht

Im Folgenden werden zwei Urteile des für das soziale Entschädigungsrecht und Schwerbehindertenrecht zuständigen 9. Senats des *BSG* analysiert, um die Feststellung genereller Tatsachen zur Rechtsauslegung exemplarisch zu veranschaulichen (aa. und bb.).

aa. Rechtsbegriff der „Wegstrecken, die üblicherweise noch zu Fuß zurückgelegt werden" gemäß § 60 Abs. 1 S. 1 SchwbG a.F.

Zunächst ist auf ein Urteil des *BSG* aus dem Jahr 1987 einzugehen. Gestritten wurde um die Anerkennung einer erheblichen Bewegungsbeeinträchtigung im Straßenverkehr mit dem Merkmal "G" gemäß den damals

2187 *BSG,* Urteil vom 26.10.2017 – B 8 SO 11/16 R, juris-Rn. 15.
2188 Dazu bereits: G. II. 3. a. cc., G. II. 3. c. cc. (3) und G. II. 3. d. aa. (2).
2189 *BSG,* Urteil vom 26.10.2017 – B 8 SO 11/16 R, juris-Rn. 11, Rn. 17 und 19.
2190 *A.a.O.,* Rn. 7 und 15.
2191 G. II. 3. g. bb. (2).
2192 F. III. 2. a.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gültigen §§ 57 ff. des Gesetzes zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft (Schwerbehindertengesetz – SchwbG[2193]).[2194]

(1) Auslegung des Rechtsbegriffs

§ 58 Abs. 1 S. 1[2195] bzw. ab 01.08.1986 § 60 Abs. 1 S. 1[2196] SchwbG a.F. definierten damals, welche Personen in ihrer „Bewegungsfähigkeit im Straßenverkehr erheblich beeinträchtigt" waren. Dieser Norm zufolge war in seiner Bewegungsfähigkeit erheblich beeinträchtigt, wer infolge einer Einschränkung des Gehvermögens oder von Störungen der Orientierungsfähigkeit nicht ohne erhebliche Schwierigkeiten oder nicht ohne Gefahren für sich oder andere Wegstrecken im Ortsverkehr zurückzulegen vermag, die üblicherweise noch zu Fuß zurückgelegt werden. Gemäß § 59 Abs. 1 SchwbG a.F.[2197] waren diese Personen im öffentlichen Personenverkehr unentgeltlich zu befördern[2198]. Diese Legaldefinition der Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit im Straßenverkehr warf die Frage auf, was unter „Wegstrecken, die üblicherweise noch zu Fuß von nicht-behinderten Personen zurückgelegt werden", konkret zu verstehen war. Das vorentscheidende *LSG Baden-Württemberg*[2199] hatte dazu die generelle Tatsachenfeststellung getroffen, dass diese Wegstrecke mit zwei Kilometern bei einer Fußwegdauer von einer halben Stunde zu bemessen sei[2200].

2193 Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft (Schwerbehindertengesetz – SchwbG) vom 16.06.1953 (BGBl. I, S. 389), aufgehoben durch Art. 63 des Gesetzes vom 19.06.2001 (BGBl. I, S. 1046), mit Wirkung vom 01.07.2001.

2194 *BSG*, Urteil vom 10.12.1987 – 9a RVs 11/87, juris-Rn. 1 f.

2195 Neufassung des Gesetzes zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft vom 08.10.1979 (BGBl. I, S. 1649), geändert durch Art. 20 des Gesetzes über Maßnahmen zur Entlastung der öffentlichen Haushalte und zur Stabilisierung der Finanzentwicklung in der Rentenversicherung sowie über die Verlängerung der Investitionshilfeabgabe (Haushaltsbegleitgesetz) vom 22.12.1983 (BGBl. I, S. 1532).

2196 Änderung des SchwbG durch das erste Gesetz zur Änderung des Schwerbehindertengesetzes vom 24.07.1986 (BGBl. I, S. 1110), in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.08.1986 (BGBl. I, S. 1421).

2197 In der Fassung des SchwbG vom 26.08.1986 (BGBl. I, S. 1421).

2198 *BSG*, Urteil vom 10.12.1987 – 9a RVs 11/87, juris-Rn. 8.

2199 *LSG Baden-Württemberg*, Urteil vom 20.10.1986 – L 11 Vs 1890/85 (nicht in juris und beck veröffentlicht).

2200 *BSG*, Urteil vom 10.12.1987 – 9a RVs 11/87, juris-Rn. 13 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Einordnung

Das *BSG* überprüfte diese generelle Tatsachenfeststellung des *LSG* zu den tatsächlichen Gehgewohnheiten der Bevölkerung mit Hilfe der Feststellung genereller Tatsachen[2201]. Dazu bediente sich das *BSG* verschiedener empirischer Erkenntnisse in der Form von Verkehrserhebungen und Veröffentlichungen, um die Feststellung der Vorinstanz und deren Auslegung zu bestätigen.[2202] Jedoch muss darauf hingewiesen werden, dass sich das Mobilitäts- und Bewegungsverhalten in der Bevölkerung in der Zwischenzeit gewandelt hat[2203] und demnach veränderte Werte hinsichtlich der Wegstrecken, die üblicherweise noch zu Fuß zurückgelegt werden, zugrunde zu legen sind. Diese Werte ergeben sich aus aktuellen Mobilitätsstudien[2204].[2205]

bb. Rechtsbegriff der „Auswirkungen auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft" gemäß § 69 Abs. 1 und 3 SGB IX a.F.

(1) Auslegung des Rechtsbegriffs

In dem Revisionsverfahren vom 24.04.2008[2206] war streitig, ob eine neben anderen Erkrankungen an Diabetes mellitus erkrankte Person einen Anspruch auf die Feststellung eines bestimmten GdB hatte. Rechtsgrundlage hierfür war § 69 Abs. 1 und 3 SGB IX[2207] i.V.m. den AHP[2208].[2209] In § 69 Abs. 1 S. 3 SGB IX a.F. war geregelt, dass als GdB die „Auswirkungen auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft" nach Zehnergraden abgestuft

2201 Zur Befugnis des *BSG* diese generellen Tatsachen nachzuprüfen: *Dreher*, ZfS 1986, S. 65, 71.

2202 *BSG*, Urteil vom 10.12.1987 – 9a RVs 11/87, juris-Leitsatz Nr. 3, Rn. 16 und 23-31.

2203 Auf die Änderung bzw. Wandlung des Mobilitäts- und Bewegungsverhaltens der Bevölkerung im Laufe der Zeit hatte das *BSG* auch bereits 1987 hingewiesen: *BSG*, Urteil vom 10.12.1987 – 9a RVs 11/87, juris-Rn. 27.

2204 *BMDV*, Mobilität in Deutschland – MiD, S. 7 und 15.

2205 Siehe dazu bereits oben im 3. Senat: G. II. 3. d. (*BSG,* Urteil vom 18.04.2024 – B 3 KR 13/22 R, juris-Rn. 22 und 29).

2206 *BSG,* Urteil vom 24.04.2008 – B 9/9a SB 10/06 R, juris.

2207 Neuntes Buch Sozialgesetzbuch – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen –vom 19.06.2001 (BGBl. I, S. 1046), aufgehoben durch Art. 26 Abs. 1 S. 2 des Gesetzes vom 23.12.2016 (BGBl. I, S. 3234).

2208 E. II. 2. a. aa. (6) (ii).

2209 *BSG,* Urteil vom 24.04.2008 – B 9/9a SB 10/06 R, juris-Rn. 1 f. und 19; *LSG Baden-Württemberg,* Urteil vom 16.08.2006 – L 3 SB 2251/05, juris-Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

festgestellt werden. Weiterhin regelte § 69 Abs. 3 S. 1 SGB IX a.F., dass der GdB beim Vorliegen von mehreren Beeinträchtigungen der „Teilhabe am Leben in der Gesellschaft" nach den Auswirkungen der Beeinträchtigungen in ihrer Gesamtheit unter Berücksichtigung ihrer wechselseitigen Beziehungen festgestellt wird.[2210] Die damals gültigen AHP sahen vor, dass je schlechter die Einstellungsqualität, also die Stoffwechsellage bei der behinderten Person war, desto höher der GdB, also die Teilhabebeeinträchtigung, ausfiel. Der Therapieaufwand der einzelnen Person bei der Einstellung des Diabetes, also der Aufwand bei der Vermeidung einer Überzuckerung oder einer Unterzuckerung, spielte eine untergeordnete Rolle.[2211] Das *BSG* trat in die Beweiserhebung ein, um zu prüfen, ob die geschilderten Annahmen in den AHP noch dem herrschenden Kenntnisstand der sozialmedizinischen Wissenschaft entsprachen. So wurden hierfür Stellungnahmen des *BMAS* und der *Deutschen Diabetes Gesellschaft (DDG)* eingeholt und sachverständige Personen angehört.[2212] Die Beweiswürdigung (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG) des *BSG* ergab u.a.[2213], dass mit der Einstellbarkeit eines Diabetes zum einen die Stoffwechsellage des Menschen mit Behinderung und zum anderen auch der Therapieaufwand beurteilt werde. Deshalb sei es bei der GdB-Bewertung des Diabetes i.S.v. § 69 Abs. 1 und 3 SGB IX a.F. notwendig, den jeweiligen Therapieaufwand in die Beurteilung miteinzubeziehen, wenn sich dieser auf die Teilhabe des behinderten Menschen am Leben in der Gesellschaft nachteilig auswirke.[2214]

(2) Einordnung

Das vorentscheidende *LSG Baden-Württemberg* war der Ansicht, dass die damals geltenden AHP den herrschenden wissenschaftlichen Erkenntnisstand repräsentierten.[2215] Das *BSG* stellte generelle Tatsachen mit eigener Beweiserhebung und Beweiswürdigung fest, um zu dem Ergebnis zu kommen, dass einzelne Annahmen in den AHP nicht mehr mit dem allgemein anerkannten Stand in der Medizin übereinstimmten. Damit korrigierte

2210 *BSG,* Urteil vom 24.04.2008 – B 9/9a SB 10/06 R, juris-Rn. 22 f.
2211 *A.a.O.,* Rn. 29 ff., Rn. 35 und 39.
2212 *A.a.O.,* Rn. 31.
2213 Zu der nicht sinnvollen Unterscheidung zwischen verschiedenen Diabetes-Typen (Typ I und Typ II): *a.a.O.,* Rn. 32-36.
2214 *A.a.O.,* Rn. 37-40.
2215 *LSG Baden-Württemberg,* Urteil vom 16.08.2006 – L 3 SB 2251/05, juris-Rn. 25 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das *BSG* gleichzeitig die Beweiswürdigung der Vorinstanz und nahm eine Konkretisierung von § 69 Abs. 1 und 3 SGB IX a.F. vor. Hinsichtlich der noch festzustellenden Einzeltatsachen, insbesondere in Bezug auf den Gesundheitszustand der behinderten Person und deren konkreten Therapieaufwand bei der Einstellung des Diabetes, verwies das *BSG* das Verfahren gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG zu weiteren Ermittlungen an die Tatsacheninstanz zurück[2216]. Seit dem 01.01.2009 gilt die VersMedV als Nachfolgevorschrift zu den AHP. In der aktuell geltenden Anlage zu § 2 VersMedV werden unter Teil B: GdS-Tabelle (15.1 Zuckerkrankheit (Diabetes mellitus)) verschiedene Stufen des Therapieaufwands bei der Überwachung einer Diabetes-Erkrankung unterschiedlichen Graden der Schädigungsfolgen (GdS) bzw. Graden der Behinderung (GdB) zugeordnet[2217].

j. Arbeitslosenversicherung

Im Recht der Arbeitslosenversicherung wird beispielhaft auf ein Urteil vom 25.06.2002[2218] zurückgegriffen. In diesem wurde geprüft, ob ein Arbeitnehmer einen Anspruch auf höheres Arbeitslosengeld hatte. Rechtsgrundlagen für die Berechnung des Arbeitslosengeldes waren der damals geltende § 111 Arbeitsförderungsgesetz (AFG[2219]) bzw. ab 01.01.1998 die §§ 129 und 136 SGB III[2220].[2221]

aa. Rechtsbegriff des „gewöhnlichen Entgeltabzugs" i.S.v. § 136 Abs. 2 S. 1 SGB III a.F. bzw. § 111 Abs. 1 AFG a.F.

So normierte § 129 SGB III a.F., welcher im Grunde dem heutigen § 149 SGB III entspricht, dass sich die Höhe des Arbeitslosengeldes nach einem

2216 *BSG,* Urteil vom 24.04.2008 – B 9/9a SB 10/06 R, juris-Rn. 41 f.
2217 Dazu beispielsweise: *BSG,* Urteil vom 16.12.2014 – B 9 SB 2/13 R, juris-Rn. 9 ff.
2218 *BSG,* Urteil vom 25.06.2002 – B 11 AL 55/01 R, juris.
2219 Arbeitsförderungsgesetz vom 25.06.1969 (BGBl. I, S. 582), in der Fassung des Art. 1 Nr. 74 des Gesetzes vom 21.12.1993 (BGBl. I, S. 2353); das AFG wurde aufgehoben durch Art. 82 des Gesetzes vom 24.03.1997 (BGBl. I, S. 594) sowie Art. 8 Nr. 2 i.V.m. Art. 32 Abs. 1 des Gesetzes vom 16.12.1997 (BGBl. I, S. 2390).
2220 Drittes Buch Sozialgesetzbuch – Arbeitsförderung – (Art. 1 des Gesetzes vom 24.03.1997, BGBl. I, S. 594), zuletzt geändert durch Art. 60 des Gesetzes vom 23.10.2024 (BGBl. I, Nr. 323).
2221 *BSG,* Urteil vom 25.06.2002 – B 11 AL 55/01 R, juris-Rn. 1 und 15.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bestimmten Prozentsatz des pauschalierten Nettoentgelts (Leistungsentgelt) berechnet, das sich aus dem Bruttoentgelt ergibt. Weiterhin regelten § 136 Abs. 1 SGB III a.F. bzw. davor § 111 Abs. 1 AFG a.F., dass für die Berechnung des Leistungsentgelts pauschal zu berücksichtigende Entgeltabzüge, also insbesondere Steuern und die Beiträge zur Sozialversicherung (§ 136 Abs. 2 S. 1 SGB III a.F.), vom Bruttoentgelt in Abzug zu bringen sind. Hierfür war für die Kirchensteuer die Steuer nach dem im Vorjahr in den Ländern geltenden niedrigsten Kirchensteuerhebesatz zugrunde zu legen (§ 136 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 SGB III a.F. bzw. davor § 111 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 AFG a.F.). Dabei wurde gemäß § 136 Abs. 2 S. 1 SGB III a.F. bzw. § 111 Abs. 1 AFG a.F. der Kirchensteuerhebesatz als „gewöhnlicher Entgeltabzug" eingeordnet.[2222] Der Kläger machte im betreffenden Revisionsverfahren geltend, dass bei ihm das Arbeitslosengeld ohne Abzug des Kirchensteuerhebesatzes vom Bruttoentgelt zu berechnen sei.[2223]

bb. Einordnung

Aus der vorstehend geschilderten Rechtslage erwuchs eine verfassungsrechtlich bedeutsame Problematik[2224], die auch Gegenstand weiterer Revisionsverfahren[2225] war. Diese entzündete sich an der dargestellten Berechnung des Arbeitslosengeldes unter Zugrundelegung eines pauschalen Kirchensteuerhebesatzes als „gewöhnlicher Entgeltabzug" unabhängig von einer Kirchen-Mitgliedschaft.[2226] Das *BVerfG* hatte die entsprechenden Regelungen als verfassungskonform eingeordnet. Jedoch führte *es* in diesem Zusammenhang auch aus, dass die Kirchensteuer nicht mehr als gewöhnlicher Entgeltabzug gesehen werden könne, also der Gesetzgeber handeln müsse, wenn statistische Erkenntnisse vorlägen, welche bewiesen, dass nicht mehr eine „deutliche Mehrheit" von Arbeitnehmern Mitglieder einer kirchensteuerpflichtigen Kirche seien.[2227] Diese „deutliche Mehrheit"

2222 *A.a.O.,* Rn. 13 ff.
2223 *A.a.O.,* Rn. 1.
2224 *BVerfG,* Beschluss vom 23.03.1994 – 1 BvL 8/85, juris.
2225 *BSG,* Urteil vom 10.11.1993 – 11 RAr 47/93, juris-Rn. 36; *BSG,* Urteil vom 27.06.1996 – 11 RAr 1/96, juris-Orientierungssätze Nr. 1 und 2; *BSG,* Urteil vom 10.08.2000 – B 11 AL 37/00 R, juris- Orientierungssätze 1-3; *BSG*, Urteil vom 08.11.2001 – B 11 AL 43/01 R, juris-Rn. 22; *BSG*, Urteil vom 21.03.2002 – B 7 AL 18/01 R, juris-Orientierungssatz.
2226 *BSG,* Urteil vom 25.06.2002 – B 11 AL 55/01 R, juris-Rn. 16.
2227 *BVerfG,* Urteil vom 23.03.1994 – 1 BvL 8/85, juris-Rn. 44-49.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wurde im Rahmen der Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* ermittelt. Die generelle Tatsache besagte, dass 57,6 % der Arbeitnehmer in Deutschland einer zur Erhebung von Kirchensteuer ermächtigten Kirchengemeinde angehörten. Dies sei eine deutliche Mehrheit und demnach sei der pauschale Kirchensteuerabzug ein gewöhnlich anfallender Entgeltabzug. Erkenntnisgrundlage dieser generellen Tatsache war eine Auskunft des *Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung (BMA)* vom 06.11.2001, welche aus einem anderen Revisionsverfahren vor dem *BSG*[2228] in das Revisionsverfahren vom 25.06.2002 eingeführt wurde. Das *BSG* hatte in diesem Zusammenhang also keine Beweise selbst erhoben. Ergänzend dazu holte das *BSG* selbst eine Auskunft des *BMA* ein, welche jedoch keine weiteren Erkenntnisse einbrachte.[2229] Die durch das *BSG* festgestellten generellen Tatsachen hatten in der gerichtlichen Vorinstanz noch keine Berücksichtigung gefunden. So verwies das vorentscheidende *LSG* auf ältere Rechtsprechung[2230], welche sich wiederum auf älteres Zahlenmaterial bezog.[2231]

k. Beitragsrecht und Mitgliedschaftsrecht der Krankenversicherung, der Pflegeversicherung, der Rentenversicherung und der Arbeitslosenversicherung

aa. Rechtsauslegung mittels Gesetzesmaterialien

In der Rechtsprechung des 12. Senats des *BSG* ist die zu diskutierende Aussage zu finden, dass es sich bei der „Verwertung der BT-Drucks 16/3100 nicht um eine Tatsache" i.S.v. § 128 Abs. 2 SGG handele.[2232] Die entsprechende Bundestagsdrucksache wurde im vorliegenden Fall vom vorentscheidenden *Tatsachengericht* herangezogen und ausgewertet, um Ausführungen darin in seine Rechtsanwendung einzubeziehen. Die Drucksache wurde jedoch zuvor weder von den Beteiligten noch vom Berufungsgericht gemäß § 128 Abs. 2 SGG in das Verfahren eingeführt.[2233] Das *BSG* ist der Ansicht, dass das *LSG* dadurch nicht § 128 Abs. 2 SGG verletzt habe. Das

2228 *BSG*, Urteil vom 21.03.2002 – B 7 AL 18/01 R, juris-Rn. 10 und 14.
2229 *BSG,* Urteil vom 25.06.2002 – B 11 AL 55/01 R, juris-Rn. 10 f. und 17-21.
2230 *BSG,* Urteil vom 10.08.2000 – B 11 AL 37/00 R, juris-Rn. 20.
2231 *LSG Rheinland-Pfalz,* Urteil vom 05.02.2001 – L 1 AL 75/00, juris-Rn. 17-19.
2232 *BSG,* Urteil vom 04.09.2013 – B 12 KR 13/11 R, juris-Rn. 14.
2233 *Ebd.; LSG Baden-Württemberg,* Urteil vom 10.09.2010 – L 4 KR 915/08, juris-Rn. 26.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wird damit begründet, dass sich § 128 Abs. 2 SGG nur auf zu subsumierende Tatsachen beziehe und dass die Auswertung einer BT-Drs. der Rechtsfindung zuzurechnen sei[2234] bzw. der Bestimmung des Inhalts einer Norm diene.[2235]

bb. Einordnung

Der These des *BSG*, dass die Würdigung und Feststellung von generellen Tatsachen dem Zweck der Rechtsanwendung dienen kann, ist zuzustimmen.[2236] Auch ist dem *BSG* zu folgen, wenn *es* ausführt, dass § 128 Abs. 2 SGG keine Hinweispflicht zu den Erwägungen der tatsächlichen und rechtlichen Überzeugungsbildung des Gerichts umfasst, außer die Beteiligten würden von einer Beweiswürdigung oder Rechtsaufassung überrascht werden.[2237] Jedoch wird hinsichtlich der Annahme des *BSG*, dass die Auswertung von Gesetzesmaterialien der Rechtsfindung zuzurechnen sei und demnach § 128 Abs. 2 SGG in diesem Fall nicht greife, vom Autor eine andere Ansicht vertreten. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Grundlage genereller Tatsachen in der Form einer Bundestagsdrucksache.[2238], welche in die Rechtsfindung, hier in die (tatsachengestützte) Auslegung von Rechtsbegriffen, einbezogen wird[2239]. Die Drucksache bleibt dabei aber eine festzustellende Tatsache[2240]. Der Aussagesatz über das positive Recht[2241], dass dieses auf eine bestimmte Art und Weise verstanden werden muss, stellt die Rechtsauslegung mit Hilfe der Bundestagsdrucksache dar. Dieser Aussagesatz kann in dieser Form ausgesprochen werden, weil entsprechendes Wissen durch die Würdigung der Drucksache erlangt

2234 Ebenso: *BVerwG,* Urteil vom 28.10.1970 – VI C 48.68, juris-Rn. 63 m.w.N.; dazu, dass das Revisionsgericht zur Auswertung von Gesetzesmaterialien befugt sei: *BVerwG,* Urteil vom 30.11.1978 – II C 6.75, juris-Rn. 26; *BVerwG,* Urteil vom 11.02.1977 – VI C 135.74, juris-Rn. 37*; Neumann/Korbmacher,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 137 Rn. 133 (mit der Einordnung der Auswertung der Materialien als Rechtsanwendung).

2235 *BSG,* Urteil vom 04.09.2013 – B 12 KR 13/11 R, juris-Rn. 14; *Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 17.

2236 F. IV. 2. b.

2237 *BSG,* Urteil vom 04.09.2013 – B 12 KR 13/11 R, juris-Rn. 15; siehe dazu oben: E. II. 2. b. bb. (1) (ii).

2238 F. II. 3. d.

2239 C. II. 1. b. ff. und F. IV. 2. b. aa.

2240 F. IV. 1. c. bb., F. IV. 2. b. cc. und F. VIII.

2241 C. I. 3. a.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wurde. Die Würdigung und Feststellung der generellen Tatsachen (Tatsachenfrage)[2242] und die Auslegungstätigkeit (Rechtsfrage)[2243] fallen hier grundsätzlich zusammen[2244]. Das bedeutet jedoch nicht, dass § 128 Abs. 2 SGG in diesem Fall nicht greift. So muss die BT-Drs. als Tatsache ggf. erhoben bzw. ermittelt werden, was mit den Mitteln der juristischen Methodik nicht möglich ist[2245]. Damit ist sie gemäß § 128 Abs. 2 SGG den Beteiligten grundsätzlich bekannt zu geben. Es handelt sich also nicht um die Offenlegung der beabsichtigten tatsächlichen oder der rechtlichen Beweiswürdigung bzw. Überzeugungsbildung, sondern um die Hinweispflicht auf die Grundlage der generellen Tatsache i.S.v. § 128 Abs. 2 SGG. Das gilt zumindest dann, wenn die Beteiligten nicht mit deren Einbezug rechnen müssen[2246].

4. Strafgerichtsbarkeit

Im weiteren Verlauf sind wissenschaftliche Erfahrungssätze im Strafrecht zu thematisieren (a.). Daran anschließend wird auf die Überprüfung der Beweiswürdigung des Tatsachengerichts durch die Revisionsinstanz (b.) und auf die Feststellung von Einzeltatsachen eingegangen (c.).

a. Wissenschaftliche Erfahrungssätze

Grundsätzlich entscheidet das Gericht darüber, ob und wie eine Straftat begangen wurde und ob die angeklagte Person bestraft wird, also ob die Rechtsfolge einer strafrechtlichen Norm ausgelöst wird. Dabei sind wissenschaftliche Erkenntnisse, aus welchen generelle Tatsachen abgeleitet werden können[2247], von großer Bedeutung. So ist für den Beweis einer Tathandlung einer Person, also für den Nachweis einer Straftat, auch der entsprechende empirische Erfahrungssatz oder das Erfahrungsgesetz durch das entscheidende Gericht zu beachten. Für die Feststellung dieses in der Wissenschaft anerkannten Erfahrungswissens sind grundsätz-

2242 C. III. 2. b. und E. II. 2. b. aa. (1).
2243 C. III. 2. a. aa.
2244 F. IV. 2. b. cc.
2245 C. III. 2. b. bb.
2246 E. II. 2. b. cc. (4) (v) β.
2247 Siehe dazu im Sozialrecht: F. I. und F. II. 2. d.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lich Sachverständige hinzuzuziehen. Diese wissenschaftlichen Erkenntnisse oder empirischen Erfahrungssätze bestätigen also Tatsachenfeststellungen im Einzelfall. Diese generellen Tatsachen können aber auch zu den Einzeltatsachen im Widerspruch stehen. Das kann z.B. der Fall sein, wenn wissenschaftliche Erkenntnisse belegen, dass eine Tathandlung nicht den eingetretenen Erfolg herbeigeführt haben kann. In einem solchen Fall ist das Urteil rechtsfehlerhaft.[2248] Im Strafrecht bestehen unterschiedliche Arten von Erfahrungssätzen, welche einerseits als gesichert gelten[2249], weil sie in den entsprechenden Fachkreisen allgemein und zweifelsfrei als zutreffend anerkannt sowie empirisch bewiesen sind und damit zu zwingenden Folgerungen führen. Mit anderen Worten kann auch von auf naturwissenschaftlicher Grundlage fußenden Gesetzmäßigkeiten gesprochen werden. Andererseits gibt es im Strafrecht Erfahrungssätze, welche lediglich auf bestimmte Wahrscheinlichkeiten schließen lassen.[2250] Für das Tatsachengericht besteht die Herausforderung, zu ermitteln, ob der jeweilige Erfahrungssatz in der jeweiligen Wissenschaft gesichert ist.[2251] Im sozialgerichtlichen Verfahren haben die Instanzgerichte die damit vergleichbare Aufgabe, den allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft zu ermitteln.[2252]

b. Überprüfung der Beweiswürdigung des Tatsachengerichts durch die Revisionsinstanz

aa. Freie Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO

Im strafgerichtlichen Verfahren entscheidet der Strafrichter gemäß § 261 StPO über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien Überzeu-

2248 *Gärditz,* Gerichtliche Feststellung genereller Tatsachen (legislative facts) im Öffentlichen Recht, in: Paeffgen et al., FS Puppe, S. 1557, 1559; *Puppe*, JZ 1994, S. 1147, 1147; *Knauer/Kudlich,* in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 3, § 337 Rn. 39; *Eschelbach*, in: Graf, BeckOK StPO, § 261 Rn. 66.

2249 *BGH,* Urteil vom 18.09.2008 – 5 StR 224/08, juris-Rn. 15.

2250 *BGH,* Urteil vom 16.05.2002 – 1 StR 40/02, juris-Rn. 20; *BGH,* Beschluss vom 07.06.1982 – 4 StR 60/82, juris-Rn. 8 ff.; *Bartel,* in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 2, § 261 Rn. 35 und 94 ff. m.w.N.; *Knauer/Kudlich,* in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 3, § 337 Rn. 39; *Eschelbach*, in: Graf, BeckOK StPO, § 261 Rn. 39 ff.; *Beckemper,* in: Gercke/Temming/Zöller, StPO, § 261 Rn. 9 m.w.N.; *Eisenberg*, NStZ 2010, S. 125, 127; *Kindhäuser/Schumann,* Strafprozessrecht, § 20 Rn. 13; *Puppe*, JZ 1994, S. 1147, 1150.

2251 *Bartel,* in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 2, § 261 Rn. 97.

2252 E. II. 2. a. aa. (5) (ii).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gung bzw. seiner persönlichen Gewissheit. Weiterhin gilt, dass diese persönliche Überzeugung oder die persönliche Gewissheit eines Richters für eine Entscheidung allein nicht ausreicht. Vielmehr muss eine tragfähige objektive Tatsachengrundlage dargelegt werden, welche nachvollziehbar bzw. einleuchtend im Hinblick auf die im Einzelfall einschlägige(n) Norm(en) gewürdigt werden kann. Eine objektive Tatsachengrundlage können z.B. die oben erwähnten wissenschaftlichen Erkenntnisse[2253] darstellen.[2254]

bb. Grundsatz der Bindung des Revisionsgerichts an die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz gemäß § 337 Abs. 1 StPO

Im strafgerichtlichen Verfahren gilt grundsätzlich der Strengbeweis. Danach sind Tatsachen, welche für den Inhalt der Sachentscheidung, also für die Bestimmung der Schuld- und Straffrage, maßgeblich sind, anhand eines abschließenden Beweismittelkatalogs zu ermitteln (§§ 244 ff. StPO).[2255] Im deutschen Strafprozess existiert weiterhin gemäß § 155 Abs. 2, 1. Hs. i.V.m. § 244 Abs. 2 und § 384 Abs. 3 StPO die sogenannte Offizialmaxime. Das Gericht ermittelt den Sachverhalt danach von Amts wegen[2256].[2257] Für die Frage, welche gerichtliche Instanz im Strafprozess für die Feststellung von Einzeltatsachen zuständig ist, kann § 337 Abs. 1 StPO[2258] herangezogen werden. Diese Norm besagt, dass die Revision nur auf eine Verletzung des Gesetzes durch die Vorinstanz gestützt werden kann. Aus § 337 Abs. 1 StPO

2253 G. II. 4. a.

2254 *BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 30.04.2003 – 2 BvR 2045/02, juris-Rn. 36 m.w.N.; *BGH,* Urteil vom 19.01.1999 – 1 StR 171/98, juris-Rn. 28 m.w.N.; *BGH,* Urteil vom 25.03.1987 – 3 StR 574/86, juris-Rn. 16; *Schwarz,* in: Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Rn. 602 ff.; *Kindhäuser/Schumann,* Strafprozessrecht, § 23 Rn. 55 f. und 61 ff.; *Albrecht*, NStZ 1983, S. 486, 489; zur Beweiswürdigung gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG im sozialgerichtlichen Verfahren: E. II. 2. b. aa. (1).

2255 *Trüg/Habetha,* in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 2, § 244 Rn. 34; *König,* in: Dölling et al., Gesamtes Strafrecht, StPO § 244 Rn. 11; *Többens,* NStZ 1982, S. 184, 184.

2256 Zum Amtsermittlungsgrundsatz im Sozialrecht gemäß § 103 SGG: E. I. 1.

2257 *Teßmer,* in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 2, § 155 Rn. 13; *Pfordte,* in: Dölling et al., Gesamtes Strafrecht, StPO § 155 Rn. 3; *Monka*, in: Graf, BeckOK StPO, § 155 Rn. 2; *Bachler*, in: Graf, BeckOK StPO, § 244 Rn. 13; *Daimagüler,* in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 3, § 384 Rn. 6 f.

2258 Zu § 162 SGG im sozialgerichtlichen Revisionsverfahren: E. III. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lässt sich also grundsätzlich ableiten, dass die Revision auf die Überprüfung von Rechtsverletzungen beschränkt und an die Beweiswürdigung und Tatsachenfeststellungen (§ 261 StPO) der Vorinstanz gebunden ist.[2259] Im Folgenden ist aufzuzeigen, dass die Beweiswürdigung des Tatsachengerichts Grenzen hat und unter bestimmten Voraussetzungen vom Revisionsgericht überprüft werden kann (cc.).[2260]

cc. Grenzen der Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO

(1) Überprüfung der Beweiswürdigung

Von der in § 337 Abs. 1 StPO statuierten Bindung an die Beweiswürdigung und die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz gibt es also Ausnahmen. Eine Ausnahme bezieht sich auf wissenschaftliche Erfahrungssätze. Diese ist auf die revisionsgerichtliche Prüfung ausgerichtet, ob das Tatsachengericht bei seiner Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO (allgemein anerkannte) wissenschaftliche Erkenntnisse oder empirische Erfahrungssätze fehlerhaft nicht[2261] oder einen nicht existierenden Erfahrungssatz angewandt hat[2262]. Erfahrungssätze müssen demnach begründet und ihre Erkenntnisgrundlage muss offengelegt werden[2263] (§ 267 StPO)[2264].[2265] Neben dem bereits genannten Strengbeweis[2266] existiert der sogenannte Freibeweis,

2259 *Wiedner*, in: Graf, BeckOK StPO, Stand: 01.01.2025, § 337 Rn. 1 ff.; *Rackow,* in: Dölling et al., Gesamtes Strafrecht, StPO § 337 Rn. 1; *Knauer/Kudlich,* in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 3, § 337 Rn. 2 und 4; *Temming,* in: Gercke/Temming/Zöller, StPO, § 337 Rn. 1; zu § 163 SGG im sozialgerichtlichen Revisionsverfahren: E. III. 6.

2260 *Bartel,* in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 2, § 261 Rn. 1, Rn. 5 und 89; *Eschelbach*, in: Graf, BeckOK StPO, § 261 Rn. 37 ff.; *Wiedner*, in: Graf, BeckOK StPO, Stand: 01.01.2025, § 337 Rn. 152.

2261 *BGH,* Beschluss vom 27.09.2001 – 1 StR 349/01, juris-Rn. 5 ff.; *BGH,* Urteil vom 18.03.1954 – 3 StR 87/53, juris-Rn. 5 ff.

2262 *BGH,* Urteil vom 29.03.1988 – 5 StR 65/88, juris-Rn. 3.

2263 *Albrecht*, NStZ 1983, S. 486, 489 f. m.w.N.

2264 Siehe zur Begründungspflicht im sozialgerichtlichen Verfahren: E. II. 2. b. bb. (2) und E. II. 2. b. cc. (4) (v) β.

2265 *Wiedner*, in: Graf, BeckOK StPO, Stand: 01.01.2025, § 337 Rn. 152; *Bartel,* in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 2, § 261 Rn. 1, Rn. 5, Rn. 89 und 94 ff.; *Eschelbach*, in: Graf, BeckOK StPO, § 261 Rn. 39 ff. und 71; *Schwarz,* in: Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Rn. 617 f.; *Gericke,* in: Barthe/Gericke, KK-StPO, StPO § 337 Rn. 29.

2266 G. II. 4. b. bb.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

welcher nicht in der StPO geregelt ist und im Gegensatz zum Strengbeweis keine gesetzlichen Beweisregeln vorsieht, wenn es um die Art der Beweisaufnahme oder um die konkreten Erkenntnisgrundlagen geht.[2267] Auf dieses Freibeweisverfahren wird sich in der Literatur vereinzelt bezogen, um zu begründen, dass das Revisionsgericht natur(wissenschaftliche) Erkenntnisse auch mit eigener Beweiserhebung entgegen von § 337 Abs. 1 StPO im Strafprozess selbst feststellen darf.[2268] Nachfolgend werden Beispiele aufgezeigt, in welchen der *BGH* in Strafsachen wissenschaftliche Erfahrungssätze in strafgerichtlichen Verfahren festgestellt hat oder feststellen könnte ((2)).

(2) Feststellung von wissenschaftlichen Erfahrungssätzen durch den *BGH* in Strafsachen

So hatte der *BGH* z.B. Beweis hinsichtlich der Frage erhoben und den entsprechenden Erfahrungssatz festgestellt, dass der aktuelle medizinische Erkenntnisstand belege, dass ein gesunder Kraftfahrer stets deutliche Zeichen der Ermüdung an sich wahrnehme oder wenigstens wahrnehmen könne bevor es zu einem Sekundenschlaf komme.[2269] Ein solcher Erfahrungssatz kann herangezogen werden, um eine fahrlässige Tathandlung gemäß § 222 StGB[2270] zu stützen.[2271] Eine weitere naturwissenschaftlich-medizinische Erkenntnis stellt die Tatsache dar, dass ein Kraftfahrzeugführer bei einer Blutalkoholkonzentration von 1,1 Promille absolut fahruntüchtig i.S.v. § 315c Abs. 1 Nr. 1a und § 316 Abs. 1 StGB[2272] sei.[2273] Ein weiteres Beispiel

2267 *König,* in: Dölling et al., Gesamtes Strafrecht, StPO § 244 Rn. 12 f.; *Többens,* NStZ 1982, S. 184, 184; zu den durch das Revisionsgericht ebenfalls im sogenannten Freibeweis zu ermittelnden, verfahrensrechtlich relevanten Tatsachen (sogenannte Verfahrenstatsachen): *Többens,* NStZ 1982, S. 184, 184 ff. und *Temming,* in: Gercke/Temming/Zöller, StPO, § 337 Rn. 3.

2268 *Wiedner*, in: Graf, BeckOK StPO, Stand: 01.01.2025, § 337 Rn. 152.1; *Temming,* in: Gercke/Temming/Zöller, StPO, § 337 Rn. 3 (mit der Begrenzung auf „allgemeingültige Erfahrungssätze").

2269 *BGH,* Beschluss vom 18.11.1969 – 4 StR 66/69, juris-Leitsatz und Rn. 36 ff.

2270 Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 (BGBl. I, S. 3322), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes vom 07.11.2024 (BGBl. I, Nr. 351).

2271 *Eschelbach*, in: Kudlich/von Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, § 222 Rn. 16.

2272 *Pegel,* in: Erb/Schäfer, MünchKomm StGB, Band 6, § 316 Rn. 37; *Pegel,* in: Erb/Schäfer, MünchKomm StGB, Band 6, § 315c Rn. 31; *Kudlich*, in: Kudlich/von Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, § 316 Rn. 1.

2273 *BGH,* Urteil vom 09.04.2015 – 4 StR 401/14, juris-Rn. 10; *BGH,* Beschluss vom 14.03.1969 – 4 StR 183/68, juris-Rn. 9 und 14; *BGH,* Beschluss vom 13.04.2023

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stellt die Ermittlung des *BGH* bei der Frage dar, ob anhand einschlägiger Literatur eine bestimmte wissenschaftliche Methode in der Rechtsmedizin überwiegend anerkannt ist.[2274] In diesem Zusammenhang sind auch die Regeln der ärztlichen Kunst zu nennen, welche bei der Anwendung von Therapiemethoden zu beachten sind und welche bei Nichtbeachtung durch einen Arzt den Tatbestand der fahrlässigen Tötung bekräftigen können.[2275] Im Hinblick auf generelle Kausalzusammenhänge, welche durch Kausalgesetze bzw. empirische Gesetze belegbar sind[2276], können Fälle aus der strafrechtlichen Produkthaftung angeführt werden. In diesem Kontext ist die Entscheidung des *Landgerichts (LG) Aachen* aus dem Jahr 1970 zur Contergan-Katastrophe zu nennen, in welcher zu untersuchen war, ob die Einnahme eines bestimmten Wirkstoffs während der Schwangerschaft bestimmte Gesundheitsschäden beim ungeborenen Kind verursachte.[2277] Auch bei der Prüfung, ob ein Wirkungszusammenhang zwischen der Verwendung eines Holzschutzmittels und bestimmten Gesundheitsschäden bestand, waren empirisch nachgewiesene Kausalzusammenhänge wichtig.[2278] Abzugrenzen von den genannten wissenschaftlichen Erfahrungssätzen sind Einzeltatsachen (c.).

c. Feststellung von Einzeltatsachen

Hinsichtlich der Notwendigkeit der Ermittlung von Einzeltatsachen kann z.B. die ständige Rechtsprechung des *BGH* zur Beurteilung der Schuldfähigkeit einer angeklagten Person (§§ 20, 21 StGB)[2279] dienen, wenn diese während der Tat stark alkoholisiert war. So gebe es keinen gesicherten medizinisch-statistischen Erfahrungssatz, dass ab einer bestimmten Höhe

– 4 StR 439/22, juris-Rn. 5 f.; *BGH,* Beschluss vom 28.06.1990 – 4 StR 297/90, juris-Rn. 9 ff. und 22.

2274 *BGH,* Beschluss vom 12.01.1994 – 5 StR 620/93, juris-Rn. 4 ff.

2275 *BGH,* Urteil vom 13.12.2006 – 5 StR 211/06, juris-Rn. 20 ff. (wenngleich der *BGH* in diesem Urteil die betreffenden Erkenntnisse nicht selbst feststellte, sondern auf die Feststellungen des vorentscheidenden *LG Hamburg* verwies (*LG Hamburg,* Urteil vom 07.12.2005 – 606 KLs 7200 Js 91/99 (21/03) (nicht in juris veröffentlicht))).

2276 *Gärditz,* Gerichtliche Feststellung genereller Tatsachen (legislative facts) im Öffentlichen Recht, in: Paeffgen et al., FS Puppe, S. 1557, 1559.

2277 *LG Aachen*, Entscheidung vom 18.12.1970 – 4 KMs 1/68, 15 115/67, JZ 1971, S. 507, 507 ff.; *Puppe*, JZ 1994, S. 1147, 1147 f.

2278 *BGH*, Urteil vom 02.08.1995 – 2 StR 221/94, juris-Rn. 32 ff.; kritisch dazu: *Puppe*, JZ 1996, S. 315, 318 ff.

2279 *Eschelbach*, in: Kudlich/von Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, § 21 Rn. 1 und 9.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Blutalkoholkonzentration regelmäßig von einer verminderten Steuerungsfähigkeit auszugehen sei. Vielmehr seien neben der Höhe der Blutalkoholkonzentration die im konkreten Einzelfall feststellbaren psychodiagnostischen Kriterien, also Hinweise darauf, ob der Täter sein Hemmungsvermögen bei der Tat erhalten konnte oder nicht, in die Beurteilung der Schuldfähigkeit einzubeziehen.[2280]

5. Auswertung

Anhand der in diesem Kapitel einbezogenen Beispielfälle aus der Rechtsprechung des öffentlichen Rechts können die nachstehenden Thesen entwickelt werden.

a. Bundesverfassungsgericht

Das *BVerfG* ist grundsätzlich eine Tatsacheninstanz und kann Einzeltatsachen und generelle Tatsachen selbst feststellen (§ 26 BVerfGG). Mit § 33 Abs. 2 BVerfGG besteht hingegen eine Norm, welche es dem *BVerfG* ermöglicht, seiner Entscheidung die tatsächlichen Feststellungen der vorhergehenden gerichtlichen Entscheidung zugrunde zu legen.[2281]

b. Verwaltungsgerichtsbarkeit

aa. Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BVerwG*

Wie im sozialgerichtlichen Prozessrecht[2282] existieren auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahrensrecht Normen, welche eine Aufgabenteilung zwischen Revisionsinstanz und Tatsacheninstanz regeln. Damit ist z.B. § 137 Abs. 1 und 2 VwGO angesprochen. Weiterhin sind in § 108 Abs. 1 VwGO die Beweiswürdigung (Abs. 1 S. 1)[2283] und die Begründungspflicht (Abs. 1

2280 *BGH*, Beschluss vom 22.06.2021 – 2 StR 168/21, juris-Rn. 8 ff.; *BGH,* Urteil vom 29.04.1997 – 1 StR 511/95, juris-Leitsatz; *BGH,* Beschluss vom 29.05.2012 – 1 StR 59/12, juris-Rn. 19 ff. m.w.N.
2281 G. II. 1.
2282 E. III. 9.
2283 Siehe dazu im sozialgerichtlichen Verfahren: E. II. 2. b. aa.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

S. 2)[2284] verankert.[2285] In Bezug auf die Feststellung genereller Tatsachen in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist festzuhalten, dass in Literatur und Rechtsprechung wohl Einigkeit darüber besteht, dass diese zur Auslegung durch das *BVerwG* festgestellt werden dürfen.[2286] Damit zusammenhängend besteht weiterer Forschungsbedarf z.B. dahingehend, ob das *BVerwG* generelle Tatsachen auch zur Subsumtion selbst feststellen darf.[2287] Weiterhin ist zu untersuchen, in welchem Verhältnis generelle Tatsachen zu speziellen Erfahrungssätzen stehen[2288] und ob das einschlägige Beweisrecht bei der Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BVerwG* Anwendung findet[2289].

bb. Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften

Die Untersuchung der im Umweltrecht verbreiteten technischen Regelwerke der TA Luft und der TA Lärm ergab, dass diese als generelle Tatsachen einzuordnen und keine Rechtsnormen sind.[2290] Im Sozialrecht gibt es diese Regelwerke auch. So ist dort neben normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften[2291] auch die Rede von normergänzenden Verwaltungsvorschriften[2292], welche mit normkonkretisierenden Vorschriften vergleichbar sind.

2284 Siehe dazu im sozialgerichtlichen Verfahren: E. II. 2. b. bb. (2).
2285 G. II. 2. a.
2286 G. II. 2. b.
2287 Siehe dazu im sozialgerichtlichen Revisionsverfahren: F. IV. 2.
2288 Siehe dazu im Sozialrecht: F. I. und F. II.
2289 Mit § 141 VwGO existiert im Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine zu § 165 SGG identische Regelung (siehe zu § 165 SGG: F. VII).
2290 G. II. 2. c.
2291 Zur Konkretisierung von § 35a Abs. 6 SGB IV: *BSG,* Urteil vom 20.03.2018 – B 1 A 1/17 R, juris-Rn. 11 ff.
2292 *BSG,* Urteil vom 30.09.2009 – B 9 VS 3/09 R, juris-Rn. 35 m.w.N. (ebenfalls mit einer Übersicht der einzelnen Arten von Verwaltungsvorschriften in Rn. 33 ff.); *BSG*, Urteil vom 02.04.2003 – B 6 KA 30/02 R, juris-Rn. 21; *Heinz*, in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 162 Rn. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Sozialgerichtsbarkeit

aa. Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BSG*

In der sozialgerichtlichen Rechtsprechung des *BSG* konnte hinsichtlich der Frage, ob das *BSG* zur Feststellung genereller Tatsachen befugt ist, gezeigt werden, dass zwei Senate ihre Rechtsprechungspraxis hierzu geändert haben.[2293] Auf die Feststellung genereller Tatsachen wird vom *BSG* zurückgegriffen, um Rechtsbegriffe auszulegen[2294] oder um generelle Tatsachen unter diese zu subsumieren[2295]. Gesagt werden muss, dass in Bezug auf die hier ausgewerteten Urteile die Subsumtion genereller Tatsachen überwiegt. Deutlich wurde auch, dass bei der Feststellung genereller Tatsachen zur Auslegung und zur Subsumtion jeweils die tatsächliche Beweiswürdigung (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG) mit der Auslegung und der Subsumtion zusammenfällt[2296]. Generelle Tatsachen können weiterhin eingesetzt werden, um die Subsumtion von Einzeltatsachen zu ergänzen bzw. zu unterstützen[2297]. Davon abzugrenzen ist die Konstellation, in welcher der Tatbestand einer Norm auf generelle Tatsachen abzielt und diese allein zu subsumieren sind[2298]. Hinsichtlich des bereits angesprochenen Konkurrenzverhältnisses zwischen *Revision* und *Berufung*[2299] ist zu sagen, dass das *BSG* generelle Tatsachen feststellt, um die festgestellten, unvollständigen festgestellten oder nicht festgestellten generelle Tatsachen der Vorinstanz zu bestätigen[2300], zu ergänzen[2301] und/oder zu ersetzen[2302]. Auch konnte gezeigt werden, dass das *BSG* generelle Tatsachen mit eigener Beweiserhebung feststellt[2303]. Hinsichtlich der Vorgehensweise bei der Feststellung genereller Tatsachen zwischen den einzelnen Senaten des *BSG* kann keine einheitliche Linie verzeichnet werden. So konnte herausgearbeitet werden, dass generelle Tatsachen durch das *BSG* festgestellt und die Feststellung der

2293 G. II. 3. c. und G. II. 3. d.
2294 Z.B.: G. II. 3. c. bb. (1) oder G. II. 3. i. aa.
2295 Z.B.: G. II. 3. a. bb., G. II. 3. b. aa. (2), G. II. 3. b. bb., G. II. 3. c. cc., G. II. 3. d. aa., G. II. 3. e. oder G. II. 3. g. bb.
2296 Siehe zu dieser bereits oben aufgestellten These: F. IV. 2. b. cc.
2297 G. II. 3. a. cc., G. II. 3. c. cc. (3), G. II. 3. d. aa. (2) oder G. II. 3. h. bb.
2298 G. II. 3. g. bb. (1) (i).
2299 F. IV. 2. a.
2300 Z.B.: G. II. 3. i. aa. (2).
2301 Z.B.: G. II. 3. b. aa. (3), G. II. 3. g. bb. oder G. II. 3. j.
2302 Z.B.: G. II. 3. e. oder G. II. 3. i. bb.
2303 Z.B.: G. II. 3. b. aa. (3) (ii), G. II. 3. c. cc., G. II. 3. d. oder G. II. 3. i.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einzeltatsachen der Berufungsinstanz übertragen wurden[2304]. Gleichzeitig konnten Fälle identifiziert werden, in denen das *BSG* generelle Tatsachen hätte feststellen können, dies jedoch unterlassen hat und den Rechtsstreit insbesondere hierfür an die Tatsacheninstanz gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG zurückverwiesen hat[2305].

bb. Erkenntnisgrundlagen genereller Tatsachen

Hinsichtlich der Erkenntnisquellen genereller Tatsachen wird deutlich, dass sich generelle Tatsachen nicht nur aus wissenschaftlichem (empirischem) Erkenntnismaterial[2306] der Medizin[2307] oder aus medizinischen Sachverständigengutachten[2308] ergeben. Generelle Tatsachen können auch auf rechtswissenschaftliches Material[2309] zurückzuführen sein. Des Weiteren sind (Fach-)Informationen aus dem Internet[2310], Merkblätter[2311], Stellungnahmen oder Auskünfte von Behörden[2312] sowie bestimmte Empfehlungen[2313] Quellen genereller Tatsachen. Auch die Sachkunde von ehrenamtlichen Richtern dient als Grundlage genereller Tatsachen[2314]. Die aus diesen Quellen, welche einen unterschiedlich starken wissenschaftlichen oder keinen wissenschaftlichen Anspruch haben, abgeleiteten generellen Tatsachen als Erfahrungssätze treffen Aussagen über unterschiedlich hohe Wahrscheinlichkeiten[2315]. Das jeweils zuständige Gericht hat sich im Rahmen seiner freien richterlichen Beweiswürdigung gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG ein Bild von der Überzeugungskraft der einzelnen Beweismittel, ggf. auch durch die Anhörung von Sachverständigen, zu verschaffen und zu prüfen, ob die zugrunde liegenden Fakten allgemein anerkannt oder lediglich Indizien für das Vorhandensein von Tatsachen sind[2316].

2304 Z.B.: G. II. 3. c. cc. (3) oder G. II. 3. i. bb. (2).
2305 Z.B.: G. II. 3. d. aa. (2) oder G. II. 3. h. cc.
2306 G. II. 3. i. aa.
2307 G. II. 3. b. aa. (3), G. II. 3. b. bb. oder G. II. 3. d. aa.
2308 G. II. 3. b. aa. (3) (i) oder G. II. 3. c. cc.
2309 G. II. 3. k.
2310 G. II. 3. b. aa. (3) (ii) oder G. II. 3. g. bb.
2311 G. II. 3. c. aa.
2312 G. II. 3. a. bb., G. II. 3. i. bb. oder G. II. 3. j.
2313 G. II. 3. g. aa.
2314 G. II. 3. f.
2315 E. II. 2. b. cc. (4) und F. II. 2. d.
2316 E. II. 2. b. aa. (1).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d. Strafgerichtsbarkeit

In der Rechtsprechung der Strafgerichtsbarkeit sind, wie in der Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit auch[2317], im Zusammenhang mit der Feststellung genereller Tatsachen wissenschaftliche Erkenntnisse von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Die aus diesen Erkenntnissen zu ziehenden Erfahrungssätze, für deren Feststellung das Gericht grundsätzlich sachverständige Personen hinzuzuziehen hat, können auf unterschiedliche Wahrscheinlichkeiten schließen lassen.[2318] Die Kausalgesetze bzw. empirischen Gesetze, welche Erfahrungssätze bestätigen[2319], werden in der Praxis wie Rechtsnormen behandelt, was zu kritisieren ist.[2320] Dieses Problem der Gleichstellung von Tatsachen mit Rechtsnormen konnte auch bereits in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit[2321] und derjenigen der Sozialgerichtsbarkeit[2322] identifiziert werden. § 337 Abs. 1 StPO statuiert eine Bindung des Revisionsgerichts an die Beweiswürdigung und Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz[2323]. Diese hat jedoch Grenzen, welche vom Revisionsgericht dahingehend überprüft werden können, ob das Tatsachengericht bei seiner Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO gegen Erfahrungssätze verstoßen hat[2324]. Die Bindung der Revision an die festgestellten Tatsachen (§ 163 SGG)[2325] und die Grenzen der Beweiswürdigung (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG)[2326] sind auch im sozialgerichtlichen Verfahrensrecht zu finden. Die Analyse hat gezeigt, dass auch der *BGH* in Strafsachen generelle Tatsachen feststellt[2327]. Dazu gibt es in der Literatur Meinungen, welche befürworten, dass das Revisionsgericht generelle Tatsachen auch mit eigener Beweiserhebung entgegen § 337 Abs. 1 StPO feststellen darf[2328]. Hier knüpfen weitergehende rechtswissenschaftliche Forschungsfragen an, welche auf die Auswertung des einschlägigen Prozessrechts und der Rechtsprechung abzielen.

2317 G. II. 5. c. bb.
2318 G. II. 4. a.
2319 G. II. 4. b. cc. (2).
2320 *Puppe*, JZ 1994, S. 1147, 1150.
2321 G. II. 2. c. bb. (3).
2322 F. IV. 1. c. cc.
2323 G. II. 4. b. bb.
2324 G. II. 4. b. cc. (1).
2325 E. III. 6.
2326 E. II. 2. b. cc.
2327 G. II. 4. b. cc. (2).
2328 G. II. 4. b. cc. (1).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Zivilrecht

In diesem Kapitel ist zu untersuchen, inwiefern generelle Tatsachen oder ähnliche Arten von Tatsachen im Zivilrecht eine Rolle spielen und vom *BGH* in Zivilsachen bei der Rechtsanwendung eingesetzt werden. Dazu wird zunächst überblicksartig auf die Überprüfung der Beweiswürdigung des Tatsachengerichts durch die Revisionsinstanz eingegangen (1.). In diesem Zusammenhang ist zu fragen, welche Rolle sogenannte Normtatsachen und Erfahrungssätze spielen und in welchem Umfang der *BGH* in Zivilsachen auf die eigenständige Ermittlung dieser Tatsachen zurückgreift und zurückgreifen darf (2.).

1. Überprüfung der Beweiswürdigung des Tatsachengerichts durch die Revisionsinstanz

Die rechtlichen Grundlagen zur Würdigung und Feststellung von Tatsachen durch die Tatsachengerichte sowie zur Bindung der Revisionsinstanz an diese Feststellungen sind für den Zivilprozess insbesondere in den §§ 286 Abs. 1 (a.) und 559 Abs. 2 ZPO (b.) verankert. Die Beweiswürdigung des Tatsachengerichts hat weiterhin Grenzen und kann demnach von der Revisionsinstanz in einem bestimmten Umfang kontrolliert werden[2329] (c.).

a. Freie Beweiswürdigung gemäß § 286 Abs. 1 ZPO

Gemäß § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme (§ 355-370 ZPO)[2330] nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. Aufgrund der erhobenen Beweise hat der Richter also im Rahmen seiner Beweiswürdigung zu entscheiden, ob eine Tatsache erfolgreich bewiesen wurde oder nicht. Dabei zielt § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO auf die

2329 *Bacher,* in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 286 Rn. 12 f.; *Foerste*, in: Musielak, ZPO, § 286 Rn. 10 f.

2330 Zu einer Übersicht des Beweisrechts der ZPO: *Prütting,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 1, ZPO § 284 Rn. 1 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Überzeugung des jeweiligen Richters ab und klammert objektive Kriterien aus.[2331]

b. Grundsatz der Bindung des Revisionsgerichts an die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz gemäß § 559 Abs. 2 ZPO

Daran anknüpfend regelt § 559 Abs. 2 ZPO, dass die Revisionsinstanz an die freie Beweiswürdigung und die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz gebunden ist (Abs. 2, 1. Hs.), außer die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz werden mit einer Verfahrensrüge (§ 551 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b) ZPO) erfolgreich angegriffen (Abs. 2, 2. Hs.).[2332]

c. Grenzen der Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO

Der Umfang der revisionsgerichtlichen Überprüfung der Entscheidung der Vorinstanz ist darauf beschränkt, ob diese auf der Verletzung revisiblen Rechts beruht (§ 545 Abs. 1 ZPO)[2333].[2334] Die Beweiswürdigung des Tatsachengerichts wird von der Revisionsinstanz hingegen nur eingeschränkt dahingehend kontrolliert, ob die gesetzlichen Voraussetzungen und Grenzen von § 286 ZPO eingehalten wurden.[2335] So ist in ständiger Rechtsprechung anerkannt, dass das Revisionsgericht die Beweiswürdigung der

2331 *Prütting,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 1, ZPO § 286 Rn. 1; *Adolphsen,* Zivilprozessrecht, § 23 Rn. 36; siehe zum Einbezug von objektiven Kriterien in die freie Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO im strafgerichtlichen Verfahren: G. II. 4. b. aa.

2332 *Feskorn,* in: Zöller, ZPO, § 559 Rn. 11; *Kessal-Wulf,* in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 559 Rn. 9; *Ball*, in: Musielak, ZPO, § 559 Rn. 20 f.; *Krüger,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 2, ZPO § 559 Rn. 9 f. und 15; *Prütting,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 1, ZPO § 286 Rn. 23; *Adolphsen,* Zivilprozessrecht, § 31 Rn. 2; *Koch,* in: Saenger, ZPO, § 559 Rn. 18; eine Ausnahme von der Bindung besteht z.B. für Prozessvoraussetzungen: *BGH*, Urteil vom 14.12.1959 – V ZR 197/58, juris-Leitsatz; *Kessal-Wulf,* in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 559 Rn. 9; *Kessal-Wulf,* in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 557 Rn. 7 f.; zu § 163 im sozialgerichtlichen Revisionsverfahren: E. III. 6.

2333 Zu § 162 SGG im sozialgerichtlichen Revisionsverfahren: E. III. 4.

2334 *Ball*, in: Musielak, ZPO, § 545 Rn. 1; *Nober,* in: Anders/Gehle, ZPO, § 545 Rn. 4 ff.; *Kessal-Wulf,* in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 545 Rn. 1 ff.; *Krüger,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 2, ZPO § 545 Rn. 1 f.

2335 *Prütting,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 1, ZPO § 286 Rn. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vorinstanz lediglich daraufhin überprüft, ob diese vollständig und rechtlich möglich ist sowie nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt.[2336]

2. Feststellungsbefugnis des *BGH* in Zivilsachen für Normtatsachen und Erfahrungssätze

Im zivilgerichtlichen Verfahren sind anstelle des Begriffs der generellen Tatsache die Begriffe der „Normtatsache" und des „Erfahrungssatzes" zu finden. Nachfolgend ist der Frage nachzugehen, inwiefern Normtatsachen (a.) und Erfahrungssätze (b.) durch das Revisionsgericht festgestellt werden und festgestellt werden dürfen. Hierfür ist jeweils Rechtsprechung auszuwerten. Zudem sind dazu Ansichten in der Literatur miteinzubeziehen.

a. Normtatsachen

Normtatsachen werden im Zivilrecht für die Konkretisierung einzelner Rechtsbegriffe benötigt. Damit sind z.B. die Begriffe der „Verkehrssitte" bzw. der „Verkehrsanschauung" (§§ 157, 242 BGB) oder des „Handelsbrauchs" (§ 346 Handelsgesetzbuch (HGB[2337]) angesprochen.[2338] Hierbei handelt es sich um Sitten und Gepflogenheiten in einem bestimmten Gewerbe oder einer bestimmten Branche.[2339]

2336 Beispielhaft: *BGH*, Urteil vom 26.05.2020 – VI ZR 213/19, juris-Rn. 27; *BGH*, Urteil vom 28.08.2018 – VI ZR 509/17, juris-Rn. 18; *BGH*, Urteil vom 11.11.2014 – VI ZR 76/13, juris-Rn. 13; *BGH*, Urteil vom 16.04.2013 – VI ZR 44/12, juris-Rn. 13; *BGH*, Urteil vom 19.07.2019 – V ZR 255/17, juris-Rn. 26; *BGH*, Urteil vom 06.07.2010 – VI ZR 198/09, juris-Rn. 14; *BGH*, Urteil vom 17.5.2000 – VIII ZR 216/99, juris-Rn. 25; *Feskorn,* in: Zöller, ZPO, § 559 Rn. 11; *Ball,* in: Musielak, ZPO, § 559 Rn. 21; *Koch,* in: Saenger, ZPO, § 559 Rn. 18; *Saenger,* in: Saenger, ZPO, § 286 Rn. 37; *Nober,* in: Anders/Gehle, ZPO, § 559 Rn. 19; *Kessal-Wulf,* in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 546 Rn. 19.

2337 Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 23.10.2024 (BGBl. I, Nr. 323).

2338 *Foerste*, in: Musielak, ZPO, § 284 Rn. 3; *Heinze*, RabelsZ 2016, S. 254, 264 f.

2339 *BGH*, Urteil vom 17.06.2004 – VII ZR 75/03, juris.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa. Verwandte Begriffe

Im Zusammenhang mit dem Begriff der Normtatsache tauchen auch die Begriffe der „Normpräzisierungstatsache“[2340] oder der „Rechtsfortbildungstatsache“[2341] auf. Diesbezüglich macht zunächst *Hugo Seiter* mit Hinweis auf die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung darauf aufmerksam, dass es Tatsachenbehauptungen gebe, welche nicht der Subsumtion unter den Tatbestand einer Rechtsnorm dienten, sondern Bestandteil der Gewinnung einer neuen Rechtsregel im Wege einer richterlichen Rechtsfortbildung seien. Auch *Seiter* verwendet den Begriff der legislative facts[2342], spricht aber auch von „rechtsfortbildungserheblichen Tatsachen", „Rechtsfortbildungstatsachen“ und „Rechtsgewinnungstatsachen“[2343].

bb. Feststellungsbefugnis des *BGH* für Normtatsachen

(1) Ansichten in der Rechtsprechung

In Bezug auf die eigeständige Feststellungsbefugnis von Normtatsachen ist in der Rechtsprechung des *BGH* in Zivilsachen keine einheitliche Linie zu beobachten.[2344] Einerseits wird die Verkehrsanschauung regelmäßig selbst festgestellt.[2345] Dabei wird nicht immer nachgewiesen, woher das Gericht sein Wissen über die jeweilige Verkehrsanschauung bezieht.[2346] Andererseits wird die Ermittlung solcher Tatsachen der Kompetenz des Tatsachengerichts zugesprochen, welches in der Regel Beweis erheben

2340 *Heinze*, RabelsZ 2016, S. 254, 263 ff. (auch von generellen Tatsachen sprechend).
2341 *Hergenröder,* Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 349 f. („Rechtsfortbildungstatsachen“ als generelle Tatsachen); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 112 Rn. 22; *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozeßzweck, S. 56; *Heinze*, RabelsZ 2016, S. 254, 269 ff.
2342 Siehe: F. I.
2343 *Seiter*, Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung, in: Grunsky et al., FS Baur, S. 573, 573 f.
2344 *Heinze*, RabelsZ 2016, S. 254, 265.
2345 *BGH*, Urteil vom 12.12.2001 – X ZR 192/00, juris-Rn. 23 ff.; *BGH,* Urteil vom 26.07.2004 – VIII ZR 281/03, juris-Rn. 15 und 20 f.; *BGH*, Urteil vom 15.07.2009 – VIII ZR 340/08, juri-Rn. 19; *BGH*, Urteil vom 15.07.2011 – V ZR 171/10, juris-Rn. 5-8.
2346 Z.B. *BGH*, Urteil vom 12.12.2001 – X ZR 192/00, juris-Rn. 26; näher dazu: *Oestmann,* JZ 2003, S. 285, 285 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

soll.[2347] So wird beispielsweise für die Feststellung von Handelsbräuchen grundsätzlich ein Gutachten der *Industrie- und Handelskammer (IHK)* einzuholen sein.[2348] Hinsichtlich möglicher beim Tatsachengericht vorhandener eigener Sachkunde bei der Ermittlung einer Verkehrsauffassung oder eines Handelsbrauchs kann sich das Gericht, anstatt eine Beweiserhebung vorzunehmen, auf diese stützen, wenn die entscheidenden Richter z.B. dem jeweiligen Fachkreis angehören.[2349] Ob das Tatsachengericht diese eigene Sachkunde vorweisen kann, die Beteiligten darüber informiert[2350] (Art. 103 Abs. 1 GG[2351]; § 139 Abs. 1-3 ZPO[2352]) und diese im Urteil dargelegt hat (§ 286 ZPO)[2353], obliegt revisionsgerichtlicher Nachprüfung[2354]. Die Nichteinhaltung dieser Pflichten verletzt Verfahrensrecht und kann als Verfahrensfehler gerügt werden.

(2) Ansichten in der Literatur

In der Literatur ist die verbreitete Meinung zu finden, welche Normtatsachen auch durch das Revisionsgericht im Rahmen des Freibeweises[2355] als

2347 Verkehrssitte*: BGH*, Beschluss vom 19.01.2012 – V ZR 141/11, juris-Rn. 9 f. m.w.N. und *BGH*, Urteil vom 17.06.2004 – VII ZR 75/03, juris.Rn. 11 und 20 ff.; Verkehrsanschauung*: BGH*, Versäumnisurteil vom 20.11.2008 – IX ZR 180/07, juris-Rn. 28; Verkehrsauffassung*: BGH*, Urteil vom 18.10.2001 – I ZR 193/99, juris-Rn. 27; Handelsbrauch*: BGH*, Urteil vom 27.11.1985 – IVa ZR 68/84, juris-Rn. 9 und *BGH*, Urteil vom 16.12.2008 – VI ZR 48/08, juris-Rn. 14 m.w.N.; *BGH*, Urteil vom 14.12.2005 – IV ZR 45/05, juris-Rn. 11.

2348 *Pabst,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 3, GVG § 114 Rn. 1; *Wagner*, NJW 1969, S. 1282, 1283.

2349 *BGH*, Urteil vom 19.01.1995 – I ZR 197/92, juris-Rn. 56 f.; *BGH,* Urteil vom 02.10.2003 – I ZR 150/01, juris-Rn. 20; zur Besetzung der Zivilsenate bei den *Oberlandesgerichten*: § 122 Abs. 1 GVG; zu dieser Thematik im sozialgerichtlichen Verfahren: E. II. 2. a. aa. (5) (ii) und G. II. 3. f. bb.

2350 *BGH*, Urteil vom 15.12.1994 – I ZR 121/92, juris-Rn. 27.

2351 Siehe zum rechtlichen Gehör im Verfassungsrecht: B. II. 4. b.

2352 Siehe zum rechtlichen Gehör im sozialgerichtlichen Verfahren gemäß § 128 Abs. 2 SGG: E. II. 2. b. bb. (1) und E. II. 2. b. cc. (4) (v) β.

2353 Zur Begründungspflicht gemäß § 128 Abs. 1 S. 2 SGG im sozialgerichtlichen Verfahren: E. II. 2. b. bb. (2) und E. II. 2. b. cc. (4) (v) β.

2354 *BGH,* Urteil vom 02.10.2003 – I ZR 150/01, juris-Rn. 19 m.w.N.; *BGH*, Urteil vom 12.12.1990 – VIII ZR 332/89, juris-Rn. 24; *BGH*, Urteil vom 22.02.2011 – II ZR 146/09, juris-Rn. 25.

2355 Siehe dazu bereits in der Rechtsprechung der Strafgerichtsbarkeit: G. II. 4. b. cc. (1).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

feststellbar ansieht.[2356] Das schließe auch eine eigene Beweiserhebung mit ein, welche jedoch im Ermessen des Gerichts liege. *Horst Konzen* plädiert in diesem Fall für eine Pflicht für das Revisionsgericht, die entsprechende Beweiserhebung für Normtatsachen selbst durchzuführen und den Rechtsstreit nicht an das Tatsachengericht zurückzuverweisen.[2357] Die Begründungen zur eigenständigen Ermittlungsbefugnis von Normtatsachen durch den *BGH* variieren. Im Grunde genommen haben sie aber gemeinsam, dass Normtatsachen mit den sogleich zu behandelnden Erfahrungssätzen[2358] gleichzusetzen seien[2359], bei welchen anerkannt sei, dass der *BGH* diese feststellen darf. Damit zusammenhängend vertritt *Peter Oestmann* die Ansicht, dass § 293 ZPO[2360] hier analog anwendbar sei und Normtatsachen als Normen im Sinne von § 293 ZPO zu behandeln und vom Revisionsgericht selbständig zu ermitteln seien[2361].

b. Erfahrungssätze

In diesem Unterkapitel ist zunächst eine Begriffsbestimmung von Erfahrungssätzen vorzunehmen (aa.). Sodann ist auf die Feststellungsbefugnis des *BGH* in Zivilsachen für allgemeine und fachspezifische Erfahrungssätze einzugehen (bb.). Abschließend wird der Fokus in diesem Zusammenhang speziell auf medizinische Erfahrungssätze gelegt (cc.).

2356 *Oestmann,* JZ 2003, S. 285, 285 und 289 f.; *Konzen*, Normtatschen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: Schilken/Becker-Eberhard/Gerhardt, FS Gaul, S. 335, 351 f. und 356; *Pohlmann*, Ökonomische Normtatsachen im Kartellzivilprozess – Am Beispiel der Kosten-Preis-Schere, in: Bruns et al., FS Stürner, 1. Teilband, S. 435, 448, 450 und 453 (dem zustimmend, aber die Feststellung von Normtatsachen im Freibeweisverfahren ablehnend); *Seiter*, Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung, in: Grunsky et al., FS Baur, S. 573, 592 (Rechtsfortbildungstatsachen); *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozeßzweck, S. 72; unter Einschränkungen zustimmend: *Foerste*, in: Musielak, ZPO, § 284 Rn. 3; a.A.: *Feskorn,* in: Zöller, ZPO, § 546 Rn. 20 und *Kessal-Wulf,* in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 546 Rn. 8.

2357 *Konzen*, Normtatschen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: Schilken/Becker-Eberhard/Gerhardt, FS Gaul, S. 335, 356.

2358 G. III. 2. b.

2359 *Heinze*, RabelsZ 2016, S. 254, 266 f.

2360 Siehe zu dieser Norm und der Kritik daran bereits: G. II. 3. e. cc. (2).

2361 *Oestmann,* JZ 2003, S. 285, 289 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa. Begriffsbestimmung

Erfahrungssätze beruhen auf allgemeiner Lebenserfahrung oder fachlichem Erfahrungswissen aus Wissenschaft, Kunst, Handwerk, Gewerbe, Handel und Verkehr sowie sonstigem fachspezifischen Wissen[2362]. Im Zivilrecht wird vom Bestehen verschiedener Arten von Erfahrungssätzen ausgegangen. Zum einen existieren zwingende Erfahrungssätze, welche ausnahmslos gelten[2363]. Daneben bestehen Erfahrungsgrundsätze bzw. allgemeine Erfahrungssätze, welche mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zutreffen und den neuesten Stand der Erfahrung abbilden[2364]. Diese sind zur Führung eines Anscheinsbeweises geeignet. Auf unterster Stufe befinden sich einfache Erfahrungssätze, welche lediglich eine geringere Wahrscheinlichkeit belegen.[2365] Erfahrungssätze sind mit den bereits behandelten Normtatsachen[2366] eng verknüpft.[2367] So kann gesagt werden, dass Erfahrungssätzen Normtatsachen, welche ggf. noch zu erheben sind, zugrunde liegen. Der Erfahrungssatz ist dann in der Schlussfolgerung aus der Normtatsache zu sehen.[2368] Um dies zu verdeutlichen, kann folgendes Beispiel herangezogen werden: ein Erfahrungssatz ist demnach in der Aussage zu sehen, dass auszuschließen sei, dass ein Käufer ein Fahrzeug erwerbe, dem eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung drohe und bei dem im Zeitpunkt des Erwerbs in keiner Weise absehbar sei, ob dieses Problem behoben werden könne. Ein solcher Erfahrungssatz kann z.B. aus rechtswissenschaftlicher

2362 *McCorkle*, Allgemeinkundigkeit, S. 27 und 31 f.; *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozeßzweck, S. 53; *Heinze*, RabelsZ 2016, S. 254, 267; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 112 Rn. 10; *Anders,* in: Anders/Gehle, ZPO, Vor § 284 Rn. 36.

2363 *Prütting,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 1, ZPO § 286 Rn. 59; *Greger,* in: Zöller, ZPO, § 286 Rn. 13e.

2364 *Prütting,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 1, ZPO § 286 Rn. 60 f.; *Walter*, ZZP 1977, S. 270, 279 ff.

2365 *Foerste*, Zum Umgang des Revisionsgerichts mit Erfahrungssätzen, in: Meller-Hannich et al., FS Schilken, S. 261, 261 f.; *Foerste*, in: Musielak, ZPO, § 284 Rn. 4; *Prütting,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 1, ZPO § 286 Rn. 59 ff.

2366 G. III. 2. a.

2367 *Heinze*, RabelsZ 2016, S. 254, 267; *Foerste*, in: Musielak, ZPO, § 284 Rn. 4.

2368 *Konzen*, Normtatschen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: Schilken/Becker-Eberhard/Gerhardt, FS Gaul, S. 335, 342 f.; siehe zur Wissensgrundlage genereller Tatsachen im Sozialrecht: F. I. und F. II. sowie G. II. 5. c. bb.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Literatur[2369] (Normtatsache) gezogen werden und für die Prüfung von Schadensersatzansprüchen gemäß § 826 BGB festgestellt werden.[2370]

bb. Feststellungsbefugnis des *BGH* für allgemeine und fachspezifische Erfahrungssätze

Im Folgenden ist aufzuarbeiten, ob die Revisionsinstanz im zivilgerichtlichen Verfahren Erfahrungssätze feststellt und feststellen darf. Hierzu sind wieder Ansichten in Rechtsprechung ((1)) und Literatur ((2)) gegenüberzustellen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob neben Erfahrungssätzen aus der allgemeinen Lebenserfahrung auch solche Erfahrungssätze durch den *BGH* festgestellt werden dürfen, welche fachspezifisches Wissen z.B. aus Handwerk, Gewerbe und Wissenschaft erfordern.

(1) Ansichten in der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung des *BGH* in Zivilsachen ist seit einem Grundsatzurteil aus dem Jahr 1993 anerkannt, dass die Feststellung, ob ein allgemeiner Erfahrungssatz existiert und welchen Inhalt dieser besitzt, der Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterfalle, weil er die Natur von Normen[2371] habe.[2372] Darüber hinaus sind Tendenzen aus neuerer Rechtsprechung dahingehend zu erkennen, dass das Revisionsgericht sich auch als dazu befugt ansieht, Erfahrungssätze festzustellen, welche auf besonderer Sach- und Fachkunde beruhen. Begründet wird diese Feststellungsbefugnis allgemein mit der (einschränkten) Befugnis der Revision zur Überprüfung der Beweiswürdigung der Tatsacheninstanz[2373]. Diese neuere Rechtsprechung ordnet Erfahrungssätze zwar nicht mehr explizit als Normen ein, verweist jedoch dennoch auf das genannte grundlegende Urteil aus 1993.[2374]

2369 *Heese*, JZ 2020, S. 178, 181 f.
2370 *BGH*, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris-Rn. 49 ff. m.w.N.
2371 Siehe zu der Ablehnung dieser Aussage bereits oben: F. IV. 1. c. bb.
2372 Grundlegend: *BGH*, Urteil vom 15.01.1993 – V ZR 202/91, juris-Rn. 6 m.w.N.; daran anschließend z.B.: *BGH*, Urteil vom 07.11.2022 – VIa ZR 325/21, juris-Rn. 20 m.w.N.
2373 G. III. 1. c.
2374 Z.B.: *BGH*, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris-Rn. 49 ff.; *BGH*, Urteil vom 11.12.2018 – KZR 26/17, juris-Rn. 49 f.; *BGH*, Urteil vom 21.01. 2000 – V ZR 327/98, juris-Rn. 9 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Ansichten in der Literatur

Wie in der Rechtsprechung, herrscht auch in der Literatur überwiegend Einigkeit darüber, dass das Revisionsgericht die Feststellungen zur Existenz und zum Inhalt eines (allgemeinen) Erfahrungssatzes nachprüfen könne.[2375] Auch die richtige oder falsche Anwendung von Erfahrungssätzen durch das Tatsachengericht unterfalle der revisionsgerichtlichen Nachprüfung, weil mit der falschen Anwendung zugleich eine Verletzung der Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO[2376] zu bejahen sei.[2377] Das zieht notwendigerweise eine eigene Ermittlungsbefugnis durch den *BGH* nach sich, welche ebenso in der Literatur vertreten wird.[2378] Kritische Stimmen gehen in die Richtung, dass das Revisionsgericht unter dem Vorwand der Befugnis zur, eigentlich eingeschränkten, Überprüfung der tatrichterlichen Beweiswürdigung über das zulässige Maß hinaus und entgegen § 559 Abs. 2 ZPO[2379] in die freie Beweiswürdigung eingreife.[2380]

cc. Feststellungsbefugnis des *BGH* für medizinische Erfahrungssätze

Medizinisch-fachspezifische Erfahrungssätze, welche auf medizinisches Fachwissen zurückzuführen sind, werden von der zivilgerichtlichen Rechtsprechung benötigt, um z.B. den medizinischen Standard festzustellen.[2381] Der medizinische Standard gibt im Zivilrecht vor, welches Verhalten der

2375 *Ball*, in: Musielak, ZPO, § 559 Rn. 23; *Ball*, in: Musielak, ZPO, § 546 Rn. 11; *Feskorn,* in: Zöller, ZPO, § 546 Rn. 16; *Krüger,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 2, ZPO § 559 Rn. 10; *Koch,* in: Saenger, ZPO, § 559 Rn. 20; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 112 Rn. 11; *Scherzberg*, ZZP 2004, S. 163, 183 f.; *Seiler*, in: Thomas/Putzo, ZPO, § 284 Vorb. Rn. 15; *Konzen*, Normtatschen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: Schilken/Becker-Eberhard/Gerhardt, FS Gaul, S. 335, 351 f.; kritisch dazu: *Foerste*, Zum Umgang des Revisionsgerichts mit Erfahrungssätzen, in: Meller-Hannich et al., FS Schilken, S. 261, 270 f.

2376 G. III. 1. c.

2377 *Heinze*, RabelsZ 2016, S. 254, 267 f.; *Krüger,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 2, ZPO § 559 Rn. 15; *Feskorn,* in: Zöller, ZPO, § 546 Rn. 16.

2378 *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozeßzweck, S. 71 f.; *Konzen*, Normtatschen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: Schilken/Becker-Eberhard/Gerhardt, FS Gaul, S. 335, 352.

2379 G. III. 1. b.

2380 *Saenger,* in: Saenger, ZPO, § 286 Rn. 37, *Foerste*, in: Musielak, ZPO, § 286 Rn. 68 und *Greger,* in: Zöller, ZPO, § 286 Rn. 23.

2381 *McCorkle*, Allgemeinkundigkeit, S. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Arzt aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs im Rahmen einer medizinischen Behandlung schuldet.[2382] Konkret ist unter diesem Begriff dasjenige Verhalten zu fassen, welches „[…] von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt in der konkreten Behandlungssituation aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs im Zeitpunkt der Behandlung erwartet werden kann." Der Standard „[…] repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat".[2383] Insbesondere in Verfahren zur ärztlichen Behandlungsfehlerhaftung ist der medizinische Standard von Bedeutung, um Schadensersatzpflichten gemäß § 823 Abs. 1 und/oder § 280 Abs. 1 BGB zu prüfen.[2384] In der Rechtsprechung werden Fragen hinsichtlich des medizinischen Standards als Tatsachenfragen eingeordnet, welche das Tatsachengericht in der Regel unter Rückgriff auf die Expertise von Sachverständigen zu beantworten habe.[2385] Wenn das Tatsachengericht eine medizinische Frage ohne die Einholung eines Sachverständigengutachtens allein beispielsweise anhand von Fachliteratur beurteilen will, gelten die bereits oben angesprochenen Grundsätze bei der Ermittlung von Normtatsachen[2386]. So hat das Gericht die eigene Sachkunde nachzuweisen[2387], diese den Beteiligten bekanntzugeben[2388] und nach Ansicht des Verfassers auch im Urteil darzulegen. Diese Pflichten können auf das in Art. 103 Abs. 1 GG verankerte rechtliche Gehör[2389], einfachgesetzlich insbesondere normiert in § 139 Abs. 1-3 ZPO, und auf die in § 286 Abs. 1 S. 2 i.V.m. 313 Abs. 1 Nr. 6 und Abs. 3 ZPO normierte Begründungspflicht zurückgeführt

2382 *Jansen*, Der Medizinische Standard, S. 37.
2383 Z.B.: *BGH*, Beschluss vom 22.12.2015 – VI ZR 67/15, juris-Rn. 8 m.w.N.
2384 *Jansen*, Der Medizinische Standard, S. 37 und 40 ff., mit umfassenden Nachweisen.
2385 *BGH*, Urteil vom 24.02.2015 – VI ZR 106/13, juris-Rn. 10 m.w.N.; *McCorkle*, Allgemeinkundigkeit, S. 31; *Heinze*, RabelsZ 2016, S. 254, 265 f.; in Bezug auf die Einordnung, dass medizinische Erfahrungssätze nicht durch den *BGH* nachprüfbar seien: *BGH*, Beschluss vom 08.10.1970 – IX ZB 372/68, juris-Orientierungssatz; in Bezug auf die Einordnung, dass die Beurteilung, welche Beweiskraft Erfahrungssätzen der Naturwissenschaft zukomme, eine Aufgabe der Tatsacheninstanz sei: *BGH*, Urteil vom 14.02.1973 – IV ZR 15/72, juris-Rn. 13.
2386 G. III. 2. a. bb. (1).
2387 *BGH*, Urteil vom 10.05.1994 – VI ZR 192/93, juris-Rn. 21 ff.; *BGH*, Urteil vom 17.10.2001 – IV ZR 205/00, juris-Rn. 10 f.; *McCorkle*, Allgemeinkundigkeit, S. 32 m.w.N.; *Greger,* in: Zöller, ZPO, § 286 Rn. 13d.
2388 *BGH*, Beschluss vom 13.01.2015 – VI ZR 204/14, juris-Rn. 5.
2389 *BGH*, Urteil vom 22.03.1967 – IV ZR 10/66, juris-Rn. 24 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 112 Rn. 12 und § 114 Rn. 6 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden. Die Einhaltung dieser rechtlichen Vorgaben ist durch das Revisionsgericht nachprüfbar.[2390]

3. Auswertung

a. Rechtliche Grundlagen zur Beweiswürdigung und zur Bindung der Revisionsinstanz an die Tatsachenfeststellungen

Die Regelung des § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO zur Beweiswürdigung im zivilgerichtlichen Verfahren[2391] ist im Vergleich zu § 128 Abs. 1 S. 1 SGG[2392] in seinem Wortlaut eindeutiger. Das bringt die Formulierung zum Ausdruck, dass das Gericht nach seiner freien Überzeugung zu entscheiden hat, „ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei".[2393] Weiterhin existiert im zivilgerichtlichen Verfahrensrecht, wie auch im SGG[2394], mit § 559 Abs. 2 ZPO eine Rechtsvorschrift, welche dem Revisionsgericht vorschreibt, dass dieses an die Beweiswürdigung und Tatsachenfeststellungen der Vorinstanzen gebunden ist.[2395] Die Beweiswürdigung des Tatsachengerichts hat jedoch Grenzen und kann demnach von der Revisionsinstanz eingeschränkt überprüft werden.[2396]

2390 *Ball*, in: Musielak, ZPO, § 546 Rn. 10; dazu in Bezug auf Erfahrungssätze aus Wissenschaft, Handwerk oder Gewerbe: *Foerste*, Zum Umgang des Revisionsgerichts mit Erfahrungssätzen, in: Meller-Hannich et al., FS Schilken, S. 261, 270.
2391 G. III. 1. a.
2392 Siehe: E. II. 2. b. aa. (1).
2393 *BSG*, Urteil vom 02.10.2008 – B 9 VG 2/07 R, juris-Rn. 18; *Hübschmann*, in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 16.
2394 Siehe: E. III. 6.
2395 G. III. 1. b.
2396 G. III. 1. c.; siehe dazu im sozialgerichtlichen Verfahren: E. II. 2. b. cc.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Feststellung von Normtatsachen und Erfahrungssätzen in der Rechtsprechung der Zivilgerichtsbarkeit

aa. Revisionsinstanz

(1) Normtatsachen

In Bezug auf die Feststellung von Normtatsachen durch den *BGH* in Zivilsachen ist ein uneinheitliches Vorgehen des Gerichts zu verzeichnen.[2397] Eine solche Verfahrensweise konnte auch bereits anhand der Rechtsprechung einzelner Senate des *BSG* gezeigt werden.[2398] Wenn die Feststellungsbefugnis für Normtatsachen durch den *BGH* bejaht wird[2399], könnte im Rahmen weiterer Forschung untersucht werden, ob das formelle Beweisrecht der ZPO auch in der Revisionsinstanz bei der Ermittlung von Normtatsachen Anwendung findet[2400]. Zumindest besteht mit § 555 ZPO eine zu § 165 SGG[2401] vergleichbare Regelung. In diesem Zusammenhang wäre zu prüfen, ob in den Fällen, in welchen Normtatsachen durch die Revisionsinstanz ermittelt werden, auf die jeweilige erhobene oder zu erhebende Normtatsache als Erkenntnisgrundlage im Prozess hingewiesen wird und ob diese im Urteil offenbart wird. Damit zeigt sich dann auch eine verfassungsrechtliche Relevanz: So ist einerseits der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG bzw. gemäß § 139 Abs. 1-3 ZPO angesprochen. Dieser kann verletzt sein, wenn das Normtatsachen feststellende Revisionsgericht diese Tatsachen nicht in den Prozess einführt, damit Prozessparteien überrascht und Stellungnahmen dazu ausschließt[2402]. Zum anderen stellen sich Fragen nach rechtsstaatlichen Begründungspflichten (Art. 20 Abs. 3 GG)[2403] für die ermittelte Normtatsache, welche sich aus § 286 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 313 Abs. 1 Nr. 6 und Abs. 3 ZPO ergeben[2404]. Zu prüfen wäre dann, wie Rechtsschutz[2405] gegen solche Verfehlungen der Revisionsinstanz erlangt werden kann. Zu denken wäre an eine Verfassungs-

2397 G. III. 2. a. bb. (1).
2398 G. II. 5. c. aa.
2399 G. III. 2. a. bb.
2400 In diese Richtung deutend: *Foerste*, Zum Umgang des Revisionsgerichts mit Erfahrungssätzen, in: Meller-Hannich et al., FS Schilken, S. 261, 273.
2401 Siehe in Bezug auf das sozialgerichtliche Revisionsverfahren: F. VII.
2402 Siehe in Bezug auf das *BSG*: F. VII. 2. a.
2403 C. II. 2. b. bb. und E. II. 2. b. bb. (2).
2404 Siehe in Bezug auf das *BSG*: F. VII. 2. b.
2405 B. II. 4. a.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

beschwerde gemäß Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG, mit welcher die Rüge der Verletzung von Verfahrensgrundrechten verfolgt wird[2406]. In Bezug auf eine Verfassungsbeschwerde, welche die Verletzung des rechtlichen Gehörs rügt, ist zur Ausschöpfung des Rechtswegs (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG) eine vorher erforderliche Anhörungsrüge gemäß § 321a ZPO zu prüfen[2407].

(2) Erfahrungssätze

Das Vorhandensein unterschiedlicher Arten von Erfahrungssätzen konnte bereits in der Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit[2408] und in der Rechtsprechung der Strafgerichtsbarkeit[2409] verzeichnet werden. Im Hinblick auf die Feststellung von Erfahrungssätzen durch den *BGH* in Zivilsachen[2410] ist Folgendes festzuhalten: Unklar ist, welche Arten von Erfahrungssätzen der *BGH* feststellen darf und ob die Feststellungsbefugnis in Einzelfällen zu weit reicht[2411]. In diesem Zusammenhang ist ferner nicht eindeutig, was genau unter Erfahrungssätzen zu verstehen ist, wenn Teile der Rechtsprechung[2412] und Literatur[2413] im Rahmen der Feststellungsbefugnis des Revisionsgerichts allgemein von Erfahrungssätzen sprechen. So ist zu fragen, ob darunter auch diejenigen zu fassen sind, welche auf besonderem, inklusive medizinischem[2414], Erfahrungswissen beruhen. Im Übrigen gelten im Hinblick auf verfahrens- und verfassungsrechtliche Gesichtspunkte die oben getroffenen Aussagen zu Normtatsachen[2415] auch für Erfahrungssätze[2416].

2406 *Konzen*, Normtatschen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: Schilken/Becker-Eberhard/Gerhardt, FS Gaul, S. 335, 350 f.; *Seiter*, Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung, in: Grunsky et al., FS Baur, S. 573, 589.
2407 *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Band VI, 09/2016, Art. 103 Abs. 1 IV. Rn. 117 ff.
2408 G. II. 5. c. bb.
2409 G. II. 5. d.
2410 G. III. 2. b. bb.
2411 G. III. 2. b. bb. (2).
2412 G. III. 2. b. bb. (1).
2413 G. III. 2. b. bb. (2).
2414 G. III. 2. b. cc.
2415 G. III. 3. b. aa. (1).
2416 *Konzen*, Normtatschen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: Schilken/Becker-Eberhard/Gerhardt, FS Gaul, S. 335, 350 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Tatsacheninstanz

In der Zivilgerichtsbarkeit ist, neben der Untersuchung der Feststellungsbefugnis des *BGH* für Normtatsachen und Erfahrungssätze, die Ermittlung dieser Tatsachen von Amts wegen und die Befugnis dazu auch in den Instanzgerichten interessant.[2417] Denn im zivilgerichtlichen Verfahren findet im Vergleich zum sozialgerichtlichen Verfahren, in welchem der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 103 SGG)[2418] gilt, grundsätzlich der sogenannte Beibringungs- bzw. Verhandlungsgrundsatz Anwendung. Dieser besagt, dass die Prozessparteien die für ihr jeweiliges Begehren notwendigen Tatsachen selbst in den Prozess einbringen und Beweise beantragen müssen.[2419] Daraus folgt die Frage, ob der Verhandlungsgrundsatz auch bei der Ermittlung von Normtatsachen und Erfahrungssätzen durch die Instanzgerichte Anwendung findet oder ob die Ermittlung dieser Tatsachen durch die Tatsachengerichte von Amts wegen zulässig ist.[2420]

IV. Zusammenfassung

In den in diesem Kapitel einbezogenen Verfahrensordnungen zum gerichtlichen Verfahren einzelner Gerichtszweige des öffentlichen Rechts[2421] und des Zivilrechts[2422], mit Ausnahme des BVerfGG[2423], existieren Normen, welche die Bindung der Revisionsinstanz an die Tatsachenfeststellungen der Instanzgerichte festschreiben. Gleichwohl spielen generelle Tatsachen oder ähnliche Tatsachenarten in allen in die Analyse einbezogenen Rechtsgebieten eine Rolle, indem sie vom jeweiligen Revisionsgericht oder vom *BVerfG* zum Teil auch mit eigenständiger Beweiserhebung festgestellt und in die Rechtsanwendung einbezogen werden. Dabei ist festzuhalten, dass

2417 Siehe zu den vom Tatsachengericht zu beachtenden Grundsätzen des Verfahrens- und Verfassungsrechts bei der Feststellung von Normtatsachen und Erfahrungssätzen aufgrund eigener Sachkunde: G. III. 2. a. bb. (1) und G. III. 2. b. cc.

2418 Siehe oben: E. I. 1.

2419 *Anders,* in: Anders/Gehle, ZPO, Vor § 128 Rn. 21 bis 25.

2420 Ausführungen dazu sind bei *Konzen*, Normtatschen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: Schilken/Becker-Eberhard/Gerhardt, FS Gaul, S. 335, 350 zu finden.

2421 G. II.

2422 G. III.

2423 G. II. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

anhand der Rechtsprechung der sozialgerichtlichen[2424] und der zivilgerichtlichen Revisionsinstanz[2425] Tendenzen zu erkennen sind, dass diese Feststellungstätigkeit nicht durchgehend einheitlich erfolgt. Hinsichtlich der Untersuchung der Feststellung genereller Tatsachen durch die Revisionsinstanzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit[2426], der Strafgerichtsbarkeit[2427] und der Zivilgerichtsbarkeit[2428] konnte weiterer Forschungsbedarf identifiziert werden. In der Zivilgerichtsbarkeit kann zudem die Erforschung der Ermittlung von Normtatsachen und Erfahrungssätzen durch die Instanzgerichte interessante Ergebnisse liefern[2429]. Anknüpfend insbesondere an die Ergebnisse der exemplarischen Auswertung der Rechtsprechung einzelner Senate des *BSG* werden im nächsten Kapitel generelle Tatsachenfeststellungen des *BSG* im Rahmen seiner Rechtsprechung zum Off-Label-Use von Arzneimitteln tiefergehend analysiert (H.).

2424 G. II. 5. c. aa.
2425 G. III. 3. b. aa. (1).
2426 G. II. 5. b. aa.
2427 G. II. 5. d.
2428 G. III. 3. b.
2429 G. III. 3. b. bb.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

H. Analyse der Rechtsprechung des *BSG* zum Off-Label-Use von Arzneimitteln unter besonderer Berücksichtigung der Feststellung von generellen Tatsachen

Im Folgenden wird Rechtsprechung ausgewertet, in welcher ein ausnahmsweise zulässiger Off-Label-Use vom *BSG* geprüft wird. Es wird sich dabei auf diejenige Rechtsprechung konzentriert und diese miteinander verglichen, welche mit der Prüfung von Streitigkeiten hinsichtlich eines Medikamenteneinsatzes im Off-Label-Use befasst ist: die Rechtsprechung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung (1. Senat des *BSG*, II.) und die Rechtsprechung im Vertragsarztrecht (6. Senat des *BSG*, III.). Dabei werden Gemeinsamkeiten und Unterschiede hinsichtlich der Feststellung genereller Tatsachen für die Rechtsanwendung und der Beachtung des formellen Beweisrechts zwischen diesen beiden Senaten herausgearbeitet. Demnach beziehen sich die in diesem Kapitel erarbeiteten Thesen auch ausschließlich auf die in die Analyse einbezogenen und ausgewerteten Urteile des 1. und 6. Senats.

I. Leitfragen und Leitkriterien bei der Analyse der Rechtsprechung

Um zu analysieren, wie und in welchem Umfang generelle Tatsachen durch die Rechtsprechung des *BSG* zum Off-Label-Use festgestellt werden und ob das formelle Beweisrecht des SGG Beachtung findet[2430], wird sich an der oben dargestellten Prüfungsreihenfolge bei der Prüfung eines Anspruchs auf einen ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use[2431] orientiert und im Rahmen jedes Prüfungsschritts herausgearbeitet, ob generelle Tatsachen jeweils eine Bedeutung haben und/oder vom *BSG* tatsächlich festgestellt werden. Dabei sind folgende Fragen und Kriterien leitend: Fraglich ist zum einen, in welchem Verhältnis die Feststellung der generellen Tatsachen durch das *BSG* zur Beweiswürdigung und zu den Tatsachenfeststellungen (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG) des vorentscheidenden *SG* oder *LSG* steht. Insbesondere ist interessant, ob das *BSG* die (generellen) Feststellungen der

2430 F. VII.
2431 D. II. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Tatsacheninstanz ergänzt und/oder ersetzt[2432]. Zum anderen ist zu fragen, ob die durch das *BSG* festgestellten generellen Tatsachen zur Auslegung oder zur Subsumtion eingesetzt werden[2433]. Außerdem gilt es zu analysieren, ob das *BSG* die Feststellung von generellen Tatsachen in den Entscheidungsgründen nachvollziehbar bezeichnet (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG) und kenntlich macht, aufgrund welcher Erkenntnisgrundlagen bzw. Quellen und aufgrund welcher rechtlichen Erwägungen die Feststellungen erfolgen (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG)[2434]. Hinsichtlich der Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* ist auch zu beachten, dass das Revisionsgericht selbst Beweis erheben kann. Im Rahmen der Analyse ist deshalb herauszufiltern, ob im vorangegangenen Verwaltungsverfahren, in der gerichtlichen Vorinstanz oder in anderen Gerichtsverfahren Beweis erhoben wurde sowie, ob ggf. Beteiligte des laufenden Gerichtsverfahrens in die Beweiserhebung eingetreten sind[2435]. Insbesondere im Zusammenhang mit der Frage nach einer eigenen Beweisaufnahme durch das *BSG* ist § 128 Abs. 2 SGG bedeutsam und damit grundsätzlich in die Analyse einzubeziehen. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob den Beteiligten durch das *BSG* rechtliches Gehör gewährt wurde, wenn das Gericht für die Feststellung genereller Tatsachen eigenständig Beweis erhoben hat[2436]. Anzumerken ist jedoch, dass diese Prüfung allein auf der Grundlage des juris-Textes nicht möglich ist, weil das Gericht der Hinweispflicht gemäß § 128 Abs. 2 SGG grundsätzlich vor einer gerichtlichen Entscheidung, also in der Regel vor oder in der mündlichen Verhandlung, nachzukommen hat[2437]. Insbesondere die Sitzungsprotokolle gemäß § 122 SGG i.V.m. §§ 159-165 ZPO[2438] wären hier auszuwerten. Der Verfasser dieser Arbeit hatte jedoch keinen Zugriff auf diese Quellen. Aus diesen Gründen sind hier keine stichhaltigen Aussagen hinsichtlich einer möglichen Verletzung von § 128 Abs. 2 SGG möglich. Die Analyse bezieht sich des Weiteren darauf, ob das *BSG* in bestimmten Konstellationen das Verfahren aufgrund einer unzureichenden Sachverhaltsermittlung durch die jeweils zuständige Tatsacheninstanz an diese zurückver-

2432 F. IV. 2. a.
2433 F. IV. 2. b.
2434 F. VII. 2. b.
2435 E. II. 2. a. cc. und E. II. 3.
2436 F. VII. 2. a.
2437 E. II. 2. b. bb. (1) (i).
2438 § 122 SGG gilt über § 165 SGG auch für die Revisionsinstanz (*Keller,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 122 Rn. 2; *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 165 Rn. 4; *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 165 Rn. 9).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weist oder hätte zurückverweisen müssen (§ 170 Abs. 2 S. 2 SGG). Auch ist fraglich, ob das *BSG* anstelle einer Zurückverweisung des Rechtsstreits seine Feststellungsbefugnisse überschreitet und deshalb § 163, 1. Hs. SGG verletzt[2439]. In Bezug auf die Datenbasis der Rechtsprechungsanalyse, die Herausarbeitung von Tatsachenfeststellungen, die Erkenntnisgrundlagen genereller Tatsachen sowie die Frage nach einer eigenständigen Beweiserhebung durch das *BSG* gelten im Übrigen die weiter oben gemachten Ausführungen zur exemplarischen Auswertung ausgewählter Rechtsprechung aus dem öffentlichen Recht und dem Zivilrecht[2440].

II. Recht der gesetzlichen Krankenversicherung

Im Folgenden werden ausschließlich die Urteile in die Analyse einbezogen, in welchen der 1. Senat prüft, ob ein Anspruch auf einen ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use einer versicherten Person gegenüber der gesetzlichen Krankenversicherung besteht.[2441] Um die Analyse einzugrenzen, werden Beschlüsse grundsätzlich ausgeklammert. Abgesehen davon wurde die Frage, ob mit einer Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 160a SGG die Feststellung genereller Tatsachen mit dem Zulassungsgrund des § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG zur Überprüfung durch das *BSG* gestellt werden kann, bereits in einem eigenen Kapitel behandelt[2442]. Die in die Analyse einzubeziehenden Urteile wurden mittels einer Stichwortsuche in der Datenbank juris mit dem Stichwort „Off-Label-Use" ermittelt[2443]. Wenn möglich, wird vordergründig die neueste Entscheidung des *BSG* (sogenanntes Translarna-Urteil) zur Prüfung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use im Recht der

2439 F. VII. 2. c.
2440 G. I. 1. und G. I. 3.
2441 D. IV.
2442 Siehe: F. V.
2443 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R; *BSG,* Urteil vom 24.01.2023 – B 1 KR 7/22 R; *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R*; BSG,* Urteil vom 11.09.2018 – B 1 KR 36/17 R*; BSG,* Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R; *BSG*, Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 10/16 R*; BSG,* Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 1/16 R; *BSG*, Urteil vom 03.07.2012 – B 1 KR 25/11 R; *BSG,* Urteil vom 08.11.2011 – B 1 KR 19/10 R; *BSG*, Urteil vom 30.06.2009 – B 1 KR 5/09 R*; BSG*, Urteil vom 28.02.2008 – B 1 KR 15/07 R; *BSG,* Urteil vom 27.03.2007 – B 1 KR 17/06 R; *BSG,* Urteil vom 14.12.2006 – B 1 KR 12/06 R; *BSG*, Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 1/06 R; *BSG,* Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 14/06 R (Parallelentscheidungen: *BSG,* Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 15/06 R und *BSG,* Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 27/05); *BSG,* Urteil vom 19.03.2002 – B 1 KR 37/00 R, jeweils juris.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gesetzlichen Krankenversicherung zum Stichtag 04.11.2024 als Ausgangsurteil dienen[2444]. Diese Entscheidung spiegelt die neuesten rechtlichen und tatsächlichen Ansichten des Senats in der Off-Label-Use-Rechtsprechung wider. Die Urteile werden mit dem Namen des jeweiligen Arzneimittels bezeichnet, welches in dem entsprechenden Urteil in Streit stand.

1. Arzneimittelrechtliches Kriterium der Zulassung gemäß § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 3, § 31 Abs. 1 S. 1 SGB V i.V.m. § 21 Abs. 1 AMG

Im Rahmen der Prüfung, ob ein ausnahmsweise zulässiger Off-Label-Use zu bejahen ist, sind als erstes § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 3 i.V.m. § 31 Abs. 1 S. 1 SGB V zu prüfen[2445]. Von daher ist zu ermitteln, ob eine nach dem AMG geforderte (§ 21 Abs. 1 AMG) arzneimittelrechtliche Zulassung für das vom Versicherten begehrte Medikament für die Behandlung einer bestimmten Erkrankung vorliegt.[2446]

a. Bindung des *BSG* an die Feststellungen der Vorinstanz gemäß § 163 SGG

Ob eine arzneimittelrechtliche Zulassung nach nationalem Recht oder auf EU-Ebene besteht, ist eine Tatsachenfrage.[2447] So greift gemäß § 163 SGG grundsätzlich die Bindung des *BSG* an die Feststellungen des jeweiligen *LSG,* wie dies auch im Translarna-Urteil betont wird.[2448] Jedoch ist den Entscheidungsgründen des vorgehenden Berufungsurteils nicht zu entnehmen, auf welcher Grundlage die Tatsachenfeststellung zur arzneimittelrechtlichen Zulassung basiert (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG).[2449] Streng genommen ist das *BSG* nicht an eine solche Feststellung ohne Nennung der Erkennt-

2444 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris.
2445 D. II. 2. a.
2446 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 10.
2447 *A.a.O.,* Rn. 11; ebenso: *BSG,* Urteil vom 24.01.2023 – B 1 KR 7/22 R, juris-Rn. 10; *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris-Rn. 14*; BSG,* Urteil vom 11.09.2018 – B 1 KR 36/17 R, juris-Rn. 13*; BSG,* Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 11; *BSG,* Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 1/16 R, juris-Rn. 11; *BSG*, Urteil vom 03.07.2012 – B 1 KR 25/11 R, juris-Rn. 13; *BSG,* Urteil vom 08.11.2011 – B 1 KR 19/10 R, juris-Rn. 11.
2448 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 11.
2449 *LSG Rheinland-Pfalz,* Urteil vom 04.02.2021 – L 5 KR 211/20, juris-Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nisgrundlage gebunden.[2450] Dementgegen existieren auch Fälle, in denen das jeweilige Tatsachengericht für diese Feststellungen die notwendigen Erkenntnisgrundlagen in den Entscheidungsgründen nennt. Beispiele solcher Erkenntnisquellen sind z.B. Stellungnahmen der behandelnden Ärzte[2451], die Fachinformation[2452] oder Stellungnahmen des *G-BA*[2453].

b. Feststellung von generellen Tatsachen zur Subsumtion unter § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 3, § 31 Abs. 1 S. 1 SGB V i.V.m. § 21 Abs. 1 AMG

Bei der Frage nach dem Umfang der arzneimittelrechtlichen Zulassung eines Arzneimittelpräparats sind generelle Tatsachen betroffen, welche das *BSG* abweichend von § 163, 1. Hs. SGG ausnahmsweise selbst feststellen darf.[2454]

aa. Venimmun- und Sandoglobulin-Urteil

Voraussetzung für eigene generelle Tatsachenfeststellungen durch das *BSG* ist, dass dieses insbesondere § 128 Abs. 1 S. 2 SGG beachtet. In diesem Zusammenhang gibt es Fälle, in denen das *BSG* die Erkenntnisquelle der generellen Tatsache selbst erhebt und nennt. Beispiele hierfür sind z.B. die jeweilige Bekanntmachung im Bundesanzeiger im Venimmun-Urteil[2455] oder die Fachinformation des Herstellers im Sandoglobulin-Urteil[2456]. Dieses Vorgehen könnte in diesen beiden Urteilen darauf zurückzuführen sein,

2450 Zu einer dazu identischen Konstellation: *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris-Rn. 14 und dazu vorentscheidend: *LSG Hamburg,* Urteil vom 03.05.2018 – L 1 KR 19/16, juris-Rn. 13.

2451 *LSG Sachsen-Anhalt,* Urteil vom 25.04.2006 – L 4 KR 114/04, juris-Rn. 23 f.

2452 *LSG Baden-Württemberg,* Urteil vom 17.11.2015 – L 11 KR 1116/12, juris-Rn. 33 ff.; *LSG Niedersachsen-Bremen,* Urteil vom 24.01.2017 – L 4 KR 456/14, juris-Rn. 32.

2453 *LSG Niedersachsen-Bremen,* Urteil vom 24.01.2017 – L 4 KR 456/14, juris-Rn. 32.

2454 So z.B.: *BSG*, Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 10/16 R, juris-Rn. 13; *BSG*, Urteil vom 30.06.2009 – B 1 KR 5/09 R, juris-Rn. 22; *BSG*, Urteil vom 28.02.2008 – B 1 KR 15/07 R, juris-Rn. 20; *BSG,* Urteil vom 27.03.2007 – B 1 KR 17/06 R, juris-Rn. 13; *BSG,* Urteil vom 14.12.2006 – B 1 KR 12/06 R, juris-Rn. 13 f.; *BSG*, Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 1/06 R, juris-Rn. 15; *BSG,* Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 14/06 R, juris-Rn. 9 (Parallelentscheidungen: *BSG,* Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 15/06 R, juris und *BSG,* Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 27/05, juris).

2455 *BSG*, Urteil vom 28.02.2008 – B 1 KR 15/07 R, juris-Rn. 20.

2456 *BSG,* Urteil vom 19.03.2002 – B 1 KR 37/00 R, juris-Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dass das jeweils vorentscheidende Berufungsgericht die Feststellung der generellen Tatsachen ohne Nennung der Quelle hierfür getroffen hatte[2457].

bb. Concerta Retard-Urteil

Ähnlich verhält es sich im Concerta Retard-Urteil, in welchem das *BSG* die betreffende generelle Tatsache der vom *SG* eingeholten Stellungnahme des *BfArM* und der in den Akten vorhandenen Gebrauchsinformation entnahm. Zudem erhob das *BSG* in diesem Verfahren selbst Beweis, indem es eine Internetrecherche durchführte (§ 128 Abs. 1 SGG).[2458]

cc. Polyglobin-, Ilomedin- und Cabaseril-Urteil

§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG wird jedoch vom *BSG* auch verletzt, nämlich in den Fällen, in welchen die Erkenntnisgrundlage der festgestellten generellen Tatsache nicht genannt wird. So z.B. im Polyglobin-[2459] und im Ilomedin-Urteil[2460]. Auch gibt es Fälle, in welchen das vorentscheidende *LSG* die generelle Tatsache ordnungsgemäß unter Nennung der Erkenntnisgrundlage festgestellt hat[2461], das *BSG* diese daran anschließend ohne Nennung der Erkenntnisgrundlage nochmals feststellt und dabei nicht auf die Feststellungen des Tatsachengerichts Bezug nimmt (Cabaseril-Urteil)[2462].

2457 *LSG Schleswig-Holstein,* Urteil vom 31.01.2007 – L 5 KR 28/06, juris-Rn. 18 (nachgehend: Venimmun-Urteil); *LSG Nordrhein-Westfalen,* Urteil vom 08.08.2000 – L 5 KR 80/99, juris-Rn. 32 f. (nachgehend: Sandoglobulin-Urteil).

2458 *BSG*, Urteil vom 30.06.2009 – B 1 KR 5/09 R, juris-Rn. 22 (vorgehend: *LSG Baden-Württemberg,* Urteil vom 30.07.2008 – L 5 KR 6030/06, juris-Rn. 25).

2459 *BSG,* Urteil vom 27.03.2007 – B 1 KR 17/06 R, juris-Rn. 13 (vorentscheidend: *LSG Berlin-Brandenburg,* Urteil vom 15.12.2005 – L 1 KR 56/03, juris-Rn. 19 (ebenso ohne Nennung der Tatsachengrundlage)).

2460 *BSG*, Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 1/06 R, juris-Rn. 15 (vorentscheidend: *LSG Rheinland-Pfalz,* Urteil vom 21.07.2005 – L 5 KR 179/04, juris-Rn. 19 (ebenso ohne Nennung der Tatsachengrundlage)).

2461 *LSG Sachsen-Anhalt,* Urteil vom 25.04.2006 – L 4 KR 114/04, juris-Rn. 23 f.

2462 *BSG,* Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 14/06 R, juris-Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dd. Einordnung

Festzuhalten ist, dass die Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* hinsichtlich des Vorliegens einer arzneimittelrechtlichen Zulassung mit dem Ziel erfolgen kann, die unvollständigen Feststellungen der Vorinstanz, weil diese die Erkenntnisgrundlage der jeweiligen generellen Tatsache nicht nennt, i.S.v. § 128 Abs. 1 SGG zu bestätigen und die dazugehörigen Erkenntnisgrundlagen zu ergänzen. Dabei konnte gezeigt werden, dass sich das *BSG* an § 128 Abs. 1 S. 2 SGG hält. Weiterhin konnte herausgearbeitet werden, dass die Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* auch mit eigenständiger Beweiserhebung erfolgen kann.[2463] Daneben gibt es aber auch Fälle, in welchen das *BSG* unter Verletzung von § 128 Abs. 1 S. 2 SGG generelle Tatsachen feststellt.[2464]

c. Feststellung von generellen Tatsachen zur Subsumtion unter Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 726/2004 (Avastin-Urteil)

aa. Generelle Tatsachenfeststellungen des *BSG*

In seinem Avastin-Urteil stellte das *BSG* mehrere generelle Tatsachen fest.[2465] So wurde mit Hilfe von im Internet veröffentlichten Informationen der amerikanischen Zulassungsbehörde, der *Food and Drug Administration (FDA)*, zunächst ermittelt, dass das betreffende Arzneimittel Avastin eine Zulassung in den USA besitze. Das *BSG* legte dabei offen, über welche Suchmaschine und mit welchen Stichwörtern die betreffende generelle Tatsache ermittelt wurde.[2466] Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des *Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH)*[2467] prüfte das *BSG* sodann Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 726/2004. Dieser sieht vor, dass Arzneimittel, welche unter den Anhang der Verordnung fallen, innerhalb der Gemeinschaft nur in den Verkehr gebracht werden dürfen, wenn von der Gemeinschaft

2463 H. II. 1. b. aa. und H. II. 1. b. bb.
2464 H. II. 1. b. cc.
2465 *BSG,* Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 10/16 R, juris; die nachfolgenden Ausführungen wurden überwiegend einem Beitrag entnommen, welchen der Autor in einem Tagungsband veröffentlicht hat (*Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 158 f.).
2466 *BSG,* Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 10/16 R, juris-Rn. 13.
2467 *EuGH*, Urteil vom 11.04.2013 – C-535/11, juris-Entscheidungsgrund Nr. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eine Genehmigung für das Inverkehrbringen erteilt worden ist[2468]. Der Anhang der VO (EG) Nr. 726/2004 (Nr. 1, dritter Spiegelstrich, 2. Hs.) nennt Arzneimittel, die mit Hilfe eines biotechnologischen Verfahrens auf der Basis von monoklonalen Antikörpern hergestellt werden. Das *BSG* stellte im Rahmen dieser Prüfung generell fest, dass das Medikament Avastin den Wirkstoff Bevacizumab enthalte, bei dem es sich um einen rekombinanten humanisierten monoklonalen Antikörper handele, welcher mittels DNA-Technologie (deoxyribonucleic acid) aus Ovarialzellen des chinesischen Hamsters (Chinese Hamster Ovary – CHO-Zellen) gewonnen werde. Für diese Feststellung wurde vom *BSG* auf im Internet veröffentlichte Unterlagen zum Arzneimittel Avastin[2469] zurückgegriffen. Das *BSG* subsumierte anschließend die zuvor festgestellte generelle Tatsache unter Nr. 1, dritter Spiegelstrich, 2. Hs. des Anhangs der VO (EG) Nr. 726/2004.[2470] Darüber hinaus wurde vom *BSG* die generelle Tatsache festgestellt, dass das Arzneimittel Avastin nicht in einem zentralisierten Verfahren durch die EMA i.S.d. Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 726/2004 für die Behandlung der Erkrankung der versicherten Person zugelassen sei. Hierfür griff das Gericht u.a. auf die Zusammenfassung des EPAR[2471] für Avastin[2472] zurück.[2473]

bb. Generelle Tatsachenfeststellungen des *LSG Bayern* (Avastin-Urteil)

Das vorentscheidende *LSG Bayern* stellte ebenso wie das *BSG* fest, dass eine Zulassung in den USA für Avastin zur Behandlung der Erkrankung der versicherten Person bestehe. Hierfür bediente sich das Tatsachengericht,

2468 Siehe dazu bereits oben: D. I. 2. b. aa.

2469 *European Commission*, Anhang I, Zusammenfassung der Merkmale des Arzneimittels, S. 2 (Inhaltlich handelt es sich bei dieser Quelle wohl um das vom *BSG* in Bezug genommene Material. Der aktuelle Internetlink im dieser Arbeit angehängten Materialienverzeichnis (Materialien II) (01.07.2025) weicht jedoch von demjenigen, welchen das *BSG* in seinen Entscheidungsgründen verwendet hatte (*BSG*, Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 10/16 R, juris-Rn. 13), ab).

2470 *BSG*, Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 10/16 R, juris-Rn. 13; zur identischen Konstellation der alleinigen Subsumtion genereller Tatsachen, siehe oben: G. II. 3. g. bb. (1) (i).

2471 Siehe: F. II. 3. a.

2472 *EMA*, Zusammenfassung des EPAR für die Öffentlichkeit, S. 2 ff.

2473 *BSG,* Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 10/16 R, juris-Rn. 14; ebenso zu den zugelassenen Anwendungsgebieten von Avastin weiterhin: *EuGH,* Urteil vom 11.04.2013 – C-535/11, juris-Entscheidungsgründe Nr. 21 f.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

anders als das *BSG*, eines Sachverständigengutachtens.[2474] In Bezug auf eine möglicherweise bestehende Arzneimittelzulassung auf europäischer oder nationaler Ebene für das betreffende Medikament spricht das Gericht davon, dass „[…] im Rahmen des Anspruchs auf nach dem Arzneimittelgesetz zugelassene Medikamente (§ 27 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB V) vorliegend *mangels Zulassung von Avastin für die Erkrankung des verstorbenen Versicherten* (Hervorhebung durch den Verfasser) zunächst ein off-label-use in Betracht" komme.[2475] Zudem ging das Tatsachengericht auf eine ablehnende Zulassungsentscheidung der *EMA* hinsichtlich des Einsatzes von Avastin bei der Behandlung der Krebserkrankung des Versicherten ein.[2476]

cc. Einordnung

Nach einem Vergleich zwischen den generellen Tatsachenfeststellungen des *BSG*[2477] mit denjenigen des vorentscheidenden Tatsachengerichts[2478] kann resümiert werden, dass beide Instanzen die Feststellung zu der Zulassung des Medikaments in den USA unter Rückgriff auf unterschiedliches Erkenntnismaterial trafen. Das vorentscheidende *LSG Bayern* prüfte Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 726/2004 nicht, weshalb auch Feststellungen dazu gänzlich fehlen (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG). Die Feststellung des *LSG* in Bezug auf die Zulassung des Medikaments nach europäischem oder nationalem Recht ist entgegen § 128 Abs. 1 SGG nicht eindeutig bzw. unvollständig formuliert. Das *BSG* sah sich aufgrund dieser unvollständigen Tatsachengrundlage dazu veranlasst, eigene generelle Feststellungen mit eigener Beweiserhebung zu treffen und die Feststellungen des Tatsachengerichts insofern zu ergänzen. Anhand des Avastin-Urteils kann die bereits weiter oben angesprochene Kontrolle der generellen Tatsachenfeststellungen bzw. der Beweiswürdigung des *LSG Bayern* (§ 128 Abs. 1 SGG) durch das *BSG* aufgezeigt werden[2479].

2474 *LSG Bayern,* Urteil vom 14.07.2015 – L 5 KR 153/14, juris-Rn. 35.
2475 *A.a.O.,* Rn. 22.
2476 *A.a.O.,* Rn. 39.
2477 H. II. 1. c. aa.
2478 H. II. 1. c. bb.
2479 Siehe dazu: F. IV. 2. a.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Rechtsanwendung von § 35c SGB V

Der zweite Prüfungsschritt eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use, die Anwendung von § 35c SGB V, beinhaltet die Prüfung, ob das beantragte Medikament in der der Anlage VI der AM-RL aufgelistet ist (§ 35c Abs. 1 SGB V, a.) oder ob das Arzneimittel im Rahmen einer klinischen Studie eingesetzt werden soll (§ 35c Abs. 2 SGB V, b.).[2480]

a. Richtliniengestützter Off-Label-Use gemäß § 35c Abs. 1 SGB V

Beim richtliniengestützten Off-Labe-Use gemäß § 35c Abs. 1 SGB V bzw. davor gemäß § 35b Abs. 3 SGB V[2481] prüft das *BSG*, ob das beantragte Medikament in Teil A oder Teil B der Anlage VI der AM-RL aufgeführt wird.[2482] Dabei handelt es sich um die Rechtsanwendung einer Rechtsvorschrift, nämlich der Anlage VI zu Abschnitt K der AM-RL des *G-BA*.[2483]

b. Off-Label-Use im Rahmen klinischer Studien gemäß § 35c Abs. 2 SGB V

aa. Translarna-Urteil

§ 35c Abs. 2 S. 1 SGB V[2484] zielt auf Einzeltatsachen ab. Fraglich ist hierbei, ob das begehrte Arzneimittel im Rahmen einer klinischen Studie angewandt wurde. Im Translarna-Urteil stellte das *BSG* ohne Verweis auf die Quelle seiner Feststellung (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG) fest, dass „[…] die Behandlung *des Versicherten* (Einfügung und Hervorhebung durch den Verfasser) nicht im Rahmen einer ambulanten klinischen Studie erfolgen […]“ solle[2485]. Hierbei handelt es sich streng genommen um die Feststellung

2480 D. II. 2. b.
2481 D. II. 2. b. aa.
2482 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 13 f.; *BSG,* Urteil vom 24.01.2023 – B 1 KR 7/22 R, juris-Rn. 15; *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris-Rn. 16; *BSG,* Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 13; *BSG,* Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 1/16 R, juris-Rn. 13; *BSG*, Urteil vom 03.07.2012 – B 1 KR 25/11 R, juris-Rn. 14; *BSG,* Urteil vom 08.11.2011 – B 1 KR 19/10 R, juris-Rn. 14; *BSG*, Urteil vom 30.06.2009 – B 1 KR 5/09 R, juris-Rn. 28.
2483 D. I. 1. c. aa. (2) (iii) und F. IV. 1. c. aa. (1).
2484 D. II. 2. b. bb.
2485 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einer Einzeltatsache, welche das *BSG* nicht selbst vornehmen darf und an welche das Revisionsgericht gemäß § 163 SGG gebunden ist. Auch das vorentscheidende *LSG Rheinland-Pfalz* traf hierzu keine Feststellungen (§ 128 Abs. 1 SGG). So führte das Tatsachengericht lediglich aus, dass „[…] ein Anspruch auf eine Versorgung im Off-Label-Use nach § 35c SGB V oder nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen" ausscheide, „wie zwischen den Beteiligten zu Recht nicht im Streit" stehe. Und weiter: „Insofern kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Entscheidungsgründe des angegriffenen Gerichtsbescheids verwiesen werden (entsprechend § 153 Abs. 2 SGG)."[2486]. Im Gerichtsbescheid des *SG Mainz* sind jedoch keine Feststellungen in Bezug auf § 35c Abs. 2 SGB V zu finden[2487]. In diesem Fall handelt es sich zwar offenbar um eine unstrittige Einzeltatsache, welche das *BSG* feststellte, jedoch fehlt der Hinweis des *BSG* auf die Quelle seiner Feststellung bzw. auf die fehlenden Feststellungen zu § 35c Abs. 2 SGB V in den Entscheidungsgründen der gerichtlichen Vorinstanzen.

bb. Cytotect -Urteil

Eine andere Konstellation ist im Cytotect -Urteil zu erkennen. Hier stellte das *BSG* die entsprechende Einzeltatsache ebenso ohne Angabe der Erkenntnisquelle fest (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG)[2488]. Das dazu vorentscheidende Tatsachengericht hatte jedoch bereits festgestellt, dass für einen Anspruch aus § 35c Abs. 2 SGB V nichts vorliege[2489]. Hier hätte das *BSG* auf diese Feststellungen des Tatsachengerichts verweisen können (§ 163 SGG).

2486 *LSG Rheinland-Pfalz,* Urteil vom 04.02.2021 – L 5 KR 211/20, juris-Rn. 19; diese Konstellation ist ebenso in folgenden Urteilen zu beobachten: *BSG*, Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 14 (vorentscheidend: *LSG Niedersachsen-Bremen,* Urteil vom 24.01.2017 – L 4 KR 456/14, juris); *BSG*, Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 1/16 R, juris-Rn. 14 (vorentscheidend: *LSG Baden-Württemberg,* Urteil vom 17.11.2015 – L 11 KR 1116/12, juris); *BSG,* Urteil vom 08.11.2011 – B 1 KR 19/10 R, juris-Rn. 15 (vorentscheidend: *LSG Sachsen-Anhalt,* Urteil vom 17.06.2010 – L 10 KR 13/06, juris).

2487 *SG Mainz,* Gerichtsbescheid vom 19.11.2020 – S 16 KR 173/20, BeckRS 2020, 52475.

2488 *BSG,* Urteil vom 24.01.2023 – B 1 KR 7/22 R, juris-Rn. 15.

2489 *LSG Bayern,* Urteil vom 25.11.2021 – L 4 KR 318/18, juris-Rn. 48.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc. Rituximab-Urteil

Mit dem Rituximab-Urteil kann hingegen gezeigt werden, wie das *BSG* unter Beachtung von § 163 SGG vorgeht. In diesem Urteil wurde darauf verwiesen, dass nach den Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz nichts für einen Anspruch aus § 35c SGB V vorliege und dass die Behandlung mit dem betreffenden Medikament nicht im Rahmen einer klinischen Studie erfolge[2490].

3. Richterrechtliche Grundsätze eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use

Im weiteren Verlauf sind die vom *BSG* zu prüfenden richterrechtlich ausgestalteten Voraussetzungen eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use zu Lasten der *gesetzlichen Krankenversicherung (GKV)*[2491] zu beleuchten und hierbei vom *BSG* festgestellte generelle Tatsachen herauszuarbeiten (a. bis c.).

a. Schwerwiegende Erkrankung

Als erste richterrechtliche Voraussetzung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use wird das Vorliegen einer schwerwiegenden Erkrankung geprüft.[2492] Bei diesem Prüfungsschritt steht die Feststellung von Einzeltatsachen, welche grundsätzlich unter Rückgriff auf medizinischen Sachverstand von den Instanzgerichten zu ermitteln sind (§ 163 SGG), im Fokus.[2493] Im Translarna-Urteil wurde das Vorliegen einer schwerwiegenden Erkrankung nicht geprüft, weil es bereits an wissenschaftlichen Erkenntnissen für die Bejahung einer begründeten Erfolgsaussicht[2494] fehlte. Wie bereits dargestellt wurde, müssen alle drei Voraussetzungen des richterrechtlichen

2490 *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris-Rn. 17; ebenso: *BSG,* Urteil vom 11.09.2018 – B 1 KR 36/17 R, juris-Rn. 14.
2491 D. II. 2. c.
2492 D. II. 2. c. aa.
2493 *BSG,* Urteil vom 27.03.2007 – B 1 KR 17/06 R, juris-Rn. 15; *BSG,* Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 14/06 R, juris-Rn. 11; *BSG*, Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 1/06 R, juris-Rn. 18; *BSG,* Urteil vom 19.03.2002 – B 1 KR 37/00 R, juris-Rn. 28.
2494 Siehe dazu: D. II. 2. c. cc. und sogleich unten: H. II. 3. c.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Off-Label-Use kumulativ erfüllt sein[2495]. Deshalb war die Prüfung des Krankheitskriteriums im Translarna-Urteil obsolet.[2496]

b. Fehlende Therapiealternative

Die Prüfung der zweiten richterrechtlich ausgestalteten Voraussetzung, der fehlenden Behandlungsalternative[2497], zielt grundsätzlich auf Tatsachenfragen ab.[2498] Jedoch greift hier die Ausnahme der Feststellungsbefugnis genereller Tatsachen durch das *BSG*. Diese These bezieht sich auf die Ermittlung der generellen Existenz einer im System der *GKV* vorhandenen Arzneimitteltherapie für die Behandlung einer Erkrankung[2499]. Einzeltatsachen sind hingegen betroffen, wenn etwa fraglich ist, ob die versicherte Person im Einzelfall auf alternative Arzneimittel verwiesen werden kann und ob der Einsatz dieser Präparate auch zumutbar ist[2500]. So können z.B. auftretende Nebenwirkungen des vorrangig einzusetzenden und zugelassenen Medikaments dazu führen, dass die versicherte Person auf dieses nicht verwiesen werden kann[2501]. Im Translarna-Urteil wurde die fehlenden Behandlungsalternative jedoch aufgrund des Fehlens einer begründeten Erfolgsaussicht nicht geprüft[2502].

2495 D. II. 2. c.

2496 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 14 f.; diese Konstellation ist ebenso in folgenden Urteilen zu beobachten: *BSG,* Urteil vom 24.01.2023 – B 1 KR 7/22 R, juris-Rn. 16 f.; *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris-Rn. 18; *BSG,* Urteil vom 11.09.2018 – B 1 KR 36/17 R, juris-Rn. 14; *BSG,* Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 15 f.; *BSG,* Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 1/16 R, juris-Rn. 15 f.; *BSG*, Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 10/16 R, juris-Rn. 16 f.; *BSG*, Urteil vom 03.07.2012 – B 1 KR 25/11 R, juris-Rn. 15 f.; *BSG,* Urteil vom 08.11.2011 – B 1 KR 19/10 R, juris-Rn. 16 f.

2497 D. II. 2. c. bb.

2498 *BSG*, Urteil vom 30.06.2009 – B 1 KR 5/09 R, juris-Rn. 32*; BSG,* Urteil vom 27.03.2007 – B 1 KR 17/06 R, juris-Rn. 15.

2499 Siehe zur damit verwandten Frage, ob eine bestimmte Untersuchungs- oder Behandlungsmethode dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspricht und ob eine diesem Standard genügende Behandlung im Inland möglich ist: G. II. 3. b. aa.

2500 *BSG*, Urteil vom 28.02.2008 – B 1 KR 15/07 R, juris-Rn. 22; siehe dazu ebenso bereits oben: D. II. 2. c. bb. und G. II. 3. b. aa. (4).

2501 *BSG,* Urteil vom 27.03.2007 – B 1 KR 17/06 R, juris-Rn. 15.

2502 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 14 f.; in Bezug auf weitere Urteile, in welchen die Voraussetzung der fehlenden Therapiealternative aufgrund

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Begründete Erfolgsaussicht

Wie bereits oben deutlich wurde, ist die begründete Erfolgsaussicht als dritte richterrechtliche Voraussetzung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use in der Regel nicht erfüllt.[2503]

aa. Bindung des *BSG* an die Feststellungen der Vorinstanz gemäß § 163 SGG

Die Ermittlung, ob im Rahmen der dritten Voraussetzung eines richterrechtlich ausgestalteten Anspruchs wissenschaftliche Erkenntnisse in der Qualität einer Phase III-Studie zum Einsatz eines bestimmten Medikaments bei der Behandlung einer bestimmten Erkrankung vorliegen[2504], betrifft Tatsachenfragen, welche grundsätzlich von den Tatsacheninstanzen zu beantworten sind, an deren Feststellungen das *BSG* demnach gemäß § 163 SGG gebunden ist.[2505] Demgemäß führte das *BSG* im Translarna-Urteil aus, dass nach den bindenden Feststellungen des *LSG* keine Phase III-Studie vorliege.[2506] Wie jedoch bereits dargestellt wurde, verwies das dem Translarna-Urteil vorentscheidende *LSG Rheinland-Pfalz* hinsichtlich der Feststellungen zu den richterrechtlichen Grundsätzen eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use auf die Entscheidungsgründe des Gerichtsbescheids des *SG Mainz*.[2507] Diese enthalten jedoch lediglich die unvollständige Tatsachenfeststellung (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG), dass eine entsprechende Datenlage fehle, nicht jedoch die Grundlage, worauf diese Feststellung be-

---

des Fehlens einer begründeten Erfolgsaussicht ebenso nicht geprüft wurde, ist auf die Nachweise in Fußnote 2496 zu verweisen.

2503 Siehe: H. II. 3. a. und H. II. 3. b. (insbesondere wieder Fußnote 2496).

2504 Siehe: D. I. 2. b. bb. und D. II. 2. c. cc.

2505 *BSG,* Urteil vom 24.01.2023 – B 1 KR 7/22 R, juris-Rn. 17; *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris-Rn. 18; *BSG,* Urteil vom 11.09.2018 – B 1 KR 36/17 R, juris-Rn. 14; *BSG,* Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 16; *BSG,* Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 1/16 R, juris-Rn. 16; *BSG*, Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 10/16 R, juris-Rn. 17; *BSG*, Urteil vom 03.07.2012 – B 1 KR 25/11 R, juris-Rn. 16; *BSG,* Urteil vom 08.11.2011 – B 1 KR 19/10 R, juris-Rn. 17; *BSG,* Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 14/06 R, juris-Rn. 16; *BSG*, Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 1/06 R, juris-Rn. 25.

2506 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 15 f.

2507 *LSG Rheinland-Pfalz,* Urteil vom 04.02.2021 – L 5 KR 211/20, juris-Rn. 19 mit Verweis auf *SG Mainz,* Gerichtsbescheid vom 19.11.2020 – S 16 KR 173/20, BeckRS 2020, 52475; siehe: H. II. 2. b. aa.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ruht (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG).[2508] Insofern taucht an dieser Stelle das gleiche Problem auf, wie es oben bei der Feststellung der arzneimittelrechtlichen Zulassung beobachtet werden konnte.[2509] Als Quellen, aus denen sich entsprechende Feststellungen der Instanzgerichte zum Vorliegen von Phase III-Studien oder von wissenschaftlichen Erkenntnisse von geringerem Niveau ergeben können, kommen z.B. Gutachten[2510] oder medizinische Stellungnahmen[2511] in Betracht.

bb. Feststellung von generellen Tatsachen

Das Vorliegen einer Phase III-Studie kann als generelle Tatsache jedoch auch durch das *BSG* selbst festgestellt werden. Beispiele hierfür sind in der Rechtsprechung des 1. Senats durchaus zu finden.

(1) Concerta Retard-, Polyglobin- und Sandoglobulin-Urteil

So stellte das *BSG* auf der Grundlage von Tatsachenmaterial, welches bereits Gegenstand des gerichtlichen Vorverfahrens war, wie z.B. medizinischen Fachpublikationen[2512] (Concerta Retard-Urteil) oder Stellungnahmen der Arzneimittelzulassungsbehörden[2513] (Polyglobin-Urteil), die generelle Tatsache fest, dass Erkenntnisse in der gebotenen Qualität zu der Wirksamkeit eines bestimmten Arzneimittels bei der Behandlung einer bestimmten Erkrankung nicht vorhanden seien. Diese generellen Feststellungen bestätigen in solchen Fällen die Tatsachenfeststellungen der jeweiligen

2508 *SG Mainz,* Gerichtsbescheid vom 19.11.2020 – S 16 KR 173/20, BeckRS 2020, 52475, Rn. 18; ebenso zu beobachten bei: *LSG Niedersachsen-Bremen,* Urteil vom 24.01.2017 – L 4 KR 456/14, juris-Rn. 34 (nachgehend: *BSG,* Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 16).

2509 H. II. 1. a.

2510 *LSG Baden-Württemberg,* Urteil vom 17.11.2015 – L 11 KR 1116/12, juris-Rn. 40 (nachgehend: *BSG,* Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 1/16 R, juris); *LSG Hamburg,* Urteil vom 03.05.2018 – L 1 KR 19/16, juris-Rn. 13 (nachgehend: *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris).

2511 *LSG Bayern,* Urteil vom 14.07.2015 – L 5 KR 153/14, juris-Rn. 23 f. (nachgehend: *BSG*, Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 10/16 R, juris).

2512 *BSG*, Urteil vom 30.06.2009 – B 1 KR 5/09 R, juris-Rn. 35 (vorgehend: *LSG Baden-Württemberg,* Urteil vom 30.07.2008 – L 5 KR 6030/06, juris-Rn. 32).

2513 *BSG,* Urteil vom 27.03.2007 – B 1 KR 17/06 R, juris-Rn. 16 (vorgehend: *LSG Berlin-Brandenburg,* Urteil vom 15.12.2005 – L 1 KR 56/03, juris-Rn. 20).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Tatsacheninstanz (§ 128 Abs. 1 SGG). Das *BSG* erhebt hierfür aber auch eigenständig Beweis, indem z.B. Internetrecherchen[2514] (Concerta Retard-Urteil) durchgeführt werden oder auf Publikationen des *PEI*[2515] (Sandoglobulin-Urteil) zurückgegriffen wird. In diesen Fällen werden Feststellungen der Vorinstanz bestätigt und dazugehörige Erkenntnisgrundlagen ergänzt (§ 128 Abs. 1 SGG).

(2) Venimmun- und Ilomedin-Urteil

Im Venimmun-Urteil wurde auf eine Stellungnahme des *PEI* und verschiedene Gutachten Bezug genommen, welche bereits Gegenstand des *LSG*-Verfahrens waren, und daraus nach umfassender Würdigung abgeleitet, dass eine entsprechende Phase III-Studie nicht vorliege.[2516] Eine identische Konstellation ist im Ilomedin-Urteil zu beobachten, in dem das *BSG* ein Gutachten des *Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK)* (heute: *Medizinischer Dienst*[2517] gemäß § 278 SGB V) ausgewertet hat, auf welches das vorentscheidende *LSG* jedoch nicht eingegangen war. Das *BSG* stellte auf der Grundlage dieses Gutachtens fest, dass zwar eine Phase III-Studie vorhanden sei, diese jedoch nicht belegen könne, dass das begehrte Medikament der Standardtherapie überlegen sei.[2518] In solchen Fällen werden generelle Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz durch das *BSG* unter Beachtung von § 128 Abs. 1 SGG bestätigt und ergänzt.

2514 So z.B.: *BSG*, Urteil vom 30.06.2009 – B 1 KR 5/09 R, juris-Rn. 32 und 35 (vorgehend: *LSG Baden-Württemberg,* Urteil vom 30.07.2008 – L 5 KR 6030/06, juris-Rn. 32 f.).

2515 *BSG,* Urteil vom 19.03.2002 – B 1 KR 37/00 R, juris-Rn. 28 (vorgehend: *LSG Nordrhein-Westfalen,* Urteil vom 08.08.2000 – L 5 KR 80/99, juris-Rn. 21 und 31).

2516 *BSG*, Urteil vom 28.02.2008 – B 1 KR 15/07 R, juris-Rn. 26 f. (insofern zu den knappen Feststellungen der Vorinstanz in diesem Zusammenhang: *LSG Schleswig-Holstein,* Urteil vom 31.01.2007 – L 5 KR 28/06, juris-Rn. 24).

2517 Diese Namensänderung erfolgte aufgrund des Gesetzes für bessere und unabhängigere Prüfungen (MDK-Reformgesetz) vom 14.12.2019 (BGBl. I, S. 2789).

2518 *BSG*, Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 1/06 R, juris-Rn. 25 (vorgehend: *LSG Rheinland-Pfalz,* Urteil vom 21.07.2005 – L 5 KR 179/04, juris-Rn. 23-26).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d. Einordnung

Die Ermittlungen zu den Fragen, ob im System der *GKV* Behandlungsalternativen bestehen[2519] und ob gewisse wissenschaftliche Erkenntnisse einer bestimmten Evidenzstufe vorliegen[2520], kann das *BSG* eigenständig durchführen. Im Hinblick auf die Frage, ob eine Phase III-Studie vorliegt, konnten Fallkonstellationen herausgearbeitet werden, in welchen das *BSG* auf bereits vorliegendes Tatsachenmaterial zurückgreift und vorhandene durch die Vorinstanz festgestellte generelle Tatsachenfeststellungen bestätigt und/oder unvollständige oder fehlende generelle Tatsachenfeststellungen ergänzt. Auch konnte gezeigt werden, dass das *BSG* selbst in die Beweiserhebung eintritt, um entsprechende Feststellungen der Vorinstanz zu bestätigen und nicht vorhandene Erkenntnisgrundlagen zu ergänzen. § 128 Abs. 1 SGG wurde bei diesem Vorgehen durch das *BSG* beachtet.

4. Rechtsanwendung von § 2 Abs. 1a SGB V

Ein Anspruch auf einen Medikamenteneinsatz in einem nicht zugelassenen Anwendungsgebiet kann sich ferner aus § 2 Abs. 1a SGB V ergeben.[2521] Die einzelnen drei Prüfungsschritte des § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V sind der Prüfung eines richterrechtlich begründeten Off-Label-Use ähnlich, jedoch von diesem zu trennen.[2522] Zudem handelt es sich bei § 2 Abs. 1a SGB V um eine Rechtsvorschrift[2523] und nicht um Richterrecht[2524]. In diesem Kapitel ist auf die einzelnen vom *BSG* zu prüfenden Voraussetzungen des § 2 Abs. 1a SGB V unter besonderer Berücksichtigung der Feststellung genereller Tatsachen einzugehen (a. bis c.). Dabei werden überwiegend Urteile ab dem Jahr 2012 in die Analyse einbezogen, weil der betreffende Anspruch in diesem Jahr in Gesetzesform gegossen wurde[2525].

2519 H. II. 3. b.
2520 H. II. 3. c.
2521 D. II. 2. d.
2522 Siehe: D. II. 2. c. dd., D. II. 2. d. aa. und D. II. 2. d. cc.
2523 C. I. 2.
2524 C. I. 3. c.
2525 D. II. 2. d.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a. Lebensbedrohliche Erkrankung

Nachfolgend ist auf die Prüfung des *BSG*, ob eine lebensbedrohliche Erkrankung i.S.v. § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V vorliegt, dezidiert einzugehen. Hierbei wird aufgezeigt, in welchen Fällen das *BSG* an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gemäß § 163 SGG (aa.) gebunden ist und in welchen Fällen der Rechtsstreit entsprechend an die Vorinstanz gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG zurückverwiesen wird (bb.). Weiterhin ist bei diesem Prüfungsschritt zwischen der Rechtsanwendung (cc.) und der Feststellung von Einzeltatsachen (§ 128 Abs. 1 SGG)[2526], welche von den Instanzgerichten und nicht vom *BSG* vorzunehmen ist (§ 163 SGG, ee.), zu unterscheiden. Auch generelle Tatsachen können bei diesem Prüfungsschritt eingesetzt werden (dd.).

aa. Bindung des *BSG* an die Feststellungen der Vorinstanz gemäß § 163 SGG

Medizinische Tatsachenfragen richten sich z.B. darauf, welche Erkrankung, in welcher bestimmten Form und mit welchem Verlauf bei der betroffenen Person vorliegt und welche Vorerkrankungen ggf. bestehen. Die Beantwortung dieser Fragen erfordert die Ermittlung und Feststellung von Einzeltatsachen (§ 128 Abs. 1 SGG) und kann in der Regel nur mit einer Beweiserhebung erfolgen. An die festgestellten Einzeltatsachen ist das *BSG* gemäß § 163 SGG gebunden.[2527] Dies betrifft grundsätzlich auch Fälle, in denen fraglich ist, mit welcher Wahrscheinlichkeit sich eine bestimmte Erkrankung von einer Mutter auf ihr ungeborenes Kind, mit möglicherweise lebensbedrohlichen Folgen für das Kind, überträgt. Das begehrte Medikament dient in einem solchen Fall dem Schutz des ungeborenen Kindes vor einer Infektion.[2528]

2526 C. III. 2. b. und E. II. 2. b. aa. (1).

2527 *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris-Rn. 22 ff.*; BSG,* Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 24; *BSG,* Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 1/16 R, juris-Rn. 18 und 21; *BSG*, Urteil vom 03.07.2012 – B 1 KR 25/11 R, juris-Rn. 17; in Bezug auf eine neue Behandlungsmethode und dazu, dass die Beurteilung von Art und Schwere einer Erkrankung eine unabdingbare Tatsachenfeststellung sei: *BSG,* Urteil vom 07.11.2006 – B 1 KR 24/06 R, juris-Rn. 29.

2528 *BSG,* Urteil vom 24.01.2023 – B 1 KR 7/22 R, juris-Rn. 22-27 und 44 f. (vorgehend: *LSG Bayern,* Urteil vom 25.11.2021 – L 4 KR 318/18, juris-Rn. 71-79).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Zurückverweisung des Rechtsstreits an die Vorinstanz gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG

Wenn tatsächliche Feststellungen der Berufungsinstanz zum Einzelsachverhalt fehlen oder widersprüchlich sind und damit eine abschließende Entscheidung über das Vorliegen einer lebensbedrohlichen Erkrankung im Rechtssinne nicht möglich ist (Subsumtion im engeren Sinne), verweist das *BSG* den Rechtsstreit gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG an die Tatsacheninstanz zurück.[2529]

cc. Auslegung des Begriffs der lebensbedrohlichen Erkrankung i.S.v. § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V und Subsumtion von Einzeltatsachen unter den ausgelegten Begriff

Mit dem Rituximab-Urteil[2530] kann deutlich gezeigt werden, wie ein medizinisches Verständnis von einem juristischen Verständnis über das Vorliegen einer lebensbedrohlichen Erkrankung abweichen kann.[2531] Zudem wird in dieser Entscheidung deutlich, dass Subsumtionsfragen Rechtsfragen sind, über die juristisch gestritten werden kann.[2532] So ist es aus medizinischer Sicht nachvollziehbar, dass in Folge einer Autoimmunerkrankung der Haut (Schleimhautpemphigoid), welche auf der Haut Blasen und Wunden hervorruft, bakterielle Infektionen entstehen können, welche zu einer erhöhten Sepsisgefahr und somit auch zu einer lebensbedrohlichen Situation führen können.[2533] Das dem *BSG* im Rituximab-Urteil vorentscheidende *LSG Hamburg* urteilte im Sinne einer solchen medizinischen Ansicht. Das Gericht stellte darauf ab, dass die Erkrankung der versicherten Person (Schleimhautpemphigoid) mit deren schwerwiegenden Folgen (Sepsisgefahr) wertungsmäßig mit einer lebensbedrohlichen Erkrankung gleichzu-

2529 *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris-Rn. 7, Rn. 12, Rn. 22 und 25 (Rituximab-Urteil); *BSG,* Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 7 f., Rn. 19, Rn. 24 und 27 f. (Octagam-Urteil).

2530 *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris.

2531 *Roesen*, FORUM 2024, S. 129, 131; allgemein in Bezug auf die Kommunikation zwischen Juristen und Medizinern: *Kater*, Das ärztliche Gutachten im sozialgerichtlichen Verfahren, S. 15 f.

2532 C. II. 1. a. bb. (2) (ii) und C. III. 2. c.; siebe ebenso im Unfallversicherungsrecht: G. II. 3. c. bb. (2).

2533 *Petersen-Benz/Schalwat/Holder,* KH 2018, S. 1009, 1011.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stellen sei.[2534] Die Frage, ob eine Sepsisgefahr wertungsmäßig mit einer lebensbedrohlichen Erkrankung gleichzustellen ist, stellt eine Subsumtionsfrage dar. So handelt es sich aus juristischer Sicht um einen Subsumtionsvorgang im Sinne eines Abgleichs des ausgelegten Bergriffs der lebensbedrohlichen Erkrankung oder einer damit wertungsmäßig vergleichbaren Erkrankung mit den vom *LSG Hamburg* ermittelten Tatsachen (Sepsis). Dem *BSG* zufolge sei die Sepsisgefahr wertungsmäßig nicht mit einer lebensbedrohlichen Lage vergleichbar[2535]. Die Auslegung und die Subsumtion sind der Rechtsfrage zuzuordnen[2536], welche der Kontrolle des *BSG* unterliegt.

dd. Feststellung von generellen Tatsachen zur Subsumtion unter § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V

(1) Translarna- und Rituximab-Urteil

Bei der Prüfung, ob die Voraussetzung der lebensbedrohlichen Erkrankung i.S.v. § 2 Abs. 1a SGB V erfüllt ist, ist es ebenso möglich, dass generelle Tatsachen festgestellt werden. So wurde im Translarna-Urteil beispielsweise generell festgestellt, dass die betreffende Erkrankung auf der Grundlage von „Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft", welche das *BSG* nicht näher bezeichnet (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGB V), rasch voranschreite und dass aufgrund des Verlusts verschiedener körperlicher Funktionen schließlich der Tod eintrete.[2537] Das vorentscheidende *LSG* stellte diese generelle Tatsache ebenso fest, jedoch ohne Nennung einer Erkenntnisgrundlage. Zudem wurden vom Tatsachengericht Einzeltatsachen auf der Grundlage eines *MDK*-Gutachtens festgestellt. So wurden konkrete Feststellungen in Bezug auf die Lebenserwartung der betroffenen Person getroffen.[2538] Das *BSG* stellte also bestätigend zum *LSG-Urteil* generelle Tatsachen zur Subsumtion

2534 *LSG Hamburg,* Urteil vom 03.05.2018 – L 1 KR 19/16, juris-Rn. 13; zum Begriff der wertungsmäßigen Vergleichbarkeit einer Erkrankung mit einer lebensbedrohlichen Erkrankung: D. II. 2. d.

2535 *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris-Rn. 20 und 23 f.

2536 Die Rechtsanwendung umfasst die Auslegung (C. II. 1. b.) und die Subsumtion von Einzeltatsachen (C. II. 1. a. bb. (2)); siehe ebenfalls dazu: C. III. 2. c.; zur Rechtsauslegung des Rechtsbegriffs der lebensbedrohlichen Erkrankung: D. II. 2. d. und D. II. 2. d. aa.

2537 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 23.

2538 *LSG Rheinland-Pfalz,* Urteil vom 04.02.2021 – L 5 KR 211/20, juris-Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fest und ergänzte die Erkenntnisgrundlage hierfür. Gesagt werden muss jedoch, dass der Rechtsbegriff der lebensbedrohlichen Erkrankung i.S.v. § 2 Abs. 1a SGB V grundsätzlich auf die Feststellung von Einzeltatsachen abzielt. Damit dürfen die generellen Tatsachen nicht zu den Einzeltatsachen im Widerspruch stehen, was vorliegend auch nicht der Fall war[2539]. Eine dem Translarna-Urteil ähnliche Fallkonstellation ist im Rituximab-Urteil zu erkennen. Hier stellte das *BSG* ebenso wie das vorentscheidende *LSG Hamburg*[2540] die generelle Tatsache fest, dass ein gerichtliches Sachverständigengutachten aus den Vorinstanzen belege, dass in 65 % der Schleimhautpemphigoid-Fälle die Augen der betroffenen Personen befallen seien, was zu einer Erblindung führen könne. Das *BSG* betonte dabei jedoch, dass es darauf nicht ankomme. Entscheidend sei lediglich der Einzelfall, also ob und mit welcher Wahrscheinlichkeit und Schwere bei der versicherten Person eine Erblindung drohe[2541].

(2) Octagam-Urteil

Auch im Octagam-Urteil des *BSG* sind Ausführungen zu finden, welche darauf schließen lassen, dass festgestellte generelle Tatsachen unter den Begriff der lebensbedrohlichen Erkrankung (§ 2 Abs. 1a S. 1 SGB V) subsumiert werden ((i) und (ii)).[2542] In dieser Entscheidung ging es um einen Versicherten, der für die Behandlung von mehrfach auftretenden Pneumonien und in diesem Zusammenhang auch Blutvergiftungen die Versorgung mit einem bestimmten Medikament (u.a. Octagam) begehrte.[2543]

2539 Siehe zu einer dazu vergleichbaren Konstellation im Grundsicherungsrecht, bezogen auf die Tatsacheninstanz: G. II. 3. g. aa.

2540 *LSG Hamburg,* Urteil vom 03.05.2018 – L 1 KR 19/16, juris-Rn. 14.

2541 *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris-Rn. 26.

2542 In Bezug auf die nachfolgenden Ausführungen wurde vom Verfasser in einem älteren Beitrag noch eine andere Ansicht vertreten (*Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 157). Diese wird hiermit aufgegeben.

2543 *BSG,* Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 2; *LSG Niedersachsen-Bremen,* Urteil vom 24.01.2017 – L 4 KR 456/14, juris-Rn. 40.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(i) Generelle Tatsachen im Zusammenhang mit Pneumonien

Das *BSG* definierte zunächst, was unter einer lebensbedrohlichen Erkrankung im rechtlichen Sinne zu verstehen ist. So zeigte das Gericht auf, welcher rechtliche Maßstab an das Vorliegen einer lebensbedrohlichen Erkrankung zu stellen ist.[2544] Unter anderem führte das *BSG* dazu aus, dass ein „[…] nur allgemeines mit einer Erkrankung verbundenes Risiko eines lebensgefährlichen Verlaufs […]" für die Annahme einer notstandsähnlichen Situation nicht ausreiche.[2545] Der rechtliche Begriff wurde also ausgelegt, weshalb er in einem nächsten Schritt mit der Wirklichkeit abgeglichen werden musste. In diesem Zusammenhang wurde vom *BSG* in Bezug auf die bei der versicherten Person festgestellten Pneumonien[2546] auf das klinische Wörterbuch Pschyrembel[2547] zurückgegriffen und generell festgestellt „[…] dass allgemein Pneumonien unter den Infektionskrankheiten in den industrialisierten Ländern die häufigste Todesursache […]" darstellten[2548]. Zusätzlich dazu, wurde eine damit eng verbundene generelle Tatsache vom *BSG* festgestellt. Hierfür griff das *BSG* auf ein Sachverständigengutachten aus dem Berufungsverfahren zurück. So konstatierte das *BSG*, der Sachverständige habe festgestellt, „[…] dass „jede Lungenentzündung zum Tode führen […]" könne[2549]. Bezogen auf den Einzelfall stellte das vorentscheidende *LSG Niedersachsen-Bremen* unter Rückgriff auf sachverständige Hilfe fest, dass Lungenentzündungen bei der betroffenen Person lebensbedrohlich seien[2550]. Die so vom *LSG* festgestellten Einzeltatsachen und die vom *BSG* festgestellten generellen Tatsachen wurden mit der ausgelegten Norm, insbesondere mit der Formulierung eines „nur allgemeinen mit einer Erkrankung verbundenen Risikos eines lebensgefährlichen Verlaufs", abgeglichen und daraus wurde geschlussfolgert, dass grundsätzlich keine lebensbedrohliche Erkrankung vorliege. Vielmehr fehlten weitere Einzeltatsachen für die Annahme einer lebensbedrohlichen Erkrankung bzw. einer notstandsähnlichen Situation[2551]. Nach dem Gesagten wurden also generel-

2544 *BSG,* Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 21-23.
2545 *A.a.O.,* Rn. 21.
2546 *LSG Niedersachsen-Bremen,* Urteil vom 24.01.2017 – L 4 KR 456/14, juris-Rn. 40.
2547 *Pschyrembel-Redaktion*, Pschyrembel Klinisches Wörterbuch, Stichwort: Pneumonie (S. 1388).
2548 *BSG,* Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 21.
2549 *A.a.O.,* Rn. 27.
2550 *LSG Niedersachsen-Bremen,* Urteil vom 24.01.2017 – L 4 KR 456/14, juris-Rn. 40.
2551 *BSG,* Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 27 f.; siehe zu dieser Konstellation bereits: H. II. 4. a. dd. (1).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

le Tatsachen zur Subsumtion unter § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V durch das *BSG* festgestellt (§ 128 Abs. 1 SGG) und die unvollständigen bzw. fehlenden Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz mit eigener Beweiserhebung (Pschyrembel) ergänzt. Da jedoch der Begriff der lebensbedrohlichen Erkrankung auf Einzeltatsachen abzielt, welche vom *LSG* unklar und widersprüchlich festgestellt wurden, war die alleinige Subsumtion von generellen Tatsachen nicht zulässig.

(ii) Generelle Tatsachen im Zusammenhang mit Blutvergiftungen

Im Octagam-Urteil wurde vom *BSG* auch geprüft, ob die Feststellungen der Vorinstanz zu den mit den genannten Pneumonien im Zusammenhang stehenden Blutvergiftungen bei der betroffenen Person für die Annahme einer lebensbedrohlichen Lage ausreichen. Diesbezüglich verwies das *BSG* auf fehlende Feststellungen des *LSG* zum Einzelsachverhalt, konkret auf Feststellungen zum konkreten Schweregrad der Blutvergiftungen. In diesem Zuge wurde vom *BSG* generell festgestellt, dass sich die Klassifizierung einer Blutvergiftung gewandelt habe und dass bei der Diagnosestellung einer Blutvergiftung ein sogenanntes Sepsis-related Organ Failure Assessment (SOFA) bedeutend sei. Hierfür griff das *BSG* auf medizinische Fachliteratur[2552] zurück (§ 128 Abs. 1 SGG).[2553] Auch diese generellen Tatsachenfeststellungen ergänzten die Feststellungen des vorentscheidenden *LSG* und machten gleichzeitig deutlich, dass die entscheidenden Einzeltatsachen fehlten.

(3) Einordnung

Mit den unter dd. einbezogenen Urteilen konnten Fallkonstellationen aufgezeigt werden, in welchen (generelle) Tatsachenfeststellungen des jeweils zuständigen *LSG* durch das *BSG* mittels der Feststellung genereller Tatsachen zur Subsumtion bestätigt und ergänzt werden (§ 128 Abs. 1 SGG). Jedoch kommt es in diesen Fällen nicht auf die generellen Tatsachen an. Vielmehr zielt der Tatbestand der Norm in § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V auf Einzeltatsachen ab und es sind demnach die Umstände des Einzelfalls entscheidend.

2552 *Busse/Hanser/Mulder-Rathgeber/Zaiß,* in: Zaiß, DRG: Verschlüsseln leicht gemacht, Spezielle Kodierrichtlinien S. 104 ff.

2553 *BSG,* Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ee. Feststellung von Einzeltatsachen durch das *BSG* entgegen § 163 SGG

(1) Rituximab-Urteil

Im Rituximab-Urteil ist zu erkennen, dass das *BSG* entgegen § 163 SGG Einzeltatsachen feststellte, indem auf einen Entlassungsbericht zurückgegriffen und aus diesem abgeleitet wurde, dass die bei der versicherten Person vorliegende Erkrankung große Bereiche der Hautoberfläche befallen habe und dass keine Hinweise auf eine Beteiligung der Schleimhäute und der Augen vorhanden seien.[2554] Das vorentscheidende *LSG Hamburg* stellte diese Tatsache nicht fest.[2555] Das *BSG* erhob hier zwar nicht selbst Beweis, da der Bericht bereits Gegenstand des Berufungsverfahrens[2556] war, würdigte jedoch das vorliegende Tatsachenmaterial (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG). Die Feststellung von Einzeltatsachen ist Aufgabe des Gerichts, an welches in dem vorliegenden Fall zurückverwiesen wurde (§ 170 Abs. 2 S. 2 SGG).

(2) Venimmun-Urteil

Ein weiteres Beispiel der Feststellung von Einzeltatsachen durch das *BSG* und damit einer Verletzung von § 163 SGG kann anhand des Venimmun-Urteils aufgezeigt werden. Bei dieser Entscheidung ging es um eine schwangere Versicherte, die für die Behandlung ihrer Multiplen Sklerose (MS) die Versorgung mit dem dafür nicht zugelassenen Medikament Venimmun bei ihrer Krankenkasse beantragt hatte.[2557] In diesem Revisionsverfahren konstatierte das *BSG,* dass das *LSG* eine „[…] besonders schwere Erkrankung in diesem Sinne ("Notstandssituation") aufgrund der MS […]" nicht festgestellt habe. In diesem Kontext stellte das *BSG* sodann fest, dass bei der betroffenen Person eine „[…] sehr langsam voranschreitende Verschlimmerung […]" der entsprechenden Erkrankung vorliege und dass die Erkrankung „[…] bisher nicht zu wesentlichen Ausfallerscheinungen (zB Lähmungen, Störungen der Beweglichkeit oder Motorik) […]" geführt habe. Eine Erkenntnisgrundlage hierfür wurde vom *BSG* nicht genannt. Möglicherweise ist die entsprechende Feststellung auf die Aussage von „Dr. M." zu-

2554 *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris-Rn. 26.
2555 *LSG Hamburg,* Urteil vom 03.05.2018 – L 1 KR 19/16, juris-Rn. 13; *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris-Rn. 26.
2556 *LSG Hamburg,* Urteil vom 03.05.2018 – L 1 KR 19/16, juris-Rn. 11.
2557 *BSG*, Urteil vom 28.02.2008 – B 1 KR 15/07 R, juris-Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rückzuführen, welcher vom *BSG* zitiert wurde.[2558] Den Entscheidungsgründen des dem Venimmun-Urteil vorentscheidenden *LSG Schleswig-Holstein* sind hinsichtlich des Krankheitskriteriums (z.B. Schwere und Verlaufsform der Krankheit) keine Tatsachenfeststellungen zu entnehmen (§ 128 Abs. 1 SGG).[2559] Die Feststellungen des *LSG* reichten demnach nicht aus, um den Rechtsbegriff der lebensbedrohlichen Erkrankung auszufüllen. Das *BSG* hätte den Rechtsstreit in diesem Fall entsprechend gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG an die Tatsacheninstanz zu weiteren Ermittlungen zurückverweisen müssen.

(3) Cabaseril-Urteil

Das Cabaseril-Urteil dient als drittes Beispiel, um aufzuzeigen, wie das *BSG* nicht vorliegende Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz durch die Feststellung von Einzeltatsachen ergänzt.[2560] So lehnte das *BSG* einen Anspruch auf das jeweilige Medikament nach Prüfung der richterrechtlich entwickelten Grundsätzen eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use ab und prüfte deshalb einen möglichen Anspruch aufgrund der verfassungsrechtlich entwickelten Voraussetzungen im Nikolausbeschluss.[2561] Hinsichtlich des Kriteriums der lebensbedrohlichen Erkrankung stellte das *BSG* unter Missachtung von § 163 SGG selbst fest, dass die bei der Klägerin „[…] nicht als hochgradig und akut qualifizierte - Suizidgefahr […]" derzeit nicht bestehe. Weiterhin wurde festgestellt, dass „[…] die Klägerin inzwischen an einer doppelblinden Medikamentenstudie […]" teilgenommen habe. Für diese Feststellungen wurde auf Akten aus dem Berufungsverfahren zurückgriffen.[2562]. Das vorentscheidende *LSG Sachsen-Anhalt* hatte jedoch die im Nikolausbeschluss des *BVerfG* aufgestellten Grundsätze nicht geprüft, weil sich nach dessen Ansicht ein Anspruch bereits aus den richterrechtlichen Grundsätzen ergebe.[2563] Entsprechende Tatsachenfeststellungen des *LSG* zur Prüfung eines verfassungsrechtlich ausgestalteten Anspruchs lagen also nicht vor (§ 128 Abs. 1 SGG). Diese Feststellungen wären Aufgabe des Tatsacheninstanz gewesen. Demnach hätte das *BSG* den Rechtsstreit gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG zurückverweisen müssen.

2558 *A.a.O.,* Rn. 35.
2559 *LSG Schleswig-Holstein,* Urteil vom 31.01.2007 – L 5 KR 28/06, juris-Rn. 19.
2560 *BSG,* Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 14/06 R, juris.
2561 *A.a.O.,* Rn. 16-19.
2562 *A.a.O.,* Rn. 18.
2563 *LSG Sachsen-Anhalt,* Urteil vom 25.04.2006 – L 4 KR 114/04, juris-Rn. 25-33.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ff. Einordnung

Bei der Prüfung, ob eine lebensbedrohliche Erkrankung i.S.v. § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V bei der jeweiligen Person vorliegt, sind Konstellationen zu beobachten, in welchen das *BSG* an die festgestellten Einzeltatsachen der Vorinstanz gebunden ist (§ 163 SGG) oder bei einer unvollständigen Tatsachenlage die Sache zu weiteren Ermittlungen an das vorentscheidende Gericht zurückverweist (§ 170 Abs. 2 S. 2 SGG).[2564] Weiterhin kann der Begriff der lebensbedrohlichen Erkrankung zwischen Medizinern und Juristen unterschiedlich verstanden werden, weil sich beide Disziplinen grundsätzlich unterschiedlicher wissenschaftlicher Methoden bedienen.[2565] In diesen Fällen hat das *BSG*, welches sich rechtswissenschaftlicher Methoden bedient, das Letztentscheidungsrecht darüber, wie eine Rechtsvorschrift zu verstehen ist und ob sie sich im konkreten Lebenssachverhalt verwirklicht hat.[2566] In Bezug auf die Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* ist zu sagen, dass diese auch beim Prüfungsschritt des Vorliegens einer lebensbedrohlichen Erkrankung zulässig sein kann (§ 128 Abs. 1 SGG).[2567] Jedoch besteht bei diesem Prüfungsschritt in besonderem Maße die Gefahr, dass das *BSG* in den Aufgabenbereich der Instanzgerichte[2568] unrechtmäßig eingreift. Wenn Feststellungen der gerichtlichen Vorinstanz zu Einzeltatsachen fehlen oder widersprüchlich sind, ist das *BSG* nicht dazu befugt, eine ergänzende Feststellung von Einzeltatsachen vorzunehmen und die Entscheidung in der Rechtssache dadurch spruchreif zu machen[2569]. Auch nicht zulässig ist, wenn das *BSG* zwar zu weiteren Ermittlungen an die Tatsacheninstanz zurückverweist, vorab jedoch Einzeltatsachen feststellt[2570]. In diesen Fällen ist § 163 SGG verletzt[2571]. Zudem wird damit die Grenze zwischen Rechtsfragen und Tatsachenfragen missachtet[2572]. Es ist daher nicht nachvollziehbar, weshalb das *BSG* einerseits den Rechtsstreit zu weiteren Ermittlungen von Einzeltatsachen an die Tatsacheninstanz gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG

2564 H. II. 4. a. aa. und H. II. 4. a. bb.
2565 *Kater*, Das ärztliche Gutachten im sozialgerichtlichen Verfahren, S. 15 f. und 47 ff.
2566 H. II. 4. a. cc.
2567 H. II. 4. a. dd.
2568 Siehe: E. III. 9. und E. IV.
2569 H. II. 4. a. ee. (2) und H. II. 4. a. ee. (3).
2570 H. II. 4. a. ee. (1).
2571 E. III. 6.
2572 C. III.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zurückverweist[2573], andererseits jedoch in vergleichbaren Fällen durch die Feststellung von Einzeltatsachen in die Ermittlungsbefugnis des jeweiligen Berufungsgerichts eingreift[2574].

b. Fehlende Standardtherapiealternative

In diesem Abschnitt ist auf die Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* bei der Prüfung der zweiten Voraussetzung von § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V, der fehlenden Standardtherapie[2575], in unterschiedlichen Fallgestaltungen einzugehen. So ist zunächst aufzuzeigen, wie das *BSG* hier generelle Tatsachen zur Subsumtion feststellt (aa.). Sodann ist auf die Feststellung genereller Tatsachen im Zusammenhang mit einer Zurückverweisung gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG und im Zusammenhang mit einer durch das *BSG* herbeigeführten Sachentscheidung gemäß § 170 Abs. 2 S. 1 SGG einzugehen (bb.).

aa. Feststellung von generellen Tatsachen zur Subsumtion unter § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V

Im Translarna-Urteil zog das *BSG* eine in einer medizinischen Fachzeitschrift veröffentlichte Expertenempfehlung zur Therapie von nicht gehfähigen Patienten mit Muskeldystrophie Duchenne[2576] heran, welche das vorentscheidende Berufungsgericht ebenfalls bereits ausgewertet hatte[2577], um generelle Tatsachen festzustellen (§ 128 Abs. 1 SGG). Konkret wurde auf eine in der Expertenempfehlung genannte und für die Behandlung der Erkrankung des Klägers bestehende Standardtherapie und deren positiven Einfluss auf die Lebenserwartung eingegangen.[2578] Das *LSG Rheinland-*

2573 H. II. 4. a. bb. und H. II. 4. a. dd. (mit Ausnahme des Translarna-Urteils (*BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris)).
2574 H. II. 4. a. ee.
2575 Zur grundsätzlichen Bindung des *BSG* an diese Feststellungen: *BSG,* Urteil vom 11.09.2018 – B 1 KR 36/17 R, juris-Rn. 15 (vorgehend: *SG Chemnitz,* Urteil vom 25.10.2017 – S 38 KR 2463/15, juris-Rn. 30) oder *BSG*, Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 10/16 R, juris-Rn. 18 (vorgehend: *LSG Bayern,* Urteil vom 14.07.2015 – L 5 KR 153/14, juris-Rn. 33); siehe zu dieser Voraussetzung: D. II. 2. d. bb.
2576 *Bernert et al.,* Der Nervenarzt 2021, S. 359, 359 ff.
2577 *LSG Rheinland-Pfalz,* Urteil vom 04.02.2021 – L 5 KR 211/20, juris-Rn. 23.
2578 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 24.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Pfalz hatte derartige Feststellungen nicht getroffen. Vielmehr stellte das Tatsachengericht ohne näher auszuführen fest, dass für die Behandlung der entsprechenden Erkrankung keine Standardtherapie zur Verfügung stehe und zog die Expertenempfehlung überwiegend dafür heran, um eine positive Wirkung des in Streit stehenden Medikaments zu belegen.[2579]

bb. Zurückverweisung des Rechtsstreits an die Vorinstanz (§ 170 Abs. 2 S. 2 SGG) und Herbeiführung einer Sachentscheidung (§ 170 Abs. 2 S. 1 SGG)

(1) Zurückverweisung gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG

(i) Rituximab-Urteil

Vom *BSG* kann generell ermittelt werden, ob eine allgemein anerkannte, dem medizinischen Standard entsprechende Arzneimitteltherapie für die Behandlung einer entsprechenden Erkrankung zur Verfügung steht oder nicht.[2580] So stellte das *BSG* in seinem Rituximab-Urteil fest, dass der Einsatz von zwei bestimmten Medikamenten (Cyclophosphamid in Kombination mit Prednisolon) bei der Behandlung der betreffenden Erkrankung als in Betracht zu ziehende Therapiealternative zu prüfen sei. Dabei wurde sich auf ein im Klageverfahren eingeholtes Sachverständigengutachten[2581] bezogen (§ 128 Abs. 1 SGG).[2582] Das vorentscheidende *LSG Hamburg* hatte zwar festgestellt, dass die Alternativtherapie mit Cyclophosphamid aufgrund von Nebenwirkungen ausgeschlossen sei und dass weitere Therapieoptionen in den verschiedensten Kombinationen ausgeschöpft waren. Eine Erkenntnisgrundlage für diese Feststellung nannte das *LSG* jedoch entgegen § 128 Abs. 1 S. 2 SGG nicht. Zudem wurde vom *LSG* festgestellt, dass weitere Medikamente (u.a. Prednisolon) aufgrund des Krankheitsstadiums der betroffenen Person nicht mehr eingesetzt werden könnten. Dabei wurde sich auf einen Sachverständigen und die Krankenakte bezogen.[2583] In Bezug auf die zu prüfende Therapiealternative mit Cyclophosphamid in Kombination

2579 *LSG Rheinland-Pfalz,* Urteil vom 04.02.2021 – L 5 KR 211/20, juris-Rn. 22 f.
2580 Siehe zu dieser Art der Feststellung von generellen Tatsachen bereits oben: G. II. 3. b. aa.
2581 *LSG Hamburg,* Urteil vom 03.05.2018 – L 1 KR 19/16, juris-Rn. 5.
2582 *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris-Rn. 27.
2583 *LSG Hamburg,* Urteil vom 03.05.2018 – L 1 KR 19/16, juris-Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mit Prednisolon ist zu sagen, dass hier die spezielle Situation der betroffenen Person[2584] in den Blick zu nehmen war und dass dem Berufungsurteil keine ausreichende Begründung, zum Teil auch ohne Erkenntnisgrundlage, zu entnehmen ist, weshalb das *LSG* genau diese Medikamente als Behandlungsalternativen beim Versicherten ausschloss. Auch aus diesen Gründen[2585] war das Verfahren gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG an das *LSG* zurückzuverweisen[2586].

(ii) Octagam-Urteil

Eine damit vergleichbare Konstellation ist im Octagam-Urteil zu beobachten. Hier nannte das *BSG* jedoch keine Erkenntnisgrundlage für seine Feststellung einer möglichen Standardtherapiealternative in der Form einer prophylaktischen Antibiotikatherapie (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG).[2587] Das diesem Urteil vorentscheidende *LSG Niedersachsen-Bremen* traf keinerlei verwertbare Feststellungen im Zusammenhang mit möglichen Therapiealternativen („Andere „Standardtherapien" stehen nicht zur Verfügung.").[2588]

(2) Herbeiführung einer Sachentscheidung gemäß § 170 Abs. 2 S. 1 SGG

Im Zusammenhang mit der Feststellung von generellen Tatsachen ist weiterhin das Cabaseril-Urteil zu erwähnen. So führte das Gericht beim Prüfungsschritt der fehlenden Standardtherapie aus, dass Selbsttötungsgefahr, welche bei der Klägerin im Raum stand, „[…] regelmäßig nur einen Anspruch auf ihre spezifische Behandlung etwa mit den Mitteln der Psychiatrie" begründe. Diese Standardtherapie schließe die Kostenübernahme des begehrten Medikaments im Rahmen eines verfassungsrechtlich begründeten Leistungsanspruchs aus. Das *BSG* nannte keine Grundlage für die Annahme, dass eine psychiatrische Behandlung die Standardbehandlung bei suizidgefährdeten Personen sei (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG).[2589] Diese Sichtweise

2584 Siehe dazu bereits: D. II. 2. d. bb. und G. II. 3. b. aa. (4).
2585 Oben wurde bereits herausgearbeitet, dass das *BSG* in seinem Rituximab-Urteil das Verfahren auch wegen fehlender Tatsachenfeststellungen zum Vorliegen einer lebensbedrohlichen Erkrankung zurückverwiesen hatte (H. II. 4. a. bb.).
2586 *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris-Rn. 7, Rn. 12 und 27.
2587 *BSG,* Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 7 f., Rn. 19 und 29.
2588 *LSG Niedersachsen-Bremen,* Urteil vom 24.01.2017 – L 4 KR 456/14, juris-Rn. 42.
2589 *BSG,* Urteil vom 26.09.2006 – B 1 KR 14/06 R, juris-Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des *BSG* in seinem Cabaseril-Urteil berücksichtigt nicht die spezielle Situation der versicherten Klägerin.[2590] Vor dem Hintergrund des gegenwärtigen wissenschaftlichen Erkenntnisstands ist in diesem Zusammenhang deshalb zu sagen, dass im vorliegenden Fall zu ermittelnde Einzeltatsachen fehlten. So reicht es für eine wirksame Suizidprävention nicht mehr aus, nur auf die Diagnostik und Behandlung psychiatrischer Erkrankungen abzustellen. Weitere Faktoren sind hier in den Blick zu nehmen[2591]. Zudem besteht in der Frage nach der Wirksamkeit einer suizidfokussierten Psychotherapie weiterer Forschungsbedarf[2592]. Aus diesen Gründen wäre im es Cabaseril-Urteil notwendig gewesen, den speziellen Lebenssachverhalt der betroffenen Person in weitere Ermittlungen miteinzubeziehen. Zu ermitteln wäre z.B. gewesen, ob eine psychiatrische Behandlung im konkreten Fall zur Verhinderung eines Suizids auch Aussicht auf Erfolg gehabt hätte[2593]. Weiterhin hätte geprüft werden müssen, ob eine psychotherapeutische Behandlung in diesem Fall erfolgversprechender gewesen wäre als der Einsatz des begehrten Medikamentes und ob ggf. eine Therapie unter ergänzendem Einsatz des Arzneimittels in Frage gekommen wäre. Wie bereits vorstehend gezeigt wurde, hatte das vorentscheidende *LSG Sachsen-Anhalt* die im Nikolausbeschluss des *BVerfG* formulierten Voraussetzungen nicht geprüft[2594] und demnach auch keine Feststellungen zu etwaigen Behandlungsalternativen getroffen (§ 128 Abs. 1 SGG)[2595]. Diese Feststellungen hätte das Berufungsgericht im Rahmen einer Zurückverweisung nachholen müssen (§ 170 Abs. 2 S. 2 SGG). Eine Sachentscheidung durch das *BSG* (§ 170 Abs. 2 S. 1 SGG) war im vorliegenden Fall also aufgrund des Fehlens notwendiger Einzeltatsachen nicht möglich[2596].

cc. Einordnung

Bei der Prüfung, ob eine Standardarzneimitteltherapie für die Behandlung einer bestimmten Erkrankung existiert, kann das *BSG* generelle Tatsachen

2590 Siehe soeben: H. II. 4. b. bb. (1).
2591 *Brieger/Menzel/Hamann,* Bundesgesundheitsblatt 65/2022, S. 25, 25 ff.
2592 *Teismann/Brieger/Menzel,* Nervenheilkunde 2022, S. 222, 225.
2593 Ähnlich gelagert in Bezug auf fehlende Tatsachenfeststellungen des Tatsachengerichts: *BSG*, Urteil vom 12.11.1985 – 3 RK 45/83, juris-Rn. 10 f.
2594 H. II. 4. a. ee. (3).
2595 *LSG Sachsen-Anhalt,* Urteil vom 25.04.2006 – L 4 KR 114/04, juris-Rn. 25-33.
2596 E. III. 7. b. i.V.m. F. VII. 2. c.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

feststellen, um nicht ausreichend durch das Tatsachengericht ermittelte generelle Umstände zu ersetzen und zu ergänzen (§ 128 Abs. 1 SGG), um sodann eine Sachentscheidung herbeizuführen (§ 170 Abs. 2 S. 1 SGG).[2597] Wenn das *BSG* für seine Feststellung von möglichen Therapiealternativen jedoch keine Quelle angibt, ist § 128 Abs. 1 S. 2 SGG verletzt.[2598] Zudem kann das *BSG* bei diesem Prüfungsschritt generelle Tatsachen feststellen, muss aber gleichzeitig wegen nicht ausreichend festgestellten bzw. fehlenden Einzeltatsachen (§ 128 Abs. 1 SGG) an das Tatsachengericht gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG zurückverweisen.[2599] Wenn jedoch, wie im Cabaseril-Urteil, Einzeltatsachen fehlen (§ 128 Abs. 1 SGG), muss das *BSG* aufgrund der Unmöglichkeit einer Sachentscheidung zurückverweisen (§ 170 Abs. 2 S. 2 SGG).[2600] Mit den aufgeführten Fallgestaltungen unter H. II. 4. b. bb. kann gezeigt werden, dass das *BSG* in vergleichbaren Fällen nicht einheitlich vorgegangen ist. So verweist das Revisionsgericht einerseits wegen den fehlenden Einzeltatsachen an die Tatsacheninstanz zurück[2601], in einem anderen Fall führt das Gericht aber dann beim Fehlen von Einzeltatsachen entgegen § 170 Abs. 2 S. 2 SGG eine Sachentscheidung (§ 170 Abs. 2 S. 1 SGG) herbei[2602].

c. Indiziengestützte Erfolgsaussicht

Der dritte Prüfungsschritt von § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V, die Feststellung einer indiziengestützten Heilungsaussicht beim Einsatz des begehrten Medikaments bei der Behandlung einer entsprechenden Erkrankung[2603], erfordert, wie bei der Prüfung der begründeten Erfolgsaussicht im Rahmen der richterrechtlich ausgestalteten Voraussetzungen eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use[2604], die tatsächliche Ermittlung von wissenschaftlichen Erkenntnissen, welche eine kurative Wirkung eines bestimmten Medikaments auf den Krankheitsverlauf belegen. Hierzu ist zunächst auf die Auslegung von § 2 Abs. 1a SGB V einzugehen, weil diese im 1. Senat im Zusammenhang mit diesem Prüfungsschritt eine besondere Rolle einnimmt (aa.).

2597 H. II. 4. b. aa.
2598 H. II. 4. b. bb. (1) (ii) und H. II. 4. b. bb. (2).
2599 H. II. 4. b. bb. (1).
2600 H. II. 4. b. bb. (2).
2601 H. II. 4. b. bb. (1).
2602 H. II. 4. b. bb. (2).
2603 D. II. 2. d. cc.
2604 H. II. 3. c.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Anschließend wird aufgezeigt, in welchen Fällen das *BSG* den Rechtsstreit wegen des Fehlens von Feststellungen zur Prüfung einer indiziengestützten Heilungsaussicht gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG an die Tatsacheninstanz zurückverweist (bb.). Ebenfalls ist die Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BSG* (cc.) und die Feststellung von Einzeltatsachen durch die Tatsacheninstanz (dd.) bei diesem Prüfungsschritt zu thematisieren.

aa. Auslegung von § 2 Abs. 1a SGB V

Im Translarna-Urteil sind interessante Ausführungen zur Auslegung von § 2 Abs. 1a SGB V bzw. zur Offenlegung der konkreten Auslegungsmethoden durch das *BSG* zu finden. So begründete das *BSG* durch seine Auslegung die oben genannte Sperrwirkung der negativen arzneimittelrechtlichen Bewertung der *EMA*[2605] für die indiziengestützte Erfolgsaussicht und demnach auch für die positive abstrakte Chancen-Risiken-Abwägung i.S.v. § 2 Abs. 1a SGB V[2606]. In diesem Sinne wird die Sperrwirkung durch bestimmte Gründe untermauert, welche sich aus einer Auslegung von § 2 Abs. 1a SGB V nach genetischen, systematischen und teleologischen Gesichtspunkten ergeben[2607]. Mit diesem Urteil kann damit gezeigt werden, wie die oben geforderte Pflicht aus § 128 Abs. 1 S. 2 SGG des Gerichts zur unter Umständen erforderlichen Offenlegung der herangezogenen Auslegungsmethoden und auch zur Nennung einer entsprechenden Rangfolge befolgt werden kann[2608].

bb. Zurückverweisung des Rechtsstreits an die Vorinstanz gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG

Im Rituximab-[2609] und im Octagam-Urteil[2610] verwies das *BSG* den Rechtsstreit gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG an die jeweilige Tatsacheninstanz zurück

2605 D. II. 2. d. dd. (1).
2606 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 26, Rn. 34 und 43; ebenso: *BSG,* Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 10/16 R, juris-Rn. 18-26 und *BSG,* Urteil vom 11.09.2018 – B 1 KR 36/17 R, juris-Rn. 15-23.
2607 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 38 ff.
2608 C. II. 1. b. cc., C. II. 1. b. ee., C. II. 2. b. bb., E. II. 2. b. bb. (2) (i) und F. VII. 2. b.
2609 *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris-Rn. 7, Rn. 12 und 27.
2610 *BSG,* Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris-Rn. 7 f., Rn. 19 und 29.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(§ 170 Abs. 2 S. 2 SGG)[2611] und forderte, dass diese sowohl Feststellungen zur abstrakten als auch zur konkreten Chancen-Risiken-Analyse[2612] zu treffen hätte. Nachfolgend sind die in diesem Kontext getroffenen Tatsachenfeststellungen (§ 128 Abs. 1 SGG) der jeweiligen Berufungsinstanz[2613] näher zu beleuchten ((1) und (2)).

(1) Tatsachenfeststellungen des *LSG Hamburg* (Rituximab-Urteil)

Das der Rituximab-Entscheidung vorentscheidende *LSG Hamburg* traf im Berufungsverfahren Feststellungen, welche für die Ausfüllung des Maßstabs der indiziengestützten Erfolgsaussicht und der damit zusammenhängenden Chancen-Risiken-Abwägung nicht ausreichten (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG). So sind im Berufungsurteil lediglich knappe Feststellungen zu finden, welche sich auf der Grundlage von Fallstudien und Bestätigungen eines Gutachters auf die generelle Wirksamkeit des betreffenden Medikaments bei der Behandlung der jeweiligen Erkrankung beziehen (abstrakte Chancen-Analyse). Eine Chancen-Risiken-Abwägung, insbesondere konkret auf den Versicherten bezogen, ist nicht zu erkennen.[2614]

(2) Tatsachenfeststellungen des *LSG Niedersachsen-Bremen* (Octagam-Urteil)

Die Ausführungen im Urteil des *LSG Niedersachsen-Bremen* in seinem Octagam-Urteil lassen nicht eindeutig erkennen, ob sich diese auf die abstrakte oder konkrete Chancen-Analyse beziehen (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG). Der Verfasser dieser Arbeit geht bei den folgenden Ausführungen von Letzterem aus. So wurde einerseits gestützt auf ein gerichtliches Sachverständigengutachten festgestellt, dass durch den regelmäßigen Einsatz des in Streit stehenden Medikaments die immer wieder auftretenden Infektionen

2611 Siehe dazu bereits: H. II. 4. a. bb. und H. II. 4. b. bb. (1).
2612 Siehe: D. II. 2. d. cc. i.V.m. D. II. 2. d. dd. (2).
2613 *LSG Hamburg,* Urteil vom 03.05.2018 – L 1 KR 19/16, juris (nachgehend: *BSG,* Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 22/18 R, juris) und *LSG Niedersachsen-Bremen,* Urteil vom 24.01.2017 – L 4 KR 456/14, juris (*BSG,* Urteil vom 20.03.2018 – B 1 KR 4/17 R, juris).
2614 *LSG Hamburg,* Urteil vom 03.05.2018 – L 1 KR 19/16, juris-Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mit Lungenentzündungen beim Versicherten gut kontrollierbar seien.[2615] Dies wurde durch eine im Klageverfahren[2616] eingeholte und vom Berufungsgericht in Bezug genommene Stellungnahme des *PEI* untermauert. So führte das *LSG* in diesem Zusammenhang aus, dass sich die Pneumonien unter Anwendung des betreffenden Medikaments beim Kläger reduziert hätten.[2617] Auch hier ist festzuhalten, dass neben der vom Tatsachengericht vorgenommenen konkreten Chancen-Analyse eine Gegenüberstellung zwischen den abstrakten und konkreten Chancen und Risiken des bei der Behandlung der entsprechenden Erkrankung eingesetzten Medikaments und die Einordnung, ob der Nutzen überwiegt, nicht vorhanden sind.

cc. Feststellung von generellen Tatsachen zur Subsumtion unter § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V

Die abstrakte Chancen-Risiken-Analyse kann das *BSG* mit der Feststellung genereller Tatsachen selbst durchführen. Dazu gehört die Ermittlung, ob ein bei einer bestimmten Erkrankung einzusetzendes Medikament eine generelle Erfolgsaussicht bzw. Wirkung verspricht und welche Risiken bei dem Arzneimitteleinsatz bestehen. Fraglich ist also, ob hierzu entsprechende wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen.[2618] Im Translarna-Urteil äußerte das *BSG* Zweifel an der Tatsachenfeststellung des vorentscheidenden *LSG Rheinland-Pfalz* zur generellen, positiven Einwirkung des eingesetzten Medikaments auf den Krankheitsverlauf (§ 128 Abs. 1 SGG)[2619]. So stellte das *BSG*, ebenso wie das Tatsachengericht, unter Bezugnahme auf die bereits genannten Expertenempfehlung[2620] fest, dass diese Aussagen zur *Wirkung und Fortsetzung* der Arzneimitteltherapie nach dem Verlust der Gehfähigkeit treffe (§ 128 Abs. 1 SGG). Der an einer Duchenne-Muskeldystrophie erkrankte Kläger war jedoch bereits zu Beginn der Behandlung gehunfähig[2621]. Damit zusammenhängend stellte das *BSG* ergänzend zum *LSG* fest, dass die, durch das *BSG* nicht näher bezeichnete (§ 128 Abs. 1 S. 2

2615 *LSG Niedersachsen-Bremen,* Urteil vom 24.01.2017 – L 4 KR 456/14, juris-Rn. 18 und 42.
2616 *SG Hannover*, Urteil vom 23.09.2014 – S 39 KN 47/09 KR, BeckRS 2014, 123822, Rn. 11.
2617 *LSG Niedersachsen-Bremen,* Urteil vom 24.01.2017 – L 4 KR 456/14, juris-Rn. 43.
2618 *Knispel,* jurisPR-SozR 7/2017, Anm. 2.
2619 *LSG Rheinland-Pfalz,* Urteil vom 04.02.2021 – L 5 KR 211/20, juris-Rn. 23.
2620 H. II. 4. b. aa.
2621 *BSG,* Urteil vom 29.06.2023 – B 1 KR 35/21 R, juris-Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

SGG), ablehnende Entscheidung des *Ausschusses für Humanarzneimittel* der *EMA* (*CHMP*) darauf hinweise, dass keine neuen wissenschaftlich-medizinischen Erkenntnisse zum *erstmaligen Einsatz* des betreffenden Arzneimittels bei bereits gehunfähigen Erkrankten vorlägen.[2622]

dd. Feststellung von Einzeltatsachen durch die Tatsacheninstanz zur Subsumtion unter § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V

Die auf den Versicherten bezogene konkrete Chancen-Risiken-Analyse betrifft die Ermittlung von Einzeltatsachen. Unter Rückgriff auf medizinischen Sachverstand kann in diesem Zusammenhang z.B. festgestellt werden, dass durch den Einsatz des jeweiligen Medikaments Symptome einer Krebserkrankung bei der betroffenen Person gemindert werden und dadurch die Alltagsbewältigung erleichtert wird. Einzeltatsachen werden weiterhin festgestellt, wenn beispielsweise durch einen Mediziner bescheinigt wird, dass durch die entsprechende Arzneimitteltherapie zwar keine Heilung einer bestimmten Erkrankung erreicht werden kann, das Fortschreiten der Erkrankung jedoch eingedämmt und dadurch die Lebenszeit der erkrankten Person verlängert wird.[2623]

ee. Einordnung

Im Rahmen der Prüfung einer möglicherweise existierenden indiziengestützten Erfolgsaussicht ist einerseits eine abstrakte und andererseits eine konkrete Chancen-Risiken-Analyse durchzuführen.[2624] Wenn die Feststellungen des Tatsachengerichts hinsichtlich der konkreten Analyse nicht ausreichend sind (§ 128 Abs. 1 SGG), hat das *BSG* den Streit zu weiteren Ermittlungen an das jeweilige Gericht zurückzuverweisen (§ 163, § 170 Abs. 2

2622 *A.a.O.,* Rn. 60; Ausführungen zu einer abstrakten Chancen-Risiken-Analyse aufgrund eines medizinischen Sachverständigengutachtens, der jeweiligen Fachinformation und eines MDK-Gutachtens sind bei *LSG Bayern,* Urteil vom 25.11.2021 – L 4 KR 318/18, juris-Rn. 16, Rn. 27 und 82 f. zu finden; ebenso zu einer abstrakten Chancen-Risiken-Analyse: *LSG Bayern,* Urteil vom 14.07.2015 – L 5 KR 153/14, juris-Rn. 35 und 39; weiterhin zu einer abstrakten Chancen-Analyse aufgrund eines Sachverständigengutachtens und aufgrund von Studien: *SG Chemnitz,* Urteil vom 25.10.2017 – S 38 KR 2463/15, juris-Rn. 29 und 33.

2623 *LSG Bayern,* Urteil vom 14.07.2015 – L 5 KR 153/14, juris-Rn. 13 und 35 f.

2624 D. II. 2. d. cc.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

S. 2 SGG).[2625] Die abstrakte Analyse kann das *BSG* selbst durch die Ermittlung genereller Tatsachen vornehmen (§ 128 Abs. 1 SGG)[2626] und sodann die festgestellten generellen Tatsachen zusammen mit den festgestellten Einzeltatsachen unter § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V subsumieren[2627]. Hierbei ist zu resümieren, dass diese Befugnis zur Ermittlung genereller Tatsachen bei diesem Prüfungsschritt nicht durchgehend bzw. konsequent durch das *BSG* in Anspruch genommen wird. So werden einerseits generelle Tatsachen durch das *BSG* selbst festgestellt[2628]. Auf der anderen Seite wird in vergleichbaren Konstellationen zur Ermittlung von generellen Tatsachen und Einzeltatsachen dann aber an die Tatsacheninstanz zurückverwiesen (§ 170 Abs. 2 S. 2 SGG)[2629].

5. Auswertung

a. Feststellung von generellen Tatsachen im 1. Senat des *BSG*

aa. Bestätigende, ergänzende und ersetzende Feststellung von generellen Tatsachen

Ein Ergebnis der Analyse der Rechtsprechung des 1. Senats zum Off-Label-Use ist, dass generelle Tatsachen im Rahmen der einzelnen Prüfungspunkte eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use (zur Subsumtion) vom *BSG* festgestellt werden.[2630] In diesem Zusammenhang wurde gezeigt, dass das *BSG* generelle Tatsachen auch mit eigener Beweiserhebung feststellt, um die vorhandenen oder nicht vorhandenen generellen Tatsachenfeststellungen der vorentscheidenden Tatsacheninstanz zu bestätigen, zu ergänzen und/oder zu ersetzen (§ 128 Abs. 1 SGG). Solche Konstellationen konnten bei der Prüfung der arzneimittelrechtlichen Zulassung[2631], bestimmter wissenschaftlicher Erkenntnisse (Phase III-Studie)[2632], des Vorliegens einer

2625 H. II. 4. c. bb.
2626 H. II. 4. c. cc.
2627 Siehe zu dieser Konstellation ebenso in anderen Senaten des *BSG*: G. II. 3. a. cc., G. II. 3. c. cc. (3), G. II. 3. d. aa. (2) und G. II. 3. h. bb. und im Strafrecht: G. II. 4. a.
2628 H. II. 4. c. cc.
2629 H. II. 4. c. bb.
2630 H. II. 1., H. II. 3. c. und H. II. 4.
2631 H. II. 1. b. und H. II. 1. c.
2632 H. II. 3. c. bb.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lebensbedrohlichen Erkrankung[2633], einer möglicherweise vorhandenen Standardtherapie i.S.v. § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V[2634] und von indiziengestützten Erfolgsaussichten i.S.v. § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V[2635] herausgearbeitet werden. Auch konnten innerhalb der Off-Label-Use-Rechtsprechung des 1. Senats Konstellationen herausgefiltert werden, in welchen generelle Tatsachen festgestellt werden, um sie neben konkret-individuellen Einzeltatsachen unter eine Norm zu subsumieren, so z.B. beim Prüfungspunkt der indiziengestützten Erfolgsaussicht i.S.v. § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V[2636]. Beim Prüfungsschritt der lebensbedrohlichen Erkrankung können generelle Tatsachen und Einzeltatsachen ebenso zusammen subsumiert werden[2637]. Jedoch ist in einem solchen Fall, in welchem der Tatbestand einer Norm auf Einzeltatsachen abzielt, die Feststellung genereller Tatsachen lediglich zur Bestätigung und nicht zur Widerlegung der Einzeltatsachen zulässig. Die genannten Konstellationen der Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* sind von der Feststellungsbefugnis des *BSG* gemäß § 160 Abs. 2, § 128 Abs. 1 SGG gedeckt[2638] und auch unter Berücksichtigung von prozessökonomischen Gründen zu befürworten. An dieser Stelle kann auch auf die Ergebnisse der exemplarischen Darstellung ausgewählter Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit verwiesen werden, weil bei dieser die hier genannten Konstellationen ebenfalls zu beobachten waren[2639].

bb. Uneinheitliches Vorgehen des *BSG*

Im Rahmen der Rechtsprechungsanalyse des 1. Senats konnten weiterhin Fälle herausgefiltert werden, in welchen das *BSG* generelle Tatsachen hätte feststellen können, dies jedoch unterlassen und den Rechtsstreit gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG zur Ermittlung von generellen Tatsachen und Einzeltatsachen an die Vorinstanz zurückverwiesen hat. Solche Konstellationen sind z.B. bei der abstrakten als auch konkreten Chancen-Risiken-Analyse zu beobachten, bei der das *BSG* zumindest die Analyse und Abwägung von Chancen und Risiken unter generellen Gesichtspunkten vornehmen

2633 H. II. 4. a. dd.
2634 H. II. 4. b. aa. und H. II. 4. b. bb.
2635 H. II. 4. c. cc.
2636 H. II. 4. c. ee.
2637 H. II. 4. a. dd.
2638 F. IV. 1. und F. IV. 2. b.
2639 G. II. 5. c. aa.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kann.[2640] Im Vergleich zu der unter H. II. 5. a. aa. geschilderten Vorgehensweise, der bestätigenden, ergänzenden und ersetzenden Feststellung genereller Tatsachen (§ 128 Abs. 1 SGG), ist damit ein uneinheitliches Vorgehen durch den 1. Senat bei der Feststellung genereller Tatsachen zu konstatieren. Identische Konstellationen konnten auch zwischen einzelnen Senaten des *BSG* beobachtet werden[2641]. In diesen Konstellationen ist jedoch noch keine Verletzung des formellen Beweisrechts des SGG durch das *BSG* gegeben, weil die Feststellung genereller Tatsachen im Ermessen des Gerichts liegt[2642]. Hinzukommt, dass auch die Instanzgerichte generelle Tatsachen feststellen und feststellen dürfen[2643]. Die Feststellung genereller Tatsachen ist insofern keine exklusive Aufgabe des *BSG*. Jedoch ist ein solches Vorgehen des *BSG* vor dem Hintergrund der aus § 160 Abs. 2, § 128 Abs. 1 S. 1 SGG abgeleiteten Feststellungsbefugnis für generelle Tatsachen durch das *BSG* und der dadurch bezweckten Sicherstellung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung und Rechtsanwendung[2644] kritisch zu sehen. Davon abzugrenzen sind Konstellationen, in denen durchaus über eine Verletzung einzelner Vorschiften des SGG durch das *BSG* bei seiner Feststellungstätigkeit nachgedacht werden kann. Darauf gilt es mit den folgenden Ausführungen (b.) einzugehen.

b. Verletzung des formellen Beweisrechts des SGG durch das *BSG*

Grundsätzlich ist zu sagen, dass in den Entscheidungsgründen der Off-Label-Use-Rechtsprechung des 1. Senats überwiegend kein Hinweis zu finden ist, wenn generelle Tatsachen durch das Gericht festgestellt wurden (§ 128 Abs. 1 SGG).[2645]

2640 H. II. 4. c. bb.
2641 G. II. 5. c. aa. und G. IV.
2642 F. IV. 2. a.
2643 Siehe: E. IV.
2644 F. IV. 1. a. aa.
2645 Ausnahmen hiervon sind in folgenden Entscheidungen zu finden: *BSG*, Urteil vom 30.06.2009 – B 1 KR 5/09 R, juris-Rn. 32, *BSG*, Urteil vom 13.12.2016 – B 1 KR 10/16 R, juris-Rn. 13 und *BSG*, Urteil vom 11.09.2018 – B 1 KR 36/17 R, juris-Rn. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa. Verletzung von § 128 Abs. 1 S. 2 SGG

In der analysierte Rechtsprechung des 1. Senats zum Off-Label-Use sind viele Beispiele zu finden, anhand derer nachvollziehbar gezeigt werden kann, wie das *BSG* unter Nennung seiner Erkenntnisgrundlage und damit gemäß § 128 Abs. 1 SGG generelle Tatsachen feststellt.[2646] Vereinzelt sind jedoch auch Fälle herauszufiltern, in welchen die Begründungspflicht des § 128 Abs. 1 S. 2 SGG verletzt wird, indem das *BSG* generelle Tatsachen feststellt, jedoch nicht die hierfür notwendige Erkenntnisgrundlage anführt[2647], so z.B. bei der Feststellung einer bestimmten Zulassungsentscheidung[2648] oder möglicher vorhandener Standardtherapiealternativen i.S.v. § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V[2649]. Das Außerachtlassen der Herkunft der generellen Tatsachenfeststellung widerspricht § 128 Abs. 1 S. 2 SGG und ist aufgrund des Basierens genereller Tatsachen auf fremder Sach- und Fachkunde[2650] sowie aufgrund von Transparenzgründen[2651] problematisch.

bb. Verletzung von § 163 und § 170 Abs. 2 S. 2 SGG

Beweiserhebung, Beweiswürdigung und Feststellung von Einzeltatsachen sind der Tatsachenfrage zuzurechnen und demnach Angelegenheiten der Instanzgerichte (§ 163 SGG).[2652] Daraus folgt, dass das *BSG* nicht dazu befugt ist, durch das jeweilige Tatsachengericht unvollständig festgestellte bzw. fehlende Einzeltatsachen zu ergänzen und selbst festzustellen.[2653] Solche Fälle konnten, wenn auch in geringem Umfang, im 1. Senat jedoch herausgearbeitet werden. Ein solches Vorgehen wurde beispielsweise anhand der Prüfung von § 35c Abs. 2 SGB V[2654] oder des Vorliegens einer

2646 Siehe dazu die einzelnen Ausführungen zu den jeweiligen Prüfungspunkten unter H. II. 1. bis H. II. 4. sowie H. II. 5. a. aa.
2647 F. VII. 2. b.
2648 H. II. 1. b. cc.
2649 H. II. 4. b. bb. (1) (ii) und H. II. 4. b. bb. (2).
2650 F. I. und F. II.
2651 E. II. b. bb. (2) (ii) und F. VII. 2. b.
2652 C. IV. und E. IV.
2653 F. VII. 2. c.
2654 H. II. 2. b. aa.; wenn entsprechende Feststellungen des Tatsachengerichts vorhanden sind, hat das *BSG* auf diese zu verweisen, anstatt diese selbst festzustellen (§ 163 SGG), siehe dazu: H. II. 2. b. bb.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lebensbedrohlichen Erkrankung i.S.v. § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V[2655] offengelegt. Ebenso darf das *BSG* keine Sachentscheidung herbeiführen (§ 170 Abs. 2 S. 1 SGG), wenn notwendige und vom jeweils zuständigen Tatsachengericht zu ermittelnde Einzeltatsachen fehlen und eine Zurückverweisung geboten ist[2656]. Auch diese Konstellation konnte beim Prüfungspunkt der fehlenden Standardtherapie i.S.v. § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V herausgestellt werden[2657]. Solche Vorgehensweisen verletzen Verfahrensrecht, konkret § 163 und § 170 Abs. 2 S. 2 SGG. Das *BSG* hätte in diesen Fällen das angefochtene Urteil mit den ihm zugrunde liegenden Feststellungen aufheben und die Sache für weitere dezidierte Ermittlungen zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Tatsachengericht zurückverweisen müssen (§ 170 Abs. 2 S. 2 SGG)[2658]. Hinsichtlich einer unvollständigen Sachverhaltserforschung und fehlenden Einzeltatsachen konnten im 1. Senat aber durchaus auch Konstellationen herausgearbeitet werden, in welchen entsprechend § 170 Abs. 2 S. 2 SGG verfahren wurde und den Tatsachengerichten weitere Ermittlungen aufgetragen wurden[2659]. Damit werden § 163 und § 170 Abs. 2 S. 2 SGG uneinheitlich angewandt.

In Bezug auf unstrittige oder unproblematische bzw. zügig ermittelbare Tatsachenfeststellungen, wie beispielsweise, dass eine versicherte Person nicht an einer klinischen Studie i.S.v. § 35c Abs. 2 SGB V teilgenommen hat[2660], ist jedoch eine Zurückverweisung des Rechtsstreits gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG nicht zielführend und nicht im Sinne aller am Prozess beteiligter Personen. In solchen Fällen ist aus prozessökonomischen Gründen darüber nachzudenken, ob das *BSG* die entsprechende Tatsache ausnahmsweise unter Nennung der Quelle (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG) selbst feststellen darf, wenn alle Beteiligten davon Kenntnis haben, damit einverstanden sind und wenn dadurch eine künstliche Verlängerung des Rechtsstreits verhindert wird[2661]. Der Autor dieser Arbeit neigt dazu, dies zu bejahen.

2655 H. II. 4. a. ee.
2656 E. III. 7. b. i.V.m. F. VII. 2. c.
2657 H. II. 4. b. bb. (2).
2658 Im Rituximab-Urteil wird zwar zurückverwiesen, dennoch werden davor Einzeltatsachen festgestellt (H. II. 4. a. ff.).
2659 H. II. 4. a. bb., H. II. 4. b. bb. (1) und H. II. 4. c. bb.
2660 H. II. 2. b. aa. und H. II. 2. b. bb.
2661 Siehe zu einer vergleichbaren Vorgehensweise bei der Feststellung offenkundiger Tatsachen: F. III. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Vertragsarztrecht

In diesem Kapitel wird Rechtsprechung des 6. Senats des *BSG* (Vertragsarztrecht) unter Berücksichtigung der oben aufgestellten Leitfragen und Leitkriterien[2662] ausgewertet. Hierbei wird der Fokus auf Entscheidungen gelegt, bei welchen das *BSG* einen Arzneimittelkostenregress aufgrund der (rechtswidrigen) vertragsärztlichen Verordnung eines Arzneimittels im Off-Label-Use überprüfte. Rechtswidrig ist ein solches Verordnungsverhalten eines Arztes, wenn die Verordnung des Arzneimittels nicht im Rahmen eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use durchgeführt wurde.[2663] Hierzu ist zu sagen, dass sich der 6. Senat hinsichtlich der Prüfung eines solchen ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use der Rechtsprechung des 1. Senats anschließt und ebenso die richterrechtlich (2.) sowie verfassungsrechtlich entwickelten Voraussetzungen bzw. § 2 Abs. 1a SGB V (3.) prüft.[2664] In Bezug auf die Auswahl der in die Analyse einzubeziehenden Urteile[2665] und den Ausschluss von Beschlüssen wird grundsätzlich auf die oben stehenden Ausführungen verwiesen.[2666] Wie im 1. Senat, wird auch im 6. Senat mit dem Profact Depot-Urteil vom 13.08.2014 (Stichtag: 04.11.2024) ein Ausgangsurteil ausgewählt.[2667] Ergänzend weist der Verfasser darauf hin, dass sich die in Kapitel D. I. 1. c. bb. dargestellte Rechtslage, in Bezug auf Arzneimittelkostenregresse aufgrund einer Einzelfallprüfung der Verordnung von Arzneimitteln gemäß § 106 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V.m. § 106b Abs. 1 SGB V, auf den Zeitraum ab 01.01.2017 bezieht. Die zu analysierenden Urteile fallen jedoch in einen Zeitraum vor dem 01.01.2017. Dieser Umstand ist für das Verständnis der nachfolgenden Ausführungen jedoch unschädlich.

2662 H. I.

2663 Siehe: D. IV.

2664 *BSG*, Urteil vom 13.08.2014 – B 6 KA 38/13 R, juris-Rn. 31; *BSG,* Urteil vom 13.10.2010 – B 6 KA 48/09 R, juris-Rn. 16.

2665 *BSG,* Urteil vom 13.08.2014 – B 6 KA 38/13 R, juris; *BSG,* Urteil vom 20.03.2013 – B 6 KA 27/12 R, juris; *BSG,* Urteil vom 13.10.2010 – B 6 KA 48/09 R, juris (Parallelentscheidung: *BSG,* Urteil vom 13.10.2010 – B 6 KA 47/09 R, juris); *BSG,* Urteil vom 05.05.2010 – B 6 KA 6/09 R, juris (Parallelentscheidungen: *BSG,* Urteil vom 05.05.2010 – B 6 KA 20/09 R, juris und *BSG,* Urteil vom 05.05.2010 – B 6 KA 24/09 R, juris); *BSG,* Urteil vom 03.02.2010 – B 6 KA 37/08 R, juris.

2666 H. II.

2667 *BSG,* Urteil vom 13.08.2014 – B 6 KA 38/13 R, juris.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Arzneimittelrechtliches Kriterium der erforderlichen Zulassung gemäß § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 3, § 31 Abs. 1 S. 1 SGB V i.V.m. § 21 Abs. 1 AMG

a. Bindung des *BSG* an die Feststellungen der Vorinstanz gemäß § 163 SGG

Hinsichtlich der Prüfung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use und damit auch des arzneimittelrechtlichen Zulassungskriteriums[2668] sind im 6. Senat Entscheidungen zu finden, in denen das *BSG* in Bezug auf den Inhalt der Zulassung des eingesetzten Medikaments keine eigenständigen generellen Tatsachen feststellt, sondern auf die bindend festgestellten Tatsachen der Vorinstanz (§ 163 SGG) verweist.[2669] Die entsprechenden Tatsachen können sich z.B. aus der Fachinformation ergeben.[2670]

b. Feststellung von generellen Tatsachen zur Subsumtion unter § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 3, § 31 Abs. 1 S. 1 SGB V i.V.m. § 21 Abs. 1 AMG

aa. Profact Depot-Urteil

Im Profact Depot-Urteil prüfte das *BSG* einen gegen einen Arzt verhängten Regress. Dieser Arzt hatte ein bestimmtes Medikament (Profact Depot 3-Monatsdepot) bei Frauen mit Brustkrebs eingesetzt.[2671] In diesem Urteil stellte das *BSG* entgegen § 128 Abs. 1 SGG ohne Nennung einer Quelle selbst fest, dass das betreffende Arzneimittel lediglich für die Behandlung von Prostatakrebs zugelassen sei.[2672] Das vorentscheidende *LSG Rheinland-Pfalz* war ebenso vorgegangen, indem es seine Tatsachenfeststellung, das Arzneimittel sei für den Einsatz bei Brustkrebs nicht zugelassen, nicht begründete, da keine Erkenntnisgrundlage für die Feststellung angeführt wurde.[2673]

2668 D. II. 2. a.

2669 *BSG,* Urteil vom 13.10.2010 – B 6 KA 48/09 R, juris-Rn. 14 und 20 (Megestat-Urteil) (vorgehend: *LSG Schleswig-Holstein,* Urteil vom 06.10.2009 – L 4 KA 35/08, juris-Rn. 28 und 39); *BSG,* Urteil vom 05.05.2010 – B 6 KA 6/09 R, juris-Rn. 38 (Polyglobin-Urteil) (vorgehend: *LSG Berlin-Brandenburg,* Urteil vom 26.11.2008 – L 7 KA 13/05, juris-Rn. 59); siehe dazu im 1. Senat: H. II. 1. a.

2670 *LSG Schleswig-Holstein,* Urteil vom 06.10.2009 – L 4 KA 35/08, juris-Rn. 28 und 39 (nachgehend: *BSG,* Urteil vom 13.10.2010 – B 6 KA 48/09 R).

2671 *BSG*, Urteil vom 13.08.2014 – B 6 KA 38/13 R, juris-Rn. 1 ff.

2672 *A.a.O.,* Rn. 30.

2673 *LSG Rheinland-Pfalz,* Urteil vom 17.01.2013 – L 7 KA 29/11, juris-Rn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Wobe Mugos E-Urteil

Im Wobe Mugos E-Urteil ist hingegen zu sehen, wie das *BSG* die generelle Tatsache, dass die Verlängerung der Zulassung für das entsprechende Medikament von der zuständigen Behörde abgelehnt wurde, unter Nennung der entsprechenden Quelle feststellte (§ 128 Abs. 1 SGG). Als Quelle zog das *BSG* einen Bescheid des *BfArM* vom 09.06.1998[2674] heran, welcher in den Entscheidungsgründen des vorentscheidenden *LSG Rheinland-Pfalz* nicht genannt wurde. Auch Feststellungen hinsichtlich der Zulassung von Wobe Mugos E sind im Urteil des vorangegangenen Berufungsverfahrens nicht zu finden[2675]. In den Entscheidungsgründen des Klageverfahrens nahm das *SG Mainz* jedoch auf diesen Bescheid und die generelle Tatsache Bezug[2676].

2. Richterrechtliche Grundsätze eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use

In diesem Kapitel sind die drei richterrechtlich ausgestalteten Voraussetzungen eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use[2677] und deren Prüfung durch den 6. Senat des *BSG* zu beleuchten (a. bis c.).

a. Schwerwiegende Erkrankung

Hinsichtlich der ersten Voraussetzung der richterrechtlichen Grundsätze eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use sind in der Rechtsprechung des 6. Senats interessante Ausführungen zu finden, welche den Unterschied zwischen der Feststellung von Tatsachen und deren Subsumtion unter den Begriff der schwerwiegenden Erkrankung deutlich werden lassen.[2678] Hinsichtlich des Begriffs der Subsumtion ist jedoch zu sagen, dass sich die richterrechtlich entwickelten Voraussetzungen eines zulässigen Off-Label-Use nicht in einer Rechtsnorm niedergeschlagen haben und deshalb Richterrecht ohne Rechtsquellenqualität darstellen[2679]. Deshalb werden entsprechende Tatsachenfeststellungen streng genommen auch nicht unter diese

2674 *BSG,* Urteil vom 20.03.2013 – B 6 KA 27/12 R, juris-Rn. 16.
2675 *LSG Rheinland-Pfalz,* Urteil vom 15.09.2011 – L 5 KA 54/10, juris).
2676 *SG Mainz*, Urteil vom 06.10.2010 – S 2 KA 13/10, BeckRS 2013, 70973.
2677 D. II. 2. c.
2678 Siehe in Bezug auf generelle Tatsachen: F. IV. 2. b. cc. und F. VIII.
2679 C. I. 3. c.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Grundsätze bzw. den Begriff der schwerwiegenden Erkrankung subsumiert. In den nachfolgenden Ausführungen wird deshalb von der gegenseitigen Zuordnung von Begriffen die Rede sein. In diesem Sinne werden Tatsachenfeststellungen dem Begriff der schwerwiegenden Erkrankung zugeordnet.

aa. Profact Depot-Urteil

Im Profact Depot-Urteil des *BSG* ist die Formulierung zu finden, dass es auf der Hand liege, dass „[…] es sich beim Mamma-Karzinom um eine schwerwiegende Erkrankung […]" handele.[2680] Damit werden Einzeltatsachen und/oder generelle Tatsachen dem Begriff der schwerwiegenden Erkrankung zugeordnet.[2681] Die Ermittlung der hier zugrunde zu legenden Einzeltatsachen z.B. anhand der Behandlungsunterlagen der behandelten Patientinnen wäre grundsätzlich Aufgabe des vorentscheidenden *LSG Rheinland-Pfalz* gewesen (§ 163 SGG). Das Tatsachengericht hatte jedoch diesbezüglich keine Feststellungen getroffen (§ 128 Abs. 1 SGG), weil *es* darauf abstellte, dass zugelassene Arzneimittel zur Behandlung der betreffenden Erkrankung vorhanden seien und keine Phase III-Studie zu dem in Streit stehenden Medikament vorliege.[2682]

bb. Megestat-Urteil

Ähnliches ist im Megestat-Urteil zu beobachten. So wurde, unter Verweis auf die Ausführungen des *LSG Schleswig-Holstein*, die von diesem vorgenommene Zuordnung der festgestellten Tatsachen zum Begriff der schwerwiegenden Erkrankung bestätigt. Darauf deutet folgende Formulierung des *BSG* hin: „Das *LSG* hat, ohne dass seine Ausführungen insoweit revisionsgerichtlich zu beanstanden wären […], ausgeführt, dass es sich […] bei fortgeschrittenen Bronchialkarzinomen und Tumoren der Thoraxorgane um schwerwiegende Erkrankungen handelt." Auf die hierfür notwendigerweise vom Tatsachengericht festzustellenden Tatsachen wurde nicht eingegangen

2680 *BSG*, Urteil vom 13.08.2014 – B 6 KA 38/13 R, juris-Rn. 32.

2681 Siehe zur Konstellation, in welcher generelle Tatsachen und Einzeltatsachen zusammen unter den Begriff der lebensbedrohlichen Erkrankung i.S.v. § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V subsumiert werden: H. II. 5. a. aa.

2682 *LSG Rheinland-Pfalz,* Urteil vom 17.01.2013 – L 7 KA 29/11, juris-Rn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(§ 163 SGG).[2683] Das vorentscheidende *LSG* hatte aber auch nicht klar ausgeführt, von welchem Tatsachenstoff und von welchen festgestellten Tatsachen es ausging (§ 128 Abs. 1 SGG). Das *LSG* führte lediglich aus, dass es keinem Zweifel unterliege, dass „[…] die Patienten des Klägers, die mit Megestat behandelt wurden, an einer lebensbedrohlichen Erkrankung gelitten haben […]".[2684]

cc. Einordnung

In diesen beiden Fällen wäre es angezeigt gewesen, dass das jeweilige Tatsachengericht zum (Nicht-)Vorliegen einer schwerwiegenden Erkrankung und zum hier zugrunde liegenden Tatsachenstoff im Sinne von § 128 Abs. 1 SGG nähere Ausführungen tätigt. In diesen Fällen hat sich das Tatsachengericht also keine eigene Überzeugung gebildet und aufgrund dieser Überzeugung keine eigenen Feststellungen getroffen.[2685] Dabei ist es nach Ansicht des Autors unerheblich, ob es überhaupt auf das Vorliegen einer schwerwiegenden Erkrankung im Einzelfall ankommt.

b. Fehlende Therapiealternative

aa. Bindung des *BSG* an die Feststellungen der Vorinstanz gemäß § 163 SGG

Mit Blick auf die zweite Voraussetzung des richterrechtlich ausgestalteten Off-Label-Use ist festzuhalten, dass die Prüfung einer Therapiealternative im 6. Senat, wie auch im 1. Senat[2686], eine grundsätzlich durch das Tatsachengericht zu ermittelnde und das *BSG* bindende Tatsachenfeststellung darstellt (§ 163 SGG).[2687] Ausnahmsweise greift hier jedoch die besondere Feststellungsbefugnis des *BSG* für generelle Tatsachen.

2683 *BSG,* Urteil vom 13.10.2010 – B 6 KA 48/09 R, juris-Rn. 17.
2684 *LSG Schleswig-Holstein,* Urteil vom 06.10.2009 – L 4 KA 35/08, juris-Rn. 31.
2685 Siehe oben: E. II. 2. b. aa. (1) (iii) α. und E. II. 2. b. bb. (2) (i).
2686 H. II. 3. b.
2687 *BSG,* Urteil vom 13.10.2010 – B 6 KA 48/09 R, juris-Rn. 17 (vorgehend: *LSG Schleswig-Holstein,* Urteil vom 06.10.2009 – L 4 KA 35/08, juris-Rn. 31).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Feststellung von generellen Tatsachen

So stellte das *BSG* in seinem Profact Depot-Urteil aufgrund der Stellungnahme des in Regress genommenen Arztes, welche dieser in den Widerspruchsverfahren abgegeben hatte, fest, dass es zur Behandlung der Erkrankung der versicherten Brustkrebspatientinnen Standardtherapiealternativen gegeben hätte, welche vorrangig einzusetzen gewesen wären (§ 128 Abs. 1 SGG).[2688] Das vorentscheidende *LSG Rheinland-Pfalz* ging ebenfalls auf die verfügbaren Standardmedikamente ein, nannte für diese Feststellung jedoch entgegen § 128 Abs. 1 S. 2 SGG keine Erkenntnisgrundlage.[2689]

c. Begründete Erfolgsaussicht

aa. Bindung des *BSG* an die Feststellungen der Vorinstanz gemäß § 163 SGG

Auch bei der dritten Voraussetzung, dem Vorliegen einer Phase III-Studie, ist das *BSG* grundsätzlich an die Tatsachenfeststellungen des vorentscheidenden Tatsachengerichts gebunden.[2690] Im Megestat-Urteil hatte sich das *BSG* beispielsweise hinsichtlich des Nicht-Vorliegens einer Phase III-Studie entsprechend § 163 SGG engmaschig an die Feststellungen des *LSG Schleswig-Holstein* gehalten[2691], welches auch ausführlich zu den entsprechenden Erkenntnisgrundlagen Stellung bezog (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG)[2692].

bb. Feststellung von generellen Tatsachen

Im Profact Depot-Urteil wertete das *BSG* im Hinblick auf die richterrechtliche Voraussetzung der begründeten Erfolgsaussicht verschiedenes Erkenntnismaterial (Studien, Stellungnahmen und wissenschaftliche Lite-

2688 *BSG*, Urteil vom 13.08.2014 – B 6 KA 38/13 R, juris-Rn. 5 und 32.
2689 *LSG Rheinland-Pfalz,* Urteil vom 17.01.2013 – L 7 KA 29/11, juris-Rn. 27.
2690 *BSG*, Urteil vom 13.08.2014 – B 6 KA 38/13 R, juris-Rn. 33; *BSG,* Urteil vom 05.05.2010 – B 6 KA 6/09 R, juris-Rn. 50 f. (vorgehend: *LSG Berlin-Brandenburg,* Urteil vom 26.11.2008 – L 7 KA 13/05, juris-Rn. 60 ff.); siehe dazu im 1. Senat: H. II. 3. c. aa.
2691 *BSG,* Urteil vom 13.10.2010 – B 6 KA 48/09 R, juris-Rn. 17-21.
2692 *LSG Schleswig-Holstein,* Urteil vom 06.10.2009 – L 4 KA 35/08, juris-Rn. 36-39 und 51.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ratur) selbständig aus. Dieses Material war bereits vom in Regress genommenen Arzt im Klageverfahren vorgelegt worden. Das Ergebnis dieser Beweiswürdigung durch das *BSG* (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG) bezog sich auf bestimmte Vorteile des eingesetzten Medikaments bei der Behandlung von Brustkrebs. Weiterhin stellte das *BSG* generell fest, dass durch die Unterlagen kein Nachweis über das Vorliegen einer Phase III-Studie erbracht werden könne. Aus den Unterlagen gehe weiterhin hervor, dass lediglich Phase I und II-Studien vorlägen. Auch bezögen sich die Publikationen auf andere Krankheiten als Brustkrebs und auf andere Arzneimittel (§ 128 Abs. 1 SGG).[2693] Im Vergleich zu den Feststellungen des vorentscheidenden *LSG Rheinland-Pfalz* sind die Feststellungen des *BSG* als bestätigende und ergänzende Feststellungen zu sehen. So stellte die Berufungsinstanz ohne Nennung einer Quelle (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG) und nur in knapper Form fest, dass keine Phase III-Studie vorliege[2694].

3. Grundsätze des Nikolausbeschlusses des *BVerfG* bzw. Rechtsanwendung von § 2 Abs. 1a SGB V

a. Lebensbedrohliche Erkrankung und fehlende Standardtherapiealternative

Grundsätzlich sind in den in die Analyse einbezogenen Urteilen aus dem 6. Senat hinsichtlich der Prüfung des mit dem Nikolausbeschlusses entwickelten verfassungsunmittelbaren Leistungsanspruchs bzw. von § 2 Abs. 1a SGB V[2695] kaum für die Analyse fruchtbaren Ausführungen zu finden. Hinsichtlich der zu prüfenden Voraussetzung des Vorliegens einer lebensbedrohlichen Erkrankung liegt das z.B. daran, dass das *BSG* entweder der Überzeugung war, dass eine Standardtherapie vorhanden sei[2696] oder dass eine indiziengestützte Erfolgsaussicht beim Einsatz des betreffenden Medikaments bei der Behandlung einer entsprechenden Erkrankung nicht belegt werden könne[2697]. Zumindest hinsichtlich des Kriteriums der indi-

2693 *BSG*, Urteil vom 13.08.2014 – B 6 KA 38/13 R, juris-Rn. 34.
2694 *LSG Rheinland-Pfalz,* Urteil vom 17.01.2013 – L 7 KA 29/11, juris-Rn. 27.
2695 D. II. 2. d.
2696 *BSG*, Urteil vom 13.08.2014 – B 6 KA 38/13 R, juris-Rn. 35 (siehe dazu bereits: H. III. 2. b. bb.).
2697 *BSG,* Urteil vom 13.10.2010 – B 6 KA 48/09 R, juris-Rn. 33; *BSG,* Urteil vom 03.02.2010 – B 6 KA 37/08 R, juris-Rn. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ziengestützten Heilungsaussicht können anhand des Megestat-Urteils[2698] jedoch interessante Ausführungen aufgezeigt werden, welche ein medizinisches und ein davon abweichendes juristisches Verständnis von diesem Kriterium verdeutlichen und in diesem Zusammenhang auch die Feststellung von generellen Tatsachen veranschaulichen (b.)[2699].

b. Indiziengestützte Erfolgsaussicht

Der behandelnde und in Regress genommene Arzt war der Meinung, dass durch den Einsatz des betreffenden Medikaments der Appetit der an Krebs erkrankten Patienten angeregt werde, was eine körperliche Auszehrung durch Appetitlosigkeit vermeide. Dies habe zur Folge, dass die Lebensqualität der erkrankten Patienten verbessert werde. Weiterhin begründe das eine indiziengestützte Erfolgsaussicht.[2700] Das vorentscheidende *LSG Schleswig-Holstein* verwertete diese medizinische Ansicht und stellte generelle Tatsachen fest. So wurde insbesondere auf der Grundlage von Studien zur Wirksamkeit des Medikaments festgestellt, dass die Behandlung mit dem betreffenden Medikament nicht die Verlängerung der Lebensdauer, sondern die Verbesserung der Lebensqualität der behandelten Patienten zum Ziel habe. Das Gericht lehnte damit eine indiziengestützte Erfolgsaussicht ab.[2701] Laut *BSG* sei der Begriff der indiziengestützten Erfolgsaussicht so zu verstehen, dass es nicht auf die Abmilderung der Auswirkungen der eigentlichen Krebserkrankung (Steigerung der Lebensqualität), sondern auf die Einwirkung auf die lebensbedrohliche Grunderkrankung als solche ankomme.[2702] Der Abgleich zwischen den vom vorentscheidenden Tatsachengericht festgestellten generellen Tatsachen und Einzeltatsachen (§ 128 Abs. 1 SGG) mit dem Begriff der auf Indizien gestützten, nicht ganz fern

2698 *BSG,* Urteil vom 13.10.2010 – B 6 KA 48/09 R, juris.

2699 In der Rechtsprechung des 1. Senats konnte diese Konstellation in Bezug auf das Kriterium der lebensbedrohlichen Erkrankung i.S.v. § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V ebenfalls aufgezeigt werden (H. II. 4. a. cc.).

2700 *LSG Schleswig-Holstein,* Urteil vom 06.10.2009 – L 4 KA 35/08, juris-Rn. 48; *BSG,* Urteil vom 13.10.2010 – B 6 KA 48/09 R, juris-Rn. 34.

2701 *LSG Schleswig-Holstein,* Urteil vom 06.10.2009 – L 4 KA 35/08, juris-Rn. 48; eine Konstellation, in welcher das *BSG* an die Feststellungen der Vorinstanz gebunden ist und sogar das Aktenzeichen des vorentscheidenden Berufungsurteils mit entsprechender Randnummer zitiert, kann beispielhaft anhand *BSG,* Urteil vom 03.02.2010 – B 6 KA 37/08 R, juris-Rn. 36 aufgezeigt werden.

2702 *BSG,* Urteil vom 13.10.2010 – B 6 KA 48/09 R, juris-Rn. 32 und 34.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

liegende Aussicht auf Heilung ergab, dass diese im rechtlichen Sinne nicht zu bejahen sei.[2703]

4. Auswertung

Unter Einbezug der ausgewählten Urteile des 6. Senats konnte herausgearbeitet werden, dass, wie in der Off-Label-Use-Rechtsprechung des 1. Senats, vom *BSG* generelle Tatsachen festgestellt werden (a.) und dass dabei das formelle sozialgerichtliche Prozessrecht nicht durchgehend Beachtung findet (b.).

a. Feststellung von generellen Tatsachen im 6. Senat des *BSG*

Im Vertragsarztrecht ist zu beobachten, dass das *BSG* generelle Tatsachen zur Subsumtion feststellt (§ 160 Abs. 2, § 128 Abs. 1 SGG).[2704] Dies konnte anhand des Prüfungspunktes des Vorliegens einer arzneimittelrechtlichen Zulassung gezeigt werden.[2705] Auch stellt das *BSG* generelle Tatsachen im Zusammenhang mit den beiden richterrechtlich entwickelten Voraussetzungen der fehlenden Therapiealternative[2706] und der begründeten Erfolgsaussicht[2707] fest. Diese Feststellungen können einerseits die generellen Tatsachenfeststellungen des jeweils vorentscheidenden Gerichts bestätigen[2708]. Andererseits ist es möglich, dass das *BSG* die vom jeweiligen Tatsachengericht unvollständig durchgeführten Ermittlungen ergänzt[2709]. Entsprechende Konstellationen konnten auch im 1. Senat beobachtet werden[2710]. Zu einer eigenständigen Beweiserhebung durch den 6. Senat sind keine Anhaltspunkte ersichtlich.

2703 *A.a.O.,* Rn. 33.
2704 F. IV. 1. und F. IV. 2. b.
2705 H. III. 1. b.
2706 H. III. 2. b. bb.
2707 H. III. 2. c. bb.
2708 H. III. 1. b. aa.
2709 H. III. 1. b. bb. oder H. III. 2. b. bb.
2710 H. II. 5. a. aa.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Verletzung von § 128 Abs. 1 S. 2 SGG durch das *BSG*

Grundsätzlich konnte durch die Analyse einzelner Urteile des 6. Senats herausgearbeitet werden, dass das *BSG* wie in der Off-Label-Use-Rechtsprechung des 1. Senats[2711] in den Entscheidungsgründen entgegen § 128 Abs. 1 SGG nicht darauf hinweist, wenn es generelle Tatsachen festgestellt hat.[2712] Die Analyse der Rechtsprechung des 6. Senats zeigt weiterhin, dass das *BSG* das formelle Beweisrecht nicht einheitlich beachtet. So konnte anhand eines Urteils gezeigt werden, dass die Grundlage der festgestellten generellen Tatsache zu einer arzneimittelrechtlichen Zulassung entgegen § 128 Abs. 1 SGG nicht genannt wurde[2713]. Ebenso existieren jedoch Fälle, in welchen das *BSG* entsprechend § 128 Abs. 1 S. 2 SGG verfährt[2714]. Auch an dieser Stelle ist auf die Rechtsprechung des 1. Senats zu verweisen, in welcher dieses uneinheitliche Vorgehen hinsichtlich § 128 Abs. 1 S. 2 SGG ebenfalls zu verzeichnen ist[2715].

IV. Zusammenfassung

Grundsätzlich kann anhand der Analyse der Rechtsprechung des 1. und 6. Senats zum Off-Label-Use die oben aufgestellte These bestätigt werden, dass sich das *BSG* in diesem Bereich in nicht geringem Umfang der Feststellung von generellen Tatsachen bedient.[2716] Hinsichtlich der Feststellung von generellen Tatsachen und der Beachtung einzelner Grundsätze des SGG konnten zwischen den beiden genannten Senaten keine grundlegenden Unterschiede festgestellt werden.[2717] Im 1. Senat konnten zwar, im Gegensatz zum 6. Senat, Konstellationen herausgearbeitet werden, in denen § 163 und § 170 Abs. 2 S. 2 SGG verletzt wurden.[2718] Das könnte jedoch u.a. darauf zurückzuführen sein, dass die Prüfung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use im 6. Senat des *BSG* im Vergleich zum 1. Senat eher eine

2711 H. II. 5. b.
2712 H. III.
2713 H. III. 1. b. aa.
2714 H. III. 1. b. bb., H. III. 2. b. bb. oder H. III. 2. c. bb.
2715 H. II. 5. b. aa.
2716 Zu dieser aufgestellten These: A. II. und D. IV; zu den dazu passenden Ergebnissen der Analyse: H. II. 5. a. aa. und H. III. 4. a.; siehe zu diesem Ergebnis auch im Rahmen der exemplarischen Auswertung: G. II. 5. c. aa.
2717 Siehe: H. II. 5. und H. III. 4.
2718 H. II. 5. b. bb.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

untergeordnete Rolle einnimmt. Aus diesem Grund konnten auch weniger Urteile des 6. Senats ausgewertet werden. Anknüpfend an diese Ergebnisse ist im Folgenden darüber nachzudenken, ob eine Vorlage an den *Großen Senat* sinnvoll erscheint (1.) und zusammenzufassen, aus welchen Quellen sich generelle Tatsachen ergeben, welche durch das *BSG* bei der Prüfung eines Off-Label-Use festgestellt werden (2.).

1. Entscheidung des *Großen Senats des BSG*

a. Vorgehen des 1. und 6. Senats des *BSG* bei der Feststellung von generellen Tatsachen

Aus den vorstehend genannten Gründen ist eine Entscheidung des *Großen Senats* gemäß § 41 Abs. 2, 3 SGG, etwa aufgrund der unterschiedlichen Anwendung von Prozessrecht zwischen dem 1. und 6. Senat, nicht angezeigt.[2719] Jedoch konnte durch die Analyse der Rechtsprechung dieser beiden Senate zum Off-Label-Use belegt werden, dass in beiden Senaten Fälle existieren, in welchen generelle Tatsachen ohne klar geregeltes Verfahren und auch unter Missachtung des formellen Beweisrechts des SGG durch das *BSG* festgestellt wurden.[2720] Eine solche Vorgehensweise des *BSG* führt zu Rechtsunsicherheit auf Seiten der Verfahrensbeteiligten. Auch in einzelnen anderen Senaten des *BSG* sind Tendenzen zu erkennen, dass die Feststellung genereller Tatsachen vom Gericht uneinheitlich eingesetzt wird[2721]. Zudem gibt es Anhaltspunkte dafür, dass in anderen Senaten des *BSG,* im Vergleich zum 1. und 6. Senat, der Begriff der generellen Tatsache an sich anders verstanden und die Feststellung genereller Tatsachen unterschiedlich gehandhabt wird[2722]. Das zeigt sich schon daran, dass der Begriff der generellen Tatsache oder der Rechtstatsache[2723] in den Entscheidungsgründen der Rechtsprechung anderer Senate des *BSG*, im Gegensatz zum

2719 E. III. 8. a.
2720 H. II. 5. a. bb. und H. II. 5. b. sowie H. III. 4. b.; ebenso allgemein in Bezug auf Revisionsgerichte und Rechtstatsachen sowie allgemeine Erfahrungssätze: *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 163 Rn. 36.
2721 G. II. 5. c. aa.
2722 Siehe dazu die obigen Ergebnisse zu G. II. 3.
2723 Siehe zu diesem Begriff: F. III. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. und 6. Senat[2724], häufiger explizit genannt und/oder auf eine Beweiserhebung hingewiesen wird[2725].

b. Vorlage an den *Großen Senat des BSG* gemäß § 41 Abs. 4 SGG

Wie in dieser Arbeit bereits herausgearbeitet wurde, gibt es nach Ansicht des Verfassers gute Gründe, weshalb das formelle Beweisrecht des SGG Anwendung zu finden hat, wenn das *BSG* generelle Tatsachen feststellt.[2726] Gleichwohl ist hierfür eine Klarstellung durch den *Großen Senat* zu befürworten. Denkbar ist deshalb, dass insbesondere der 1. oder 6. Senat eine Grundsatzentscheidung des *Großen Senats* gemäß § 41 Abs. 4 SGG herbeiführen, weil sich bei der Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BSG* prozessuale Grundsatzfragen in mehreren Fachsenaten gleichermaßen stellen („prozessuales Querschnittsrecht").[2727] Dem *Großen Senat* könnte deshalb erstens die Frage vorgelegt werden, ob das formelle Beweisrecht des SGG auch für das *BSG* bei der Feststellung von generellen Tatsachen anzuwenden ist. Zweitens könnte gefragt werden, ob das *BSG* verpflichtet ist, generelle Tatsachen festzustellen, wenn diese z.B. strittig sind und/oder von der Vorinstanz lückenhaft oder unklar festgestellt wurden[2728]. Die im SGG mit verschiedenen Normen festgeschriebene Aufgabenteilung[2729] wäre insofern auszuweiten, indem das *BSG* in diesen Fällen für die Feststellung von generellen Tatsachen zuständig ist. Eine mit diesen beiden Fragen verfolgte grundsätzliche Entscheidung des *Großen Senats* hätte zum Ziel, dass die Feststellung von generellen Tatsachen auf einer gesicherten rechtlichen Grundlage erfolgt, damit einheitliche und nachvollziehbare Regeln für die Feststellung von Tatsachen dieser Art gelten. Dies würde die Rechtssicherheit (Art. 20 Abs. 3 GG)[2730] und den Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG)[2731] für Verfahrensbeteiligte gegen die fehlerhafte Ermittlung

2724 H. II. 5. b. und H. III. 4. b.
2725 Siehe: G. I. 2. und die Ausführungen zu den einzelnen Senaten des *BSG* oben: G. II. 3., insbesondere: G. II. 3. c. dd.
2726 F. VII.
2727 E. III. 8. b.
2728 Siehe zu einer ähnlichen Sichtweise von *Horst Konzen* im Zivilrecht: G. III. 2. a. bb. (2).
2729 E. III. 9. und E. IV.
2730 B. II. 3.
2731 B. II. 4. a.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bzw. Nicht-Ermittlung genereller Tatsachen durch das *BSG*[2732] verbessern. Nur wenn die am Verfahren Beteiligten wissen, welche Regeln für die Feststellung genereller Tatsachen gelten, können sie gegen Verfehlungen vorgehen, welche dann von nachfolgenden Gerichten kontrolliert werden können. Zu bedenken ist jedoch, dass die Möglichkeit der Vorlage an den *Großen Senat* gemäß § 41 Abs. 4 SGG im Ermessen des jeweils erkennenden Senats liegt[2733]. Jedoch würde eine Klärung durch den *Großen Senat* in der dargestellten Angelegenheit auch Sicherheit für die rechtsanwendenden Richter mit sich bringen.

2. Erkenntnisgrundlagen genereller Tatsachen bei der Prüfung eines Off-Label-Use durch das *BSG*

Hinsichtlich der vom 1. und 6. Senat des *BSG* in der Off-Label-Use-Rechtsprechung in Bezug genommenen Quellen oder wissenschaftlichen Erkenntnissen, aus welchen generelle Tatsachen abgeleitet werden, kann an ein Ergebnis der exemplarischen Auswertung der Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit angeknüpft werden.[2734] So wurden durch die Analyse der Rechtsprechung des 1. und 6. Senats zum Off-Label-Use unterschiedliche Arten von Erkenntnisgrundlagen genereller Tatsachen mit unterschiedlichem wissenschaftlichen Anspruch herausgefiltert. So greift das *BSG* z.B. auf Sachverständigengutachten[2735], ärztliche Stellungnahmen[2736], in Fachliteratur veröffentlichte wissenschaftliche Abhandlungen[2737], Bekanntmachungen im Bundesanzeiger[2738], Gebrauchsinformationen[2739] oder Fachinformationen der pharmazeutischen Hersteller[2740], Stellungnahmen[2741] sowie Berichte[2742] bzw. Bescheide[2743] der nationalen und internationalen Arznei-

2732 Dazu gleich unten: I. II.
2733 E. III. 8. b.
2734 G. II. 5. c. bb.
2735 H. II. 3. c. bb. (2), H. II. 4. a. dd. (1) und H. II. 4. a. dd. (2) (i).
2736 H. III. 2. b. bb.
2737 H. II. 3. c. bb. (1), H. II. 4. a. dd. (2) (ii), H. II. 4. b. aa. oder H. III. 2. c. bb.
2738 H. II. 1. b. aa.
2739 H. II. 1. b. bb.
2740 H. II. 1. b. aa.
2741 H. II. 1. b. bb., H. II. 3. c. bb. (1) und H. II. 3. c. bb. (2).
2742 H. II. 1. c. aa.
2743 H. III. 1. b. bb.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mittelzulassungsbehörden, Wörterbücher[2744] oder auf Informationen im Internet[2745] zurück.

Im nächsten Kapitel ist eine verfassungsrechtliche Würdigung von generellen Tatsachen an sich und, anknüpfend an die Ergebnisse aus H. II. 5., H. III. 4. und H. IV., von deren (fehlerhaften) Feststellung durch das *BSG* in seiner Off-Label-Use-Rechtsprechung vorzunehmen (I.).

2744 H. II. 4. a. dd. (2) (i).
2745 H. II. 1. b. bb., H. II. 1. c. aa. oder H. II. 3. c. bb. (1).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. Verfassungsrechtliche Würdigung

In diesem Kapitel werden zum einen ausgewählte generelle Tatsachen unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten eingeordnet. Konkret ist damit das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG[2746] und das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG[2747] gemeint (I.). Wie in der Einleitung dieser Arbeit bereits angesprochen wurde, haben Fehler bei der Erforschung des Sachverhalts auch eine verfassungsrechtliche Dimension[2748]. Deshalb wird der Fokus in Kapitel II. zum anderen auf den Rechtsschutz gegen die (fehlerhafte) Feststellung von generellen Tatsachen oder von Einzeltatsachen durch das *BSG* bei der Prüfung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use gelegt.

I. Einordnung genereller Tatsachen unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten

1. Tatsächlich-normative Regelwerke (generelle Tatsachen)

Tatsächlich-normative Regelwerke, welche einen bestimmten wissenschaftlichen Sachverstand bündeln (generelle Tatsachen)[2749], sind aus verfassungsrechtlicher Sicht kritisch einzuordnen.[2750] In diesem Zusammenhang sind Regelwerke zu erwähnen, welche im Laufe der gesamten Arbeit bereits Gegenstand der Untersuchung waren. Damit sind z.B. die MdE-Tabellen[2751] aus dem Sozialrecht, die (normkonkretisierenden) Verwaltungsvorschriften aus dem Verwaltungsrecht[2752], die Begutachtungs-Richtlinien gemäß § 17 Abs. 1 SGB XI[2753] und die privat-technischen Normen, wie z.B. die DIN-Vorschriften, welche in verschiedenen Rechtsgebieten, wie dem Ver-

2746 B. II.
2747 B. III.
2748 A. II. und III.
2749 Generelle Tatsachen sind keine Rechtsnormen, siehe dazu: F. IV. 1. c.
2750 Siehe zur Behandlung von Tatsachen wie Rechtsnormen und von Rechtsnormen wie Tatsachen durch die Rechtsprechung: F. IV. 1. c. cc.
2751 F. II. 3. f. und F. IV. 1. c. aa. (2) (i).
2752 G. II. 2. c.
2753 G. II. 2. c. aa. (1).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

waltungsrecht[2754], dem Sozialrecht[2755] und dem Zivilrecht[2756] zum Einsatz kommen, gemeint.

2. Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG)

Nachfolgend werden die genannten generellen Tatsachen in einem kurzen Abriss vor dem Hintergrund des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG)[2757], des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG)[2758] und des Prinzips der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG)[2759] beleuchtet (3.). Vorab sei angemerkt, dass die entsprechenden Regelungen und deren Urheberschaft im Einzelfall einer dezidierten verfassungsrechtlichen Prüfung unterzogen werden müssten. Eine solche umfassende Prüfung wäre jedoch in dieser Arbeit insbesondere deshalb nicht angemessen, weil die unter I. I. 1. aufgeführten Regelwerke in anderen Rechtsgebieten als dem Kranken- und Vertragsarztrechts ihre jeweilige Bedeutung haben. Gleichwohl wurde mit dieser Arbeit bereits gezeigt, dass die Thematik der Feststellung genereller Tatsachen durch die Revisionsinstanz auch in anderen Senaten des *BSG* und auch in anderen Rechtsgebieten eine Rolle spielt[2760].

3. Einordnung

Grundsätzlich ist es mit Blick auf den Vorbehalt des Gesetzes problematisch, wenn staatliches Handeln nicht durch eine gesetzliche Ermächtigung gerechtfertigt ist. Diese Problematik besteht z.B. beim Erlass der MdE-Ta-

2754 G. II. 2. c.
2755 G. II. 3. d. bb. (2).
2756 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 112 Rn. 21.
2757 B. II. 2. a. bb.
2758 B. III.
2759 B. II. 1.
2760 Siehe hierzu insbesondere die Analyse in Kapitel G.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bellen.[2761] Zudem sind die MdE-Tabellen[2762] und die DIN-Vorschriften[2763] vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips kritisch zu sehen, weil die jeweiligen Stellen oder Gremien, welche die tatsächlichen Regelwerke erlassen, nicht demokratisch legitimiert sind. Das bedeutet, dass die Entscheidungen dieser Stellen nicht auf eine demokratisch legitimierte gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zurückzuführen sind. Weiterhin ist der Grundsatz der Gewaltenteilung tangiert, wenn unbestimmte Rechtsbegriffe, wie die „Minderung der Erwerbsfähigkeit" (§ 56 SGB VII)[2764], „schädliche Umwelteinwirkungen" (§ 5 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. BImSchG)[2765], der Begriff des „spezifischen, außergewöhnlich hohen Hilfebedarfs" (§ 15 Abs. 4 S. 1 SGB XI)[2766] oder der „Barrierefreiheit" (§ 4 BGG)[2767] bzw. daran geknüpfte Rechtsverhältnisse oder Leistungsansprüche mit generellen Tatsachen anstatt mit einer normativ geltenden Rechtsgrundlage ausgestaltet werden. Denn damit wird die Regelung wichtiger, auch grundrechtsbedeutender Materien von der Exekutive oder von privatrechtlichen Organisationen übernommen, welche grundsätzlich nicht zur Setzung von Rechtsnormen ermächtigt sind[2768]. Auch werden Legislativaufgaben auf die Rechtsprechung verlagert, weil die Rechtsprechung die entsprechenden Werke auf ihre Vereinbarkeit mit dem allgemein anerkannten wissenschaftlichen Erkenntnisstand überprüfen und sie bei veraltetem Erkenntnisstand obsolet werden lassen kann[2769]. Aus diesen Gründen sind derartige wissenschaftliche Erkenntnisse besser in Rechtsnormen zu überführen. Denkbar sind in diesem Zusammenhang z.B. auf einer formellgesetzlichen Ermächtigungs-

2761 *Nusser/Spellbrink*, SGb 2017, S. 550, 555; *Spellbrink/Karmanski*, SGb 2021, S. 461, 464.

2762 *Nusser/Spellbrink*, SGb 2017, S. 550, 555 f.; zur wohl vorhandenen demokratischen Legitimation des *Medizinischen Dienstes Bund* zum Erlass der Begutachtungs-Richtlinien gemäß § 17 Abs. 1 SGB XI: *Roller*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XI, 14.07.2025, § 17 Rn. 72 und *Axer,* in: Udsching/Schütze, SGB XI, § 17 Rn. 14.

2763 *BVerwG*, Beschluss vom 30.09.1996 – 4 B 175/96, juris-Rn. 3 sowie *Huggins*, Fehlercode im System der Normkonkretisierung?, in: Ammann et al., Verantwortung und Recht, S. 315, 326 ff.

2764 *Nusser/Spellbrink*, SGb 2017, S. 550, 555; siehe ebenso: F. II. 3. f.

2765 G. II. 2. c.

2766 G. II. 2. c. aa. (1).

2767 G. II. 3. d. bb.

2768 C. I. 2. a.

2769 In Bezug auf die TA Luft und die Wesentlichkeitstheorie (B. II. 2. a. bb.)*: Hofmann/Koch,* in: *Koch/Hofmann/Reese*, Handbuch Umweltrecht, § 5 Rn. 130.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

grundlage basierenden Rechtsverordnungen[2770]. Im Falle einer Rechtsverordnung auf Bundesebene, welche revisibles Recht[2771] darstellt, ist auch im Vergleich zu generellen Tatsachen besserer Rechtsschutz gegeben (Art. 19 Abs. 4 GG)[2772]. Möglich ist insofern die gerichtliche Prüfung von Gesetzesverletzungen bei der Anwendung der Rechtsverordnung (§ 202 S. 1 SGG i.V.m. § 546 ZPO)[2773] und die Prüfung von Verfahrensmängeln. Zudem würde dadurch die Rechtssicherheit (Art. 20 Abs. 3 GG)[2774] erhöht. Im Krankenversicherungs- und Vertragsarztrecht gibt es mit den Richtlinien des *G-BA* solche normativ-verbindlichen Regelungen, welche von einem demokratisch legitimierten Normgeber erlassen werden[2775].

II. Rechtsschutz gegen die (fehlerhafte) Feststellung von generellen Tatsachen oder von Einzeltatsachen durch den 1. und 6. Senat des *BSG* bei der Prüfung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use

1. Überprüfung der fehlerhaften Sachverhaltsermittlung des *BSG* durch das *BVerfG*

Das *BVerfG* vertritt die Ansicht, dass die Würdigung und Feststellung von Tatsachen grundsätzlich Sache der Fachgerichte und deshalb nur eingeschränkt verfassungsrechtlich überprüfbar sei.[2776] Ausnahmsweise sei es jedoch denkbar, dass sich eine verfassungsrechtliche Überprüfung fachge-

2770 *Ossenbühl,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 104 Rn. 32; siehe zu Rechtsverordnungen: C. I. 2. c. aa. (1) (i).

2771 In Bezug auf das sozialgerichtliche Revisionsverfahren: E. III. 4. a. bb., in Bezug auf das verwaltungsgerichtliche Revisionsverfahren: G. II. 2. a. und in Bezug auf das zivilgerichtliche Revisionsverfahren: G. III. 1. c.

2772 B. II. 4. a.

2773 C. II. 1. d. und E. III. 4. a. aa.

2774 B. II. 3.

2775 Siehe zur demokratischen Legitimation des *G-BA* und zur rechtsdogmatischen Einordnung seiner Richtlinien: D. I. 1. c. aa. (2) (iii) sowie zum Rechtsschutz gegen die Richtlinien: D. I. 1. c. aa. (2) (iv); weitere Beispiele der gesetzlichen Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen des Bundes sind z.B. § 5 Abs. 2 SGB XIV (E. II. 2. a. aa. (6) (ii)) oder § 48a BImSchG.

2776 *BVerfG*, Nichtannahmebeschluss vom 25.09.2023 – 1 BvR 1790/23, juris-Rn. 19 (die Verfassungsbeschwerde bezieht sich auf einen möglichen Anspruch auf ein Arzneimittel im Off-Label-Use); zum grundsätzlichen Prüfungsumfang des *BVerfG*: *BVerfG*, Beschluss vom 10.06.1964 – 1 BvR 37/63, juris-Rn. 21, *BVerfG*, Urteil vom 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, juris-Rn. 323 und *BVerfG*, Beschluss vom 11.02.1992 – 1 BvR 1531/90, juris-Rn. 51.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

richtlicher Entscheidungen auch auf deutliche Fehler bei der Würdigung und Feststellung des Sachverhalts erstrecke.[2777] Eine falsche oder unvollständige Sachverhaltsermittlung entgegen einzelner Vorschriften des Beweisrechts kann also dazu führen, dass die angefochtene gerichtliche Entscheidung verfassungswidrig ist.[2778] Übertragen auf diese Arbeit bedeutet dies, dass das *BSG* bei der Beweiswürdigung und Feststellung von generellen Tatsachen Fehler begehen kann, indem *es* bei der Feststellungstätigkeit das formelle Beweisrecht des SGG verletzt. Auch darf das *BSG* keine Einzeltatsachen feststellen.[2779] In Bezug auf die ausgewertete Rechtsprechung des *BSG* zum Off-Label-Use im Krankenversicherungsrecht und Vertragsarztrecht konnte herausgearbeitet werden, dass die Nichtbeachtung der Begründungspflicht gemäß § 128 Abs. 1 S. 2 SGG (2. a.) ein bedeutsamer Verfahrensfehler ist, welcher sich durch die Verletzung des formellen Beweisrechts durch das *BSG* ergeben kann. Zudem verletzt das *BSG* § 163 und § 170 Abs. 2 S. 2 SGG, wenn die durch diese Normen festgeschriebene Aufgabenteilung zwischen Berufung und Revision[2780] missachtet wird (2. c.).[2781] Im Folgenden wird geprüft, inwiefern durch die Verletzung einfachgesetzlicher Verfahrensvorschriften bei der Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* Verletzungen des einschlägigen Verfassungsrechts anzunehmen sind und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben (2. d.). Dabei wird auf die Ergebnisse aus Kapitel H. zurückgegriffen. Der Verfahrensmangel, dass das Revisionsurteil auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäß § 128 Abs. 2 SGG beruht, wurde im Rahmen der in Kapitel H. durchgeführten Analyse ausgeklammert.[2782] In die nachfolgenden Ausführungen wird jedoch auch dieser Verfahrensmangel einbezogen, weil auch ohne Rückgriff auf die Ergebnisse der Rechtsprechungsanalyse theoretische Aussagen in Bezug auf die Verletzung des rechtlichen Gehörs möglich sind (2. b.).

2777 *BVerfG*, Nichtannahmebeschluss vom 25.09.2023 – 1 BvR 1790/23, juris-Rn. 19; *BVerfG*, Nichtannahmebeschluss vom 11.04.2017 – 1 BvR 452/17, juris-Rn. 26; *BVerfG*, Beschluss vom 24.06.2014 – 1 BvR 2926/13, juris-Rn. 27 f.; *BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, juris-Rn. 24 ff.

2778 *Knittel*, SGb 2016, S. 124, 124.

2779 F. VII.

2780 E. III. 9. und E. IV.

2781 H. II. 5. b. und H. III. 4. b.

2782 H. I.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Verfahrensgrundrechte

Die angesprochenen Verfahrensregelungen des SGG sind Ausfluss rechtsstaatlich verbürgter Verfahrensgrundrechte (Art. 20 Abs. 3 GG). Eine Verletzung dieser Verfahrensgrundrechte durch das *BSG* in einer revisionsgerichtlichen Entscheidung kann mit einer Verfassungsbeschwerde an das *BVerfG* gemäß Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG gerügt werden.[2783] In der Begründung einer Verfassungsbeschwerde hat sich der Beschwerdeführer gemäß § 23 Abs. 1 S. 2, § 92 und § 93 BVerfGG[2784] einerseits mit dem für den vorliegenden Fall einschlägigen einfachen (Verfahrens-)Recht und andererseits mit dem einschlägigen Verfassungsrecht auseinanderzusetzen. Zudem hat eine Einschätzung zu erfolgen, dass durch die fachgerichtliche Entscheidung eine Grundrechtsverletzung möglich erscheint.[2785]

a. Das Gebot effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG

Zu Beginn dieser Arbeit wurde bereits darauf hingewiesen, dass aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch gemäß Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG zumindest in Bezug auf die Verletzung von Verfahrensgrundrechten Rechtsschutz gegen den Richter abgeleitet werden kann.[2786] Damit umfasst der allgemeine Justizgewährungsanspruch auch die Möglichkeit, eine richterliche Entscheidung überprüfen zu lassen, etwa wenn das Gericht diese unzureichend begründet hat. In diesem Sinne übt dann die Rechtsprechung öffentliche Gewalt aus[2787]. Von der Frage, ob die Rechtsprechung öffentliche Gewalt i.S.v. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ausübt, ist die Frage abzugrenzen, welche Pflichten ein Gericht im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG

2783 Siehe bereits: B. II. 4.

2784 *Scheffczyk,* in: Walter, BeckOK BVerfGG, § 23 Rn. 2 f.; *Lechner/Zuck,* in: Lechner, BVerfGG, § 92 Rn. 1 ff.; *Lechner/Zuck,* in: Lechner, BVerfGG, § 93 Rn. 7; zur Beschwerdefrist einer Verfassungsbeschwerde: *Grünewald/Tremml*, in: Walter, BeckOK BVerfGG, § 93 Rn. 7 ff.

2785 *BVerfG*, Nichtannahmebeschluss vom 25.09.2023 – 1 BvR 1790/23, juris-Rn. 12 m.w.N.; *BVerfG*, Beschluss vom 07.10.2003 – 1 BvR 1712/01, juris-Rn. 70 m.w.N.

2786 Siehe: B. II. 4. a. bb.

2787 Grundsätzlich wird öffentliche Gewalt im Rahmen von Art. 19 Abs. 4 GG (spezieller Justizgewährungsanspruch) nur durch die Exekutive ausgeübt, siehe dazu: B. II. 4. a. bb.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

trifft bzw. ob ein Gericht Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verletzen kann[2788]. Dieser Frage ist im Folgenden mit besonderem Augenmerk auf die Begründungspflicht des § 128 Abs. 1 S. 2 SGG[2789] nachzugehen (aa. und bb.).

aa. Pflichten des Gerichts gemäß Art. 19 Abs. 4 GG

Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG setzt bestehende Rechtspositionen der einzelnen Person voraus.[2790] Eine solche Rechtsposition wird vom Autor dieser Arbeit als das Recht der Verfahrensbeteiligten auf Information bzw. auf eine Begründung der Entscheidung durch das Gericht gesehen.[2791] Weiterhin ist die Gewährung effektiven Rechtsschutzes die Aufgabe staatlicher Gerichte[2792], indem diese das jeweils einschlägige Verfahrensrecht dem effektiven Rechtsschutzgedanken entsprechend anwenden[2793]. Ein ähnlich gelagerter Gedanke liegt der Begründungspflicht von belastenden und begünstigenden Verwaltungsakten (§ 31 SGB X) im Sozialleistungsrecht zugrunde. Demnach sind diese gemäß § 35 Abs. 1 SGB X bzw. § 39 Abs. 1 VwVfG mit einer Begründung zu versehen, was einem effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 GG dient. Denn nur wenn eine solche Begründung vorhanden ist, kann die jeweils betroffene Person einschätzen, ob ein Rechtsbehelf Aussicht auf Erfolg verspricht und welche Begründung hierfür wiederum notwendig ist[2794].

2788 *Funke*, in: Dreier, GG, Band I, Art. 19 Abs. 4 Rn. 44; *Rixen,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band IV, § 131 Rn. 12.

2789 F. VII. 2. b.

2790 *BVerfG*, Urteil vom 18.07.2005 – 2 BvR 2236/04, juris-Rn. 105; *BVerfG*, Beschluss vom 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03, juris-Rn. 54; *Rixen,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band IV, § 131 Rn. 20.

2791 E. II. 2. b. bb. (2) (ii) und F. VII. 2. b.

2792 *Enders*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 19 Rn. 52.

2793 *Rixen,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band IV, § 131 Rn. 11.

2794 *BSG*, Urteil vom 23.10.1985 – 9a RV 1/84, juris-Rn. 15; *Siewert,* in: Diering/Timme/Stähler, LPK-SGB X, § 35 Rn. 1 f.; in Bezug auf § 39 VwVfG: BT-Drs. 7/910, S. 60 und *BVerfG*, Urteil vom 16.01.1957 – 1 BvR 253/56, juris-Rn. 41.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG durch das *BSG* bei der Feststellung von generellen Tatsachen

Unter Zugrundelegung dieses Verständnisses kann das *BSG* Art. 19 Abs. 4 GG verletzen, wenn *es* festgestellte generelle Tatsachen (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG) nur unzureichend oder gar nicht begründet (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG).[2795] Die Kontrolle durch das *BVerfG* im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG erstreckt sich dann darauf, ob ein Fachgericht bei der Anwendung von einfachgesetzlichen Normen des Verfahrensrechts die Bedeutung von Art. 19 Abs. 4 GG erkannt und berücksichtigt hat und ob es dabei möglicherweise willkürlich vorgegangen ist.[2796] In den oben herausgearbeiteten Fällen aus dem Krankenversicherungs- und Vertragsarztrecht liegt eine solche Verletzung von Art 19 Abs. 4 S. 1 GG vor, zumindest, wenn das *BSG* für die Feststellung genereller Tatsachen seine Herkunftsquelle nicht benennt. Vor allem konnte in diesen Fällen darüber hinaus gezeigt werden, dass die Vorgehensweise des *BSG* für Verfahrensbeteiligte nicht berechenbar, also willkürlich ist, weil die Begründungspflicht in vergleichbaren Konstellationen einerseits beachtet und andererseits missachtet wird.[2797] Hinzukommt, dass die hier vertretene verfassungsrechtliche Begründungspflicht gemäß Art 19 Abs. 4 S. 1 GG des *BSG* gerade im Rahmen der Prüfung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use in engem Zusammenhang mit dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG steht.[2798]

b. Die Gewährung rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG

aa. Verletzung des einfachen Verfahrensrechts als Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG

Grundsätzlich bedeutet die Verletzung von Verfahrensrecht, welches das Grundrecht auf rechtliches Gehör im einfachen Recht umsetzt (§ 128

2795 Zur Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG bei unzureichender Sachverhaltsermittlung durch das Gericht: *BVerfG*, Stattgebender Kammerbeschluss vom 03.11.2021 – 2 BvR 828/21, juris-Rn. 29 f. und *Funke*, in: Dreier, GG, Band I, Art. 19 Abs. 4 Rn. 44.
2796 *BVerfG*, Nichtannahmebeschluss vom 16.09.2010 – 2 BvR 2349/08, juris-Rn. 34.
2797 H. II. 5. b. aa. und H. III. 4. b.
2798 B. I. 3. und D. II. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abs. 2 SGG)[2799], durch die Judikative nicht gleichzeitig eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG.[2800] Jedoch kann eine falsche Rechtsanwendung spezieller Regelungen des einfachen Verfahrensrechts durch das Gericht Art. 103 Abs. 1 GG verletzen. Das ist der Fall, wenn die gerichtliche Entscheidung neben der falschen Rechtsanwendung des Verfahrensrechts das durch Art. 103 Abs. 1 GG gewährte rechtliche Gehör verhindert.[2801] Ausschlaggebend ist also allein der Gehalt von Art. 103 Abs. 1 GG, welcher durch den gerichtlichen Entscheidungsprozess in seiner Gesamtheit nicht angetastet werden darf.[2802] In Bezug auf diesen Gehalt ist anzumerken, dass Art. 103 Abs. 1 GG im Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 1 GG zu sehen ist, weil die Gewährung rechtlichen Gehörs auch gebietet, dass die einzelne Person nicht zum Objekt eines Gerichtsverfahrens degradiert werden darf. Durch die aktive Wahrnehmung des Rechts auf Gehör durch die jeweilige Person kann das gerichtliche Verfahren beeinflusst und Vorsorge vor Überraschungsentscheidungen getroffen werden.[2803] Dieser Schutz der am Verfahren Beteiligten vor Überraschungsentscheidungen wird ebenfalls aus Art. 103 Abs. 1 GG abgeleitet. Die Verfahrensbeteiligten dürfen also weder von den tatsächlichen[2804] noch rechtlichen[2805] Inhalten einer gerichtlichen Entscheidung überrascht werden, weil insbesondere dadurch eine Stellungnahme von diesen dazu ausgeschlossen wird.[2806] Weiterhin darf ein für

2799 E. II. 2. b. bb. (1) und F. VII. 2. a.

2800 *BVerfG* Beschluss vom 21.04.1982 – 2 BvR 810/81, juris-Rn. 15; *BVerfG* Beschluss vom 23.10.2007 – 1 BvR 782/07, juris-Rn. 13; *BVerfG* Beschluss vom 08.10.1985 – 1 BvR 33/83, juris-Rn. 16 f.; *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Band VI, 09/2016, Art. 103 Abs. 1 IV. Rn. 107 m.w.N.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band III, Art. 103 Abs. 1 Rn. 30 m.w.N.

2801 *BVerfG*, Beschluss vom 21.04.1982 – 2 BvR 810/81, juris-Rn. 16; *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Band VI, 09/2016, Art. 103 Abs. 1 IV. Rn. 109 ff.

2802 *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Band VI, 09/2016, Art. 103 Abs. 1 IV. Rn. 108 und 111.

2803 *BVerfG*, Beschluss vom 08.01.1959 – 1 BvR 396/55, juris-Rn. 22; *BVerfG*, Beschluss vom 19.07.1972 – 2 BvR 872/71, juris-Rn. 20; *BVerfG*, Beschluss vom 21.04.1982 – 2 BvR 810/81, juris-Rn. 15; *BVerfG*, Beschluss vom 19.05.1992 – 1 BvR 986/91, juris-Rn. 35; *Degenhart,* in: Sachs, GG, Art. 103 Rn. 11; *Radtke*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 103 Rn. 1; *Mink,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 62 Rn. 1.

2804 *BVerfG*, Beschluss vom 29.05.1991 – 1 BvR 1383/90, juris-Rn. 7.

2805 *BVerfG*, Beschluss vom 19.05.1992 – 1 BvR 986/91, juris-Rn. 36; *BVerfG*, Urteil vom 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97, juris-Rn. 162.

2806 Beispielhaft: *BVerfG*, Urteil vom 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02, juris-Rn. 135; *Wolff/Kluth,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 103 Rn. 6 m.w.N.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 471; *Groth,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III. Kapitel Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das Verfahren erheblicher Tatsachenvortrag einer am Gerichtsverfahren beteiligten Person vom Gericht in den Entscheidungsgründen nicht übergangen werden.[2807] Vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde, welche die Geltendmachung einer Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG[2808] zum Ziel hat, ist der Rechtsweg ggf. durch eine Anhörungsrüge gemäß § 178a SGG auszuschöpfen (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG).[2809] Der Maßstab für die Begründetheit der Anhörungsrüge ist dabei an Art. 103 Abs. 1 GG zu messen.[2810]

bb. Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG durch das *BSG* bei der Feststellung von generellen Tatsachen

Aufgrund der soeben genannten Grundsätze muss das *BSG* bei der Feststellung genereller Tatsachen gemäß Art. 103 Abs. 1 GG die Grundlage der jeweiligen generellen Tatsache, also z.B. wissenschaftliche Erkenntnisse, in das Gerichtsverfahren einführen. Dieses Vorgehen sorgt dafür, dass Beteiligte von diesem Material nicht überrascht werden, sich zu diesen Tatsachen fachkundig machen und Stellungnahmen dazu abgeben können. So ist denkbar, dass über das Vorliegen bestimmter wissenschaftlicher Erkenntnisse unterschiedliche Ansichten bestehen und Verfahrensbeteiligte hierzu neues Material in den Revisionsprozess einführen. Das *BSG* darf diese Tatsachen nicht übergehen, die Beteiligten müssen gehört werden, ansonsten läge ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG vor. Wenn das Gericht die durch die beteiligte Person eingebrachten wissenschaftlichen Erkenntnisse für nicht plausibel hält, hat es hierfür zudem eine Begründung zu liefern. Hierbei wird die enge Verzahnung zur Begründungspflicht bei der Feststellung genereller Tatsachen (Art. 19 Abs. 4 GG)[2811] deutlich. So dienen beide Normen dem gleichen Ziel, der Ermöglichung effektiven Rechtsschutzes[2812]. Bei der weiter oben dargestellten Konstellation des fehlenden, durch das *BSG* nicht weiter feststellbaren, allgemeinen wissenschaftlichen

2807 *BVerfG*, Beschluss vom 23.01.2017 – 2 BvR 2272/16, juris-Rn. 14 ff.; *BVerfG*, Stattgebender Kammerbeschluss, vom 17.09.2020 – 2 BvR 1605/16, juris-Rn. 14; *BVerfG*, Kammerbeschluss vom 13.11.1992 – 1 BvR 708/92, juris-Rn. 28.

2808 B. II. 4. b.

2809 *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Band VI, 09/2016, Art. 103 Abs. 1 IV. Rn. 121 ff.

2810 *Schmidt,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 178a Rn. 5.

2811 I. II. 2. a.

2812 *BVerfG*, Beschluss, vom 27.10.1999 – 1 BvR 385/90, juris-Rn. 91; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band III, Art. 103 Abs. 1 Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Erkenntnisstands[2813] würde das *BSG* das Grundrecht auf rechtliches Gehör verletzen, wenn die Grundsätze der objektiven Beweislast nicht zur Anwendung gebracht werden und das Vorbringen der am Prozess beteiligten Personen missachtet wird.

c. Die Garantie des gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

aa. Verletzung des einfachen Verfahrensrechts als Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Die §§ 163, 170 Abs. 2 S. 2 SGG sind Verfahrensnormen, welche das Verfahrensgrundrecht der Garantie des gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG im einfachen sozialgerichtlichen Prozessrecht umsetzen, weil sie eine Zuständigkeitsverteilung zwischen Revisions- und Tatsacheninstanz vornehmen.[2814] Für die Annahme eines verbotenen Entzugs des gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG garantierten gesetzlichen Richters durch die Rechtsprechung reicht eine falsche Anwendung von Verfahrensvorschriften (error in procedendo) jedoch nicht aus.[2815] Für eine Verletzung der Garantie aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch die Judikative muss das Fachgericht Bedeutung und Tragweite der Gewährleistung des Verfahrensgrundrechts grundlegend verkannt haben oder die entsprechenden einfachgesetzlichen Zuständigkeitsvorschriften des Verfahrensrechts in objektiv willkürlicher Weise fehlerhaft angewandt haben.[2816] Willkür ist anzunehmen, wenn die gerichtliche Entscheidung auf sachwidrigen Erwägungen beruht oder bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden

2813 F. VII. 2. d.

2814 E. III. 9. und F. VII. 2. c.

2815 *BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 18.02.2020 – 1 BvR 1750/19, juris-Rn. 11; *BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 06.10.2016 – 1 BvR 292/16, juris-Rn. 26 f. m.w.N.; *BVerfG,* Beschluss vom 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, juris-Rn. 71; *Degenhart,* in: Sachs, GG, Art. 101 Rn. 17.

2816 *BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 18.02.2020 – 1 BvR 1750/19, juris-Rn. 11; *BVerfG,* Stattgebender Kammerbeschluss vom 28.09.2017 – 1 BvR 1510/17, juris-Rn. 16; *BVerfG,* Beschluss vom 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, juris-Rn. 71; *BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 24.02.2009 – 1 BvR 165/09, juris-Rn. 11; *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig, GG, Band VI, 08/2018, Art. 101 C. Rn. 72 und 77; *Kment,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 101 Rn. 17; Beispiele einer unzulässigen Entziehung des gesetzlichen Richters durch die Rechtsprechung sind bei *Wolff/Kluth,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 101 Rn. 9 oder *Degenhart,* in: Sachs, GG, Art. 101 Rn. 17 ff. zu finden.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gedanken nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich sachlich unhaltbar ist.[2817] Das *BVerfG* reduziert seine Kontrolle bei der Überprüfung eines grundrechtswidrigen Entzugs des Rechts auf den gesetzlichen Richter durch die Rechtsprechung auf die dargestellte Willkürprüfung. Dieser Willkürmaßstab gilt nur bei der Prüfung, ob in der fehlerhaften Anwendung der jeweiligen Verfahrensnorm, welche den gesetzlichen Richter bestimmt, durch die Rechtsprechung auch das Recht auf den gesetzlichen Richter i.S.v. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt ist. Davon zu unterscheiden ist die Prüfung des *BVerfG*, ob die jeweiligen Normen im Verfahrensrecht an sich den Vorgaben des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG entsprechen.[2818] Fraglich ist, ob Verstöße gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG)[2819] vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde an das *BVerfG* zunächst im fachgerichtlichen Verfahren unter analoger Anwendung von § 178a SGG[2820] geltend zu machen sind, um den Rechtsweg auszuschöpfen (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG). In dieser Arbeit wird davon ausgegangen, dass sich § 178a SGG, wie es der eindeutige Wortlaut nahelegt, lediglich auf die Geltendmachung von Verletzungen des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) bezieht. Verstöße gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG sind damit direkt mit der Verfassungsbeschwerde anzugreifen.[2821]

2817 *BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 04.02.2016 – 2 BvR 2223/15, juris-Orientierungssatz 5a*; BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 07.01.2004 – 2 BvR 1704/01, juris-Rn. 14; *BVerfG,* Beschluss vom 30.06.1970 – 2 BvR 48/70, juris-Rn. 18; *Degenhart,* in: Sachs, GG, Art. 101 Rn. 17; *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig, GG, Band VI, 08/2018, Art. 101 C. Rn. 77; *Wolff/Kluth,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 101 Rn. 9; *Kment,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 101 Rn. 17; kritisch zu dieser Willkürkontrolle durch das *BVerfG*: *Wolff,* AöR 141 (2016), S. 40, 61 ff.

2818 *BVerfG,* Beschluss vom 09.06.1971 – 2 BvR 114/71, 2 BvR 127/71, juris-Rn. 10; *Degenhart,* in: Sachs, GG, Art. 101 Rn. 17; *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig, GG, Band VI, 08/2018, Art. 101 C. Rn. 76 f. und 79.

2819 B. II. 4. c.

2820 Siehe bereits zur Anhörungsrüge: I. II. 2. b.

2821 BT-Drs. 15/3706, S. 14; *BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 30.06.2009 – 1 BvR 893/09, juris-Rn. 17 m.w.N.; *Wolff/Kluth,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. 101 Rn. 12; *Meßling,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, X. Kapitel Rn. 66.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Keine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch das *BSG* bei der Feststellung von generellen Tatsachen

Die bereits hervorgehobene Relevanz der vorliegenden Untersuchung[2822] kann dadurch belegt werden, dass das *BVerfG* sich bereits mit der Rüge eines Beschwerdeführers auseinanderzusetzen hatte, dass die willkürliche Feststellung von (generellen) Tatsachen durch das *BSG* entgegen § 163 SGG das Verfahrensgrundrecht des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletze.[2823] Das *BVerfG* schließt einen solchen Verstoß grundsätzlich nicht aus. Im vorliegenden Fall hätten sich die Beschwerdeführer jedoch nicht ausreichend mit dem Begriff der generellen Tatsache auseinandergesetzt. Zudem sei nicht hinreichend dargelegt worden, warum dem *BSG* bei seiner Tatsachenfeststellung neben der Verletzung von einfachem Verfahrensrecht Willkür angelastet werden könne.[2824] Das Vorgehen des *BSG* im Revisionsverfahren ist so einzuordnen, dass das Gericht lediglich auf seine Feststellungskompetenz für generelle Tatsachen zurückgriff, indem u.a. eine Internetrecherche[2825] durchgeführt wurde sowie ein Abschlussbericht des *IQWiG*[2826] und wissenschaftliche Studien[2827] ausgewertet wurden. Damit sind in dieser Entscheidung keine Anhaltspunkte dafür zu finden, dass das *BSG* hierbei Einzeltatsachen festgestellt hat (§§ 163, 170 Abs. 2 S. 2 SGG). Somit liegt bereits keine Verletzung des einschlägigen Verfahrensrechts durch das *BSG* vor. Dabei ist noch darauf hinzuweisen, dass Verfahrensrecht und möglicherweise auch Verfassungsrecht in der Form von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht verletzt sind, wenn das *BSG* auf die Feststellung genereller Tatsachen in einer uneinheitlichen Art und Weise zurückgreift. Damit ist z.B. gemeint, dass das *BSG* in der einen Entscheidung generelle Tatsachen feststellt und in einer anderen Entscheidung nicht feststellt, obwohl diese feststellbar gewesen wären. Die Feststellungsbefugnis liegt im Ermessen des Gerichts. Gleichwohl wurde die sich daraus ergebende Rechtsunsicherheit bereits thematisiert[2828].

2822 Siehe: A. II. und A. III.
2823 *BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 06.10.2016 – 1 BvR 292/16, juris-Rn. 12.
2824 *A.a.O.,* Rn. 25 ff.
2825 *BSG,* Urteil vom 17.11.2015 – B 1 KR 15/15 R, juris-Rn. 35.
2826 *A.a.O.,* Rn. 36.
2827 *A.a.O.,* Rn. 37.
2828 H. II. 5. a. bb. und H. IV. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc. Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch das *BSG* bei der Feststellung von generellen Tatsachen

In Bezug auf die schon ausgewertete Off-Label-Use-Rechtsprechung des *BSG* wurden im Krankenversicherungsrecht Fälle herausgearbeitet, in denen das *BSG* Einzeltatsachen feststellt, anstatt den Rechtsstreit in Bezug auf diese festgestellten Tatsachen an das Tatsachengericht zurückzuverweisen (§§ 163, 170 Abs. 2 S. 2 SGG).[2829] Ebenso konnte der Fall aufgezeigt werden, in welchem bei einer gebotenen Zurückverweisung an das Tatsachengericht zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts eine Sachentscheidung herbeigeführt wurde (§ 170 Abs. 2 S. 1 SGG).[2830] Mit der Feststellung von Einzeltatsachen oder der fehlerhaften Nicht-Zurückverweisung an die Tatsacheninstanz[2831] zieht das *BSG* entgegen § 163 und § 170 Abs. 2 S. 2 SGG Kompetenzen an sich, welche dem Berufungsgericht obgelegen hätten. Das *BSG* entzieht insofern der betroffenen Person den gesetzlichen Richter, welcher durch §§ 163, 170 Abs. 2 S. 2 SGG bestimmt ist. Für einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG müssen in den dargestellten Fällen jedoch willkürliche Erwägungen bei der Anwendung dieser Verfahrensvorschriften ersichtlich sein.[2832] In diesem Zusammenhang konnte zumindest in den genannten Konstellationen im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung gezeigt werden, dass die Vorgehensweise des *BSG* uneinheitlich ist. So ist es nicht nachvollziehbar, weshalb das *BSG* in vergleichbaren Fällen einerseits die Ermittlungen von Einzeltatsachen selbst durchführt oder eine Sachentscheidung herbeiführt und andererseits den Rechtsstreit aufgrund des Erfordernisses der Ermittlung von Einzeltatsachen (§ 163 SGG) an die Tatsacheninstanz zurückverweist (§ 170 Abs. 2 S. 2 SGG).[2833] Ein solches

2829 H. II. 5. b. bb.; davon ausgenommen sind hier unstrittige oder unproblematische Tatsachenfeststellungen.

2830 H. II. 5. b. bb.

2831 Dazu im Strafrecht: *BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 07.01.2004 – 2 BvR 1704/01, juris-Rn. 14 f.; *BVerfG,* Beschluss vom 16.04.1980 – 1 BvR 505/78, juris-Rn. 45 m.w.N.

2832 I. II. 2. c. aa.

2833 Siehe dazu Kapitel H. II. 5. b. bb.; in diesem Kapitel wird vom Autor dieser Arbeit auch angesprochen, dass darüber nachgedacht werden könnte, dass unstrittige oder unproblematische bzw. zügig ermittelbare Tatsachenfeststellungen durch das *BSG* ausnahmsweise unter bestimmten Voraussetzungen und ohne Verstoß gegen §§ 163, 170 Abs. 2 S. 2 SGG und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG selbst festgestellt werden dürfen. Diese These sollte gesondert und mit der erforderlichen Tiefe unter Beachtung verfahrensrechtlicher und verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte geprüft werden.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vorgehen bei der Anwendung von verfahrensrechtlichen Vorschriften des SGG durch das *BSG* ist unberechenbar und damit für die Verfahrensbeteiligten nicht mehr verständlich, also objektiv willkürlich und verstößt damit gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.

d. Folgen der Verletzung von Verfahrensgrundrechten

Im Hinblick auf die Rechtsfolgen einer Entscheidung des *BVerfG*, die einer Verfassungsbeschwerde gegen die Verletzung der genannten Verfahrensgrundrechte durch eine Entscheidung des *BSG* stattgibt, ist § 95 BVerfGG einschlägig.[2834] So hat das *BVerfG* gemäß § 95 Abs. 1 S. 1 BVerfGG festzustellen, welche Vorschrift des Grundgesetzes verletzt wurde und durch welche Handlung oder Unterlassung diese verletzt wurde.[2835] § 95 Abs. 2 BVerfGG bezweckt, dass die gemäß § 95 Abs. 1 S. 1 BVerfGG festgestellte Verletzung von Grundrechten durch eine gerichtliche Entscheidung beseitigt wird.[2836] Grundsätzlich ist in diesem Fall die grundrechtswidrige Entscheidung durch das *BVerfG,* unter Beseitigung der Rechtskraft der angegriffenen gerichtlichen Entscheidung, aufzuheben. Weiterhin verweist das *BVerfG* die Sache grundsätzlich an das zuständige Fachgericht, im vorliegenden Fall in der Regel das *BSG,* zurück (§ 95 Abs. 2 BVerfGG).[2837] Hierbei hat das Fachgericht bei seiner erneuten Entscheidung die Rechtsauffassung des *BVerfG* zu beachten (§ 31 Abs. 1 BVerfGG i.V.m. Art. 94 Abs. 4 S. 1 GG).[2838]

2834 *BVerfG,* Beschluss vom 08.02.1994 – 1 BvR 765/89, 1 BvR 766/89, juris-Rn. 39; *von Ungern-Sternberg*, in: Walter, BeckOK BVerfGG, § 95 Rn. 1.

2835 *Von Ungern-Sternberg*, in: Walter, BeckOK BVerfGG, § 95 Rn. 6 ff. m.w.N.

2836 *BVerfG,* Beschluss vom 08.02.1994 – 1 BvR 765/89, 1 BvR 766/89, juris-Rn. 38; *von Ungern-Sternberg*, in: Walter, BeckOK BVerfGG, § 95 Rn. 17.

2837 *BVerfG,* Beschluss vom 08.02.1994 – 1 BvR 765/89, 1 BvR 766/89, juris-Rn. 38; *BVerfG,* Beschluss vom 10.02.1987 – 2 BvR 314/86, juris-Rn. 16; *BVerfG,* Kammerbeschluss vom 09.07.1995 – 2 BvR 1180/94, juris-Rn. 14; *von Ungern-Sternberg*, in: Walter, BeckOK BVerfGG, § 95 Rn. 17 f.; *Hömig*, in: Maunz, BVerfGG, Teil B, 01/2017, § 95 Rn. 28 m.w.N.; *Lenz/Hansel,* Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 95 Rn. 20 ff.; zu Besonderheiten bei einer Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG: *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Band VI, 09/2016, Art. 103 Abs. 1 IV. Rn. 112 ff.

2838 *BVerfG,* Nichtannahmebeschluss vom 20.05.2021 – 2 BvR 2595/16, juris-Orientierungssatz Nr. 1a und Rn. 16 m.w.N.; *von Ungern-Sternberg*, in: Walter, BeckOK BVerfGG, § 95 Rn. 24; *von Ungern-Sternberg*, in: Walter, BeckOK BVerfGG, § 31 Rn. 7 und 42 f.; *Lenz/Hansel,* Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 31 Rn. 35; *Paulus,* in: von Münch/Kunig, GG, Band 2, Art. 94 Rn. 102.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Zusammenfassung

Das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) sind im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit bedeutsam, weil bestimmte tatsächlich-normative Vorschriften in der Gestalt von generellen Tatsachen vor dem Hintergrund des Vorbehalts des Gesetzes, des Demokratieprinzips und des Prinzips der Gewaltenteilung kritisch einzuordnen sind.[2839] Des Weiteren wurde eine Verletzung einzelner Verfahrensgrundrechte durch das *BSG* bei der Feststellung von generellen Tatsachen oder Einzeltatsachen im Krankenversicherungsrecht und Vertragsarztrecht diskutiert und aufgezeigt wie Rechtsschutz dagegen erfolgen kann.[2840]

2839 I. I.
2840 I. II. 2. a., I. II. 2. c. und I. II. 2. d.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

J. Schluss

Im dem diese Arbeit abschließenden Kapitel werden die eingangs aufgeworfenen Fragen beantwortet, indem die im Laufe der Arbeit herausgearbeiteten Thesen zusammengefasst werden (I.). Daran anschließend wird ein Ausblick gegeben (II.).

I. Ergebnisse der Arbeit in Thesen

Die mit dieser Untersuchung verfolgte Hauptfrage lautet: Wie finden generelle Tatsachen Eingang in den Prozess der Rechtsanwendung im Revisionsverfahren vor dem *BSG* und welche verfahrensrechtlichen und verfassungsrechtlichen Folgen ergeben sich daraus.[2841] Um diese Frage zu beantworten, ist zunächst auf die Anwendung von Rechtsnormen einzugehen (1.). Sodann sind die Ergebnisse zur Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BSG* sowie die damit zusammenhängenden verfahrensrechtlichen Folgen zusammenzufassen (2.), um daran anknüpfend die daraus abzuleitenden verfassungsrechtlichen Folgen aufzuzeigen (3.).

1. Anwendung von Rechtsnormen

Grundsätzlich ergibt sich aus den §§ 160, 162, 163 und 170 Abs. 2 SGG eine Kompetenzbeschreibung bzw. eine Funktionszuweisung für das *BSG* im Verhältnis zu den Instanzgerichten. So sind die Instanzgerichte sowohl für die Erforschung des Sachverhalts[2842] (Tatsachenfrage)[2843] als auch für die Rechtsanwendung (Rechtsfragen)[2844] zuständig. Die Revision hingegen entscheidet lediglich über Rechtsfragen.[2845] Die Rechtsanwendung umfasst Auslegung und Subsumtion[2846] und erstreckt sich auf normativ-verbindli-

2841 A. II.
2842 E. II. 2.
2843 C. III. 2. b.
2844 C. III. 2. a.
2845 E. III. 9. und E. IV.
2846 C. II. 1. a. cc. und C. III. 2. c.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

che Rechtsnormen („sollen")[2847]. Von normativ-verbindlichen Rechtsnormen sind Tatsachen („sein")[2848] abzugrenzen, die erhoben und gewürdigt werden.[2849] Rechtsanwendung ist produktive Rechtsnormerzeugung bei welcher der rechtsanwendende Jurist fallbezogen handelt und deshalb seine Entscheidung begründen muss[2850].[2851] Kurz gesprochen geht es um die wirklichkeitsbezogene Rechtsanwendung im Sinne von produktiver Rechtsnormerzeugung, oftmals unter Einbezug von generellen Tatsachen als nicht normativ-verbindliche Aussagesätze[2852]. Das zeigt sich daran, dass die normative Auslegung um die tatsachenbasierte Auslegung unter Rückgriff auf generelle Tatsachen ergänzt wird.[2853] Weiterhin werden neben Einzeltatsachen auch generelle Tatsachen unter Normen subsumiert.[2854] Dieser Einbezug von generellen Tatsachen in den Rechtsanwendungsakt (Rechtsfrage) ist zu trennen von der Erhebungs- und Feststellungstätigkeit genereller Tatsachen (Sachverhaltserforschung) durch das *BSG*, welche zur Tatsachenfrage zu zählen ist. Die hier unterstellte theoretische Abgrenzung zwischen Rechtsfragen und Tatsachenfragen stößt damit bei der praktischen Rechtsarbeit an ihre Grenzen, weil die Beweiswürdigung und ggf. auch die Beweiserhebung von generellen Tatsachen jeweils in die tatsachengestützte Auslegung und Subsumtion von generellen Tatsachen übergehen.[2855] Die Erhebung und Feststellung von generellen Tatsachen zur Auslegung und Subsumtion durch das *BSG* durchbricht insofern die in § 163 SGG angelegte Trennung von Rechts- und Tatsachenfrage.[2856] Diese Feststellungsbefugnis des *BSG* ist jedoch gemäß § 160 Abs. 2, § 128 Abs. 1 SGG in einem zugelassenen Revisionsverfahren zulässig.[2857]

2847 C. I. 2.
2848 C. I. 3.
2849 C.
2850 C. II. 2. b. bb.
2851 C. II. 2.
2852 F. II. und F. IV. 1. c.
2853 C. II. 1. b. und F. IV. 2. b. aa.
2854 C. II. 1. a. bb. (2) und F. IV. 2. b. bb.; in Bezug auf die alleinige Subsumtion von generellen Tatsachen: G. II. 3. g. bb. (1) (i) und H. II. 1. c. aa.; in Bezug auf die die Subsumtion von Einzeltatsachen ergänzende Subsumtion von generellen Tatsachen: G. II. 3. a. cc., G. II. 3. c. cc. (3), G. II. 3. d. aa. (2), G. II. 3. h. bb. und H. II. 4. c. ee.
2855 F. IV. 2. b. cc.
2856 F. IV. 2.
2857 F. IV. 1. a. und F. IV. 1. b.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BSG*

a. Exemplarische Auswertung der Rechtsprechung aus dem öffentlichen Recht und dem Zivilrecht

Generelle Tatsachen werden vom *BSG* im Rahmen der Rechtsanwendung zur Auslegung und zur Subsumtion zum Teil auch mit eigenständiger Beweiserhebung festgestellt (§ 128 Abs. 1 SGG). Dies konnte anhand einer exemplarischen Auswertung der Rechtsprechung einzelner Senate des *BSG* gezeigt werden.[2858] Darüber hinaus konnte gezeigt werden, dass auch in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung[2859], der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung[2860], der strafgerichtlichen Rechtsprechung[2861] und der zivilgerichtlichen Rechtsprechung[2862] die Feststellung von generellen Tatsachen oder von ähnlichen generellen Tatsachenarten eine Bedeutung hat, indem sie, meist auf der Grundlage von wissenschaftlichen Erkenntnissen, vom jeweiligen Revisionsgericht festgestellt und in die Rechtsanwendung einbezogen werden.[2863]

b. Analyse der Rechtsprechung des *BSG* zum Off-Label-Use von Arzneimitteln

Für den Fall, dass das *BSG* generelle Tatsachen feststellt, ist über § 165 SGG das formelle Beweisrecht auch in der Revisionsinstanz anzuwenden. Dadurch ist auch in ausreichendem Umfang Rechtsschutz gegen die fehlerhafte Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* gegeben.[2864] Durch die Analyse der Rechtsprechung des *BSG* zum Off-Label-Use von Arzneimitteln konnte herausgearbeitet werden, dass auf diesem Gebiet wissenschaftlich-medizinische Erkenntnisse[2865] und daraus abgeleitete generelle Tatsachen[2866] oftmals im Rahmen der Rechtsanwendung benötigt

2858 G. II. 3. und G. II. 5. c.; ebenso: F. IV.
2859 G. II. 1.
2860 G. II. 2.
2861 G. II. 4.
2862 G. III.
2863 G. II. 5. a., G. II. 5. b., G. II. 5. d. und G. III. 3.
2864 F. VII. und F. VIII.
2865 Zu den verschiedenen Erkenntnisgrundlagen genereller Tatsachen: F. I., F. II., G. II. 5. c. bb. und H. IV. 2.
2866 F. II. 2. d.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und durch das *BSG* im 1. und 6. Senat in nicht geringem Umfang festgestellt werden (§ 128 Abs. 1 SGG).[2867] Zumindest im für das Krankenversicherungsrecht zuständigen 1. Senat erfolgt dies auch vereinzelt mit einer eigenen Beweiserhebung.[2868] Dabei ist durchaus zu konstatieren, dass generelle Tatsachen häufig zur Subsumtion und nicht nur zur Rechtsauslegung festgestellt werden.[2869] Durch die Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* wird die vollständige oder unvollständige Beweiswürdigung und Feststellung von generellen Tatsachen durch die Tatsacheninstanz durch das *BSG* überprüft und entweder bestätigt, ergänzt und/oder ersetzt (§ 128 Abs. 1 SGG).[2870] Das kann auch dazu führen, dass eine im Vergleich zur Tatsacheninstanz ausführlichere Sachverhaltserforschung durch das *BSG* mittels der Feststellung genereller Tatsachen ein anderes Ergebnis in der Sache hervorruft.[2871] Die Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* hat damit durchaus ihre Berechtigung, wenn die Rechtsanwendung und die Rechtsprechung vereinheitlicht werden und damit prozessökonomische Vorteile verbunden sind (§ 160 Abs. 2, § 128 Abs. 1 SGG).[2872] Gleichzeitig konnte gezeigt werden, dass das *BSG* bei der Feststellung von generellen Tatsachen in gewissen Konstellationen uneinheitlich vorgeht, was keine Verletzung des formellen Beweisrechts des SGG durch das *BSG* zur Folge hat, aber gleichwohl dem Sinn und Zweck der Feststellung genereller Tatsachen zuwiderläuft und damit Rechtsunsicherheit zur Folge hat.[2873] Der Vergleich der Rechtsprechung aus dem 1. und 6. Senat des *BSG* mit der Rechtsprechung aus anderen Senaten des *BSG* hat neben herausgearbeiteten Gemeinsamkeiten[2874] auch aufgezeigt, dass in diesen anderen Senaten ein anderes begriffliches Verständnis von generellen Tatsachen herrscht und die Feststellung genereller Tatsachen anders gehandhabt wird.[2875] Weiterhin konnte gezeigt werden, dass das *BSG* in seiner Off-Label-Use-Rechtsprechung bei der Feststellung von generellen Tatsachen oder auch von

2867 H. II. und III.
2868 H. II. 5. a. aa.
2869 H. II. und H. III.; dazu anhand der exemplarischen Rechtsprechungsauswertung: G. II. 5. c. aa.
2870 H. II. 5. a. aa. und H. III. 4. a.; ebenso: F. IV. 2. a.
2871 So z.B. beim Prüfungspunkt der fehlenden Standardtherapiealternative i.S.v. § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V (H. II. 4. b. aa.) oder der indiziengestützten Erfolgsaussicht i.S.v. § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V (H. II. 4. c. cc.).
2872 F. VIII., H. II. 5. a. aa. und H. III. 4. a.
2873 H. II. 5. a. bb. und H. IV. 1.
2874 H. II. 5. a. und H. III. 4. a. sowie G. II. 5. c. aa.
2875 H. IV. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einzeltatsachen teilweise Verfahrensrecht verletzt. Konkret ist damit die Begründungspflicht des § 128 Abs. 1 S. 2 SGG[2876] angesprochen, welche den Gedanken der Begründung des Vorgangs der produktiven Rechtsnormerzeugung bzw. einer gerichtlichen Entscheidung im sozialgerichtlichen Verfahrensrecht umsetzt[2877]. Zudem ist damit die in § 163 und § 170 Abs. 2 S. 2 SGG normierte Aufgabenteilung zwischen den Instanzgerichten und dem *BSG*[2878] gemeint.[2879] Aufgrund der uneinheitlichen Vorgehensweise bei der Feststellung genereller Tatsachen und der Verletzung des formellen Beweisrechts durch das *BSG* ist über eine Grundsatzentscheidung des *Großen Senats* gemäß § 41 Abs. 4 SGG nachzudenken, damit die Feststellung von generellen Tatsachen auf einer gesicherten rechtlichen Grundlage erfolgt und einheitliche und nachvollziehbare Regeln für die Feststellung von Tatsachen dieser Art gelten.[2880]

c. Einordnung

In der Zusammenschau der unter a. und b. vorgestellten Ergebnisse ist die im Titel der vorliegenden Arbeit enthaltene These zu bestätigen, dass das *Bundessozialgericht* eine Tatsacheninstanz ist.

3. Verfassungsrechtliche Folgen

In dieser Untersuchung wurden generelle Tatsachen an sich (a.) sowie die Vorgehensweise des *BSG* bei der Feststellung von generellen Tatsachen oder von Einzeltatsachen in seiner Off-Label-Use-Rechtsprechung (b.) verfassungsrechtlich eingeordnet.[2881]

2876 H. II. 5. b. aa. und H. III. 4. b.
2877 E. II. 2. b. bb. (2) (i).
2878 H. II. 5. b. bb.
2879 H. IV. 1.
2880 H. IV. 1.
2881 I.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a. Generelle Tatsachen und Verfassungsrecht

Hierbei wurden zunächst generelle Tatsachen in der Form bestimmter tatsächlich-normativer Regelwerke aus dem Sozialrecht, Verwaltungsrecht und Zivilrecht in den Blick genommen. Die genannten Regelwerke wurden vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) und das Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) als problematisch eingestuft.[2882]

b. Rechtsschutz gegen die (fehlerhafte) Feststellung von generellen Tatsachen oder von Einzeltatsachen durch das *BSG* in seiner Off-Label-Use-Rechtsprechung

Wie in J. I. 2. b. gesagt, ziehen Fehler bei der Feststellung genereller Tatsachen oder die Feststellung von Einzeltatsachen durch das *BSG* verfahrensrechtliche Folgen (§ 128 SGG, § 163 und § 170 Abs. 2 S. 2 SGG) nach sich, welche auch eine verfassungsrechtliche Relevanz haben. In diesem Zusammenhang wird in dieser Arbeit gezeigt, in welchen Konstellationen aus der Verletzung der genannten verfahrensrechtlichen Normen Verstöße gegen einzelne Verfahrensgrundrechte aus Art. 19 Abs. 4 (effektiver Rechtsschutz)[2883], Art. 103 Abs. 1 (rechtliches Gehör)[2884] und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (gesetzlicher Richter)[2885] folgen oder folgen können und inwieweit dagegen Rechtsschutz gegeben ist.[2886]

II. Ausblick

Die Ergebnisse dieser Arbeit (I.) legen weitere Forschungsbedarfe offen. Dazu gehört zum einen der durch die exemplarische Auswertung der Rechtsprechung aus dem öffentlichen Recht und dem Zivilrecht hinsichtlich der Feststellung von generellen Tatsachen identifizierte Forschungsbedarf.[2887] Damit sind ungeklärte Fragen im Zusammenhang mit der

2882 I. I.
2883 I. II. 2. a.
2884 I. II. 2. b.
2885 I. II. 2. c.
2886 I. II.
2887 G.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Feststellung genereller Tatsachen in der Rechtsprechung einzelner Senate des *BSG*, unabhängig vom 1. und 6. Senat, gemeint.[2888] Ebenso konnten durch die exemplarische Untersuchung der Feststellung genereller Tatsachen durch die Revisionsinstanzen anderer Gerichtsbarkeiten, konkret der Verwaltungsgerichtsbarkeit[2889], der Strafgerichtsbarkeit[2890] und der Zivilgerichtsbarkeit[2891], weitere offene rechtswissenschaftliche Forschungsfragen formuliert werden. Zum anderen hat sich der Verfasser dieser Arbeit bei der Auswertung von Rechtsprechung und möglichen Tatsachenfeststellungen grundsätzlich auf die Entscheidungsgründe eines veröffentlichten Urteils gestützt[2892]. Da nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Entscheidungsgründe die Gründe einer gerichtlichen Entscheidung abschließend wiedergeben[2893], ist darüber nachzudenken, die Ergebnisse dieser Arbeit ggf. mit sozialwissenschaftlichen Methoden weiter zu erforschen. So werfen die uneinheitliche Feststellungstätigkeit und die uneinheitliche Anwendung des Prozessrechts durch das *BSG* bei der Feststellung genereller Tatsachen[2894] Fragen nach den Gründen hierfür auf. So könnte z.B. die unterschiedliche Besetzung der Senate mit den jeweiligen vorsitzenden Richtern, Berufsrichtern und ehrenamtlichen Richtern[2895], welche jeweils eigene politische Vorstellungen, Ansichten oder Vorverständnisse haben, eine Bedeutung haben. Zudem ändert sich die Besetzung der Senate gelegentlich[2896]. Auch Überlegungen, welche bestimmte Machtverhältnisse[2897] zwischen Revisionsgericht und Tatsachengericht in den Mittelpunkt rücken, sind hier einzubeziehen. Die genannten offenen Fragen sind Grundlage weiterer rechtssoziologischer Forschung und zeigen, dass die Beschäftigung mit dem *BSG* als Tatsacheninstanz und dem Einbezug genereller Tatsachen in die

2888 G. II. 5. c. aa. und H. IV. 1.
2889 G. II. 5. b. aa.
2890 G. II. 5. d.
2891 G. III. 3. b.
2892 Siehe: E. II. 2. b. aa. (1) (iii) β. und G. I. 3. und H. I.
2893 *Lautmann*, Justiz – die stille Gewalt, S. 11.
2894 J. I. 2. b.
2895 E. I. 3.
2896 *Flint*, Das Bundessozialgericht als Akteur im Gesundheitsrecht, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S. 429, 437 ff.
2897 Zu einer ersten Einführung zu einer Definition von Macht und verschiedenen Machttheorien sowie der Frage nach Machtstrukturen insbesondere innerhalb sozialer Institutionen: *Anter, Andreas,* Theorien der Macht zur Einführung, 6. Aufl., Hamburg 2024.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtsanwendung[2898] ein Untersuchungsfeld ist, welches nicht ausschließlich mit rechtswissenschaftlicher Forschung auskommt.

2898 Zu den Möglichkeiten und Grenzen der künstlichen Intelligenz (KI) in der Rechtsanwendung: *Schulz/Schmees*, Möglichkeiten und Grenzen der Künstlichen Intelligenz in der Rechtsanwendung, in: Augsberg/Folke Schuppert, Wissen und Recht, S. 561, 561 ff., insbesondere zu den Grenzen der KI bei der in dieser Arbeit vertetenen Rechtsanwendung als produktive Rechtsnormerzeugung, S. 577 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hinweise zu den Verzeichnissen

Im Folgenden werden drei Verzeichnisse aufgeführt: das Literaturverzeichnis, das Materialienverzeichnis I und das Materialienverzeichnis II. Dazu sind folgende Hinweise zu geben:

Literaturverzeichnis (Hinweis zu den Beck´schen Online-Kommentaren)

Grundsätzlich wird im Literaturverzeichnis die aktuelle Edition angegeben (Stichtag: 01.07.2025). Wenn sich die Kommentierung zu einer konkreten Rechtsnorm auf einen von der aktuellen Edition abweichenden Stand befindet, wird dies in der jeweiligen Fußnote separat kenntlich gemacht.

Hinweis zu Art. 93 bzw. Art. 94 GG

Mit Gesetz vom 20.12.2024[2899] ist Art. 93 GG mit seinen Zuständigkeitsregelungen in Art. 94 GG überführt worden. In Art. 94 GG wurde weiterhin Abs. 4 eingefügt, welcher Aussagen zur Wirkung der Entscheidungen des *BVerfG* trifft.[2900] Der Verfasser dieser Arbeit weist darauf hin, dass sich die in der Arbeit zitierte Kommentarliteratur zum Überarbeitungszeitpunkt der Dissertation (Juli 2025) noch überwiegend auf die alte Fassung des Art. 93 GG[2901] bezieht.

Materialien I

Die in diesem Verzeichnis aufgelisteten Quellen werden in der Arbeit vom Autor zitiert und in seine Ausführungen eingebunden.

2899 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 93 und 94) vom 20.12.2024 (BGBl. I, Nr. 439).

2900 *Paulus,* in: von Münch/Kunig, GG, Band 2, Art. 94 Rn. 1 und 102 ff.

2901 In der Fassung vom 11.07.2012 (BGBl. I, S. 1478).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Materialien II

Die nachfolgend aufgelisteten Quellen werden in der Arbeit entweder vom Autor der Arbeit als Grundlagen genereller Tatsachen eingeordnet oder von der Rechtsprechung in Bezug genommen. Die Materialien sind also als Veranschaulichung zu sehen, aus welchen Quellen sich generelle Tatsachen ergeben können.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Literaturverzeichnis

Adolphsen, Jens, Zivilprozessrecht, Reihe: NomosLehrbuch, 8. Aufl., Baden-Baden 2023.

Albrecht, Peter-Alexis, Überzeugungsbildung und Sachverständigenbeweis in der neueren strafrechtlichen Judikatur zur freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO), NStZ 1983, S. 486-493.

Alexy, Robert, Theorie der juristischen Argumentation, Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Frankfurt am Main 1978.

Alexy, Robert, Begriff und Geltung des Rechts, Erweiterte Neuausgabe, Freiburg, München 2020.

Anders, Monika/Gehle, Burkhard (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit GVG und anderen Nebengesetzen, Reihe: Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 1, 83. Aufl., München 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Anders/Gehle, ZPO, § Rn.).

Anter, Andreas, Theorien der Macht zur Einführung, 6. Aufl., Hamburg 2024.

Aquino, Thomas von, Summe der Theologie, Band 2: Die sittliche Weltordnung, herausgegeben von Bernhart, Joseph, Kröners Taschenausgabe, Band 106, 3. Aufl., Stuttgart 1985.

Aristoteles, Politik, herausgegeben von Schütrumpf, Eckart, Reihe: Philosophische Bibliothek, Band 616, Hamburg 2012.

Aristoteles, Nikomachische Ethik, übersetzt und herausgegeben von Wolf, Ursula, Schriftenreihe: rowohlts enzyklopädie, 4. Aufl., Hamburg 2013.

Augsberg, Ino, Grundfälle zu Art. 2 II 1 GG, JuS 1/2011, S. 28-34.

Augsberg, Ino (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht, Analysen und Perspektiven, Tübingen 2013.

Augsberg, Ino, Wissen und Recht – eine Problemskizze, in: Augsberg, Ino/Folke Schuppert, Gunnar (Hrsg.), Wissen und Recht, Reihe: Interdisziplinäre Studien zur Wissensgesellschaft, Band 1, Baden-Baden 2022, S. 15-35 (zitiert: *Augsberg*, Wissen und Recht – eine Problemskizze, in: Augsberg/Folke Schuppert, Wissen und Recht, S.).

Augsberg, Steffen, Kooperative Wissensgenerierung im Gesundheitsrecht, Zum Umgang der Sozialgerichte mit Evidenzbasierter Medizin, GesR 2012, S. 595-601.

Augustinus, Aurelius, Opera Werke, Band 9: De libero arbitrio – Der freie Wille, herausgegeben von Brachtendorf, Johannes/Drecoll, Volker Henning, B. Frühe philosophische Schriften, Paderborn 2006.

Axer, Peter, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, Ein Beitrag zu den Voraussetzungen und Grenzen untergesetzlicher Normsetzung im Staat des Grundgesetzes, Schriftenreihe: Jus Publicum, Beiträge zum Öffentlichen Recht, Band 49, Tübingen 2000.

Axer, Peter, Etatisierung der sozialen und gemeinsamen Selbstverwaltung?, Zugleich zum Grundsatz der maßvollen Ausübung der Rechtsaufsicht nach dem GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz, NZS 2017, S. 601-608.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Axer, Peter, Die Versorgung mit Arzneimitteln vor neuen Herausforderungen, SDSRV Band 67 2018, S. 77-104.

Baade, Hans W., Social Science Evidence and the Federal Constitutional Court of West Germany, The Journal of Politics 1961, S. 421-461.

Bader, Johann/Funke-Kaiser, Michael/Stuhlfauth, Thomas/Albedyll, Jörg von (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Reihe: Heidelberger Kommentar, 8. Aufl., Heidelberg 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Bader et al., VwGO, § Rn.).

Baer, Susanne, Rechtssoziologie, Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, Reihe: NomosLehrbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2023.

Baldschun, Katie/Klenk, Tanja, Warum eine interdisziplinäre Sozialrechtswissenschaft notwendig ist, Zur Entscheidung des BVerfG in Sachen Sanktionen im SGB II – Von plausiblen Annahmen und tragfähigen Erkenntnissen bei der Ausgestaltung eines einheitlich zu gewährleistenden Grundrecht, SR 2021, S. 75-87.

Barthe, Christoph/Gericke, Jan (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, mit GVG, EGGVG und EMRK, 9. Aufl., München 2023 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Barthe/Gericke, KK-StPO, Gesetz § Rn.).

Bartmann, Charlotte, Das Beweisrecht in den Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, Schriften zum Öffentlichen Recht (SÖR), Band 1437, Berlin 2020.

Baumann, Max, Recht – Sprache – Medien oder Die Notwendigkeit der interdisziplinären Öffnung der Rechtswissenschaft, LeGes 6 (1995) 3, S. 11-42.

Becker, Christian/Martenson, *Jule*, Asche zu Asche, Staub zu Staub – Wortlaut, möglicher Wortsinn und Sprachspielabhängigkeit von Bedeutung, Überlegungen anlässlich von BGH, Beschluss v. 30. 6. 2015 – 5 StR 71/15, JZ 2016, S. 779-786.

Becker, Peter, Die Nichtzulassungsbeschwerde zum BSG – Teil I, SGb 2007, S. 261-270.

Becker, Peter, Die Nichtzulassungsbeschwerde zum BSG – Teil II, SGb 2007, S. 328-335.

Becker, Peter, Das professionelle Gutachten – Anforderungen aus rechtlicher Sicht, MedSach 2008, S. 85-92.

Becker, Peter, Stellenwert von Leitlinien und antizipierten Sachverständigengutachten bei der arbeitsmedizinischen Begutachtung, ASUMed 2009, S. 592-597.

Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten (Hrsg.), SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, Reihe: Gelbe Erläuterungsbücher, 9. Aufl., München 2024 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Becker/Kingreen, SGB V, § Rn.).

Bender, Rolf/Nack, Armin/Treuer, Wolf-Dieter (Begr.), Tatsachenfeststellung vor Gericht, Glaubhaftigkeits- und Beweislehre, Vernehmungslehre, 6. Aufl., München 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Rn.).

Benz, Wolfgang/Hermann, Graml/Weiß, Hermann (Hrsg.), Enzyklopädie des Nationalsozialismus, 5. Aufl., München 2007 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Benz/Graml/Weiß, Enzyklopädie des Nationalsozialismus, Stichwort, S.).

Berchtold, Josef (Hrsg.), Sozialgerichtsgesetz, Handkommentar, Reihe: NomosKommentar, 6. Aufl., Baden-Baden 2021 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Berchtold, SGG, § Rn.).

Berchtold, Josef, Verwertung von Verwaltungsgutachten in Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit (Teil 2), ASR 2021, S. 246-250.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Berchtold, Josef/Huster, Stefan/Rehborn, Martin (Hrsg.), Gesundheitsrecht, SGB V, SGB XI, Reihe: NomosKommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2018 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, Gesetz § Rn.).

Berchtold, Josef /Karmanski, Carsten/Richter, Ronald (Hrsg.), Prozesse in Sozialsachen, Verfahren, Beitrag, Leistung, 3. Aufl., Baden-Baden 2024 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Berchtold/Karmanski/Richter, Prozesse in Sozialsachen, § Rn.).

Bergbohm, Karl, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Kritische Abhandlungen, Erster Band: Einleitung. – Erste Abhandlung: Das Naturrecht der Gegenwart, Unveränderter Neudruck der Ausgabe Leipzig 1892, Glashütten 1973.

Bergmann, Karl Otto/Pauge, Burkhard/Steinmeyer, Heinz-Dietrich (Hrsg.), Gesamtes Medizinrecht, Kommentar, Reihe: NomosKommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2024 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, Gesetz § Rn.).

Bieresborn, Dirk (Hrsg.), Einführung in die medizinische Sachverständigentätigkeit vor Sozialgerichten, Ein Handbuch für medizinische Gutachter, Rechtsanwälte, Richter und Mitarbeiter in Sozialversicherungen und Verwaltungen, Frankfurt am Main 2015 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Bieresborn, Einführung in die medizinische Sachverständigentätigkeit vor Sozialgerichten, Kapitel S.).

Bieresborn, Dirk, Berufskrankheiten: Kausalität, Dosismodelle und Konsensempfehlungen (Teil I), SGb 2016, S. 310-320.

Bieresborn, Dirk, Berufskrankheiten: Kausalität, Dosismodelle und Konsensempfehlungen (Teil II), SGb 2016, S. 379-385.

Bierling, Ernst Rudolf, Juristische Prinzipienlehre, Band 4, 2. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1911, Aalen 1979.

Bockholdt, Frank, Die „Nikolaus-Rechtsprechung" des BVerfG – Eine Bestandsaufnahme, Zugleich Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 11. April 2017 – 1 BvR 452/17, NZS 2017, S. 569-577.

Bockholdt, Frank, Versorgung mit intravenösen Immunglobulinen (IVIG) bei rezidivierenden Pneumonien wegen eines Antikörpermangelsyndroms, NZS 2018, S. 546.

Bockholdt, Frank, Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der gesetzlichen Krankenversicherung – ein „Totschlagargument"?, in: Meßling, Miriam/Voelzke, Thomas (Hrsg.), Die Zukunft des Rechts- und Sozialstaats, Festschrift für Rainer Schlegel, München 2024, S. 377-389 (zitiert: *Bockholdt*, Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der gesetzlichen Krankenversicherung – ein „Totschlagargument"?, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S.).

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529-1538.

Bötticher, Eduard, Die Gleichheit vor dem Richter: Rede anlässlich der Feier des Rektorswechsels am 11. November 1953, Reihe: Hamburger Universitätsreden, Band 16, Hamburg 1954.

Braun, Johann, Einführung in die Rechtswissenschaft, Reihe: Mohr Siebeck Lehrbuch – MLB, 4. Aufl., Tübingen 2011.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Brettel, Hauke/Vogt, Helmut, Ärztliche Begutachtung im Sozialrecht, Ein Praxisleitfaden für den medizinischen Sachverständigen und seine Auftraggeber, 4. Aufl., Landsberg am Lech 2024.

Breuer, Rüdiger, Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung, AöR 101 (1976), S. 46-88.

Brieger, Peter/Menzel, Susanne/Hamann, Johannes, Wird die Rolle von psychischen Erkrankungen beim Suizid überbewertet?, Bundesgesundheitsblatt 65/2022, S. 25-29.

Brockmann, Judith, Die Einbeziehung nicht-juristischer Wissensbestände in sozialrechtliche Entscheidungen, SDSRV Band 65 2015, S. 73-104.

Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS), Forschungsbericht zur Evaluierung des novellierten Behindertengleichstellungsgesetzes (BGG), erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, 2022, abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Teilhabe/bgg-bericht.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Bydlinski, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Nachdruck der Ausgabe 2011, Wien 2020.

Bydlinski, Peter, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Reihe: UTB basics, 4. Aufl., Wien 2023.

Christensen, Ralph, Was heißt Gesetzesbindung?, Eine rechtslinguistische Untersuchung, Schriftenreihe: Schriften zur Rechtstheorie, Heft 140, Berlin 1989.

Christensen, Ralph/Kudlich, Hans, Theorie richterlichen Begründens, Schriftenreihe: Schriften zur Rechtstheorie, Heft 203, Berlin 2001.

Cicero, Marcus Tullius, Der Staat, De re publica, herausgegeben von Nickel, Rainer, Tusculum Studienausgabe, Berlin 2012.

Clemens, Thomas, Zulässigkeit von Arzneimittelverordnungen und Kostenregresse gegen Ärzte - Off-Label-Use und Unlicensed Use, GesR 2011, S. 397-409.

Collin, Peter, Entscheidungswissen in Gerichten mit Laienbeteiligung – rechtshistorische Perspektiven, in: Augsberg, Ino/Folke Schuppert, Gunnar (Hrsg.), Wissen und Recht, Reihe: Interdisziplinäre Studien zur Wissensgesellschaft, Band 1, Baden-Baden 2022, S. 219-257 (zitiert: *Collin*, Entscheidungswissen in Gerichten mit Laienbeteiligung – rechtshistorische Perspektiven, in: Augsberg/Folke Schuppert, Wissen und Recht, S.).

Dau, Dirk H., Anhaltspunkte durch „Versorgungsmedizinische Grundsätze" ersetzt, jurisPR-SozR 4/2009, Anm. 4.

Deckert, Martina R., Die Methodik der Gesetzesauslegung, JA 1994, S. 412-419.

Detterbeck, Steffen, Öffentliches Recht, Staatsrecht, Verwaltungsrecht, Verwaltungsprozessrecht und Europarecht mit Übungsfällen, Das Basislehrbuch, 13. Aufl., München 2025.

Dettling, Heinz-Uwe/Böhnke, Ocka Anna/Niedziolka, Katharina, Rohstoffe, Ausgangsstoffe und Arzneimittel, A&R 2013, S. 147-165.

Diering, Björn/Timme, Hinnerk/Stähler, Thomas P. (Hrsg.), Sozialgesetzbuch X, Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz, Lehr- und Praxiskommentar, Reihe: NomosKommentar, 6. Aufl., Baden-Baden 2022 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Diering/Timme/Stähler, LPK-SGB X, § Rn.).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Di Fabio, Udo, Verwaltungsvorschriften als ausgeübte Beurteilungsermächtigung – Plädoyer für eine Neubestimmung der normkonkretisierenden Veraltungsvorschriften im System der Rechtsquellen –, DVBl. 1992, S. 1338-1346.

Dillbahner, Alice/Viehmeier, Sarah/Welti, Felix, Das Sozialrecht in der akademischen Lehre außerhalb der klassischen Juristenausbildung, SDSRV Band 65 2015, S. 171-179.

Dölling, Dieter/Duttge, Gunnar/König, Stefan/Rössner, Dieter (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, StGB, StPO, Nebengesetze, Handkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Dölling et al., Gesamtes Strafrecht, Gesetz § Rn.).

Dohna, Alexander Graf zu, Das Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Berlin 1929.

Dreher, Wolfgang, Rechtsbegriff und Rechtstatsache – dargestellt am Beispiel der „üblicherweise noch zu Fuß zurückgelegten Wegstrecke" im Sinne von § 58 Abs. 1 SchwbG, ZfS 1986, S. 65-72.

Dreher, Wolfgang, Grundsätzliche Überlegungen zur sozialrechtlichen Rechtstatsachenforschung, in: Schulin, Bertram/Dreher, Wolfgang (Hrsg.), Sozialrechtliche Rechtstatsachenforschung – Probleme und Perspektiven, Kolloquium des Instituts für Rechtstatsachenforschung der Universität Konstanz am 7. Februar 1986, Schriftenreihe: Konstanzer Schriften zur Rechtstatsachenforschung, Band 3, 2. Aufl., Konstanz 1998, S. 21-28 (zitiert: *Dreher*, Grundsätzliche Überlegungen zur sozialrechtlichen Rechtstatsachenforschung, in: Schulin/Dreher, Sozialrechtliche Rechtstatsachenforschung – Probleme und Perspektiven, S.).

Dreher, Wolfgang, Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: Wulffen, Matthias von/Krasney, Otto Ernst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, Köln, Berlin, München 2004, S. 791-811 (zitiert: *Dreher*, Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S.).

Dreier, Horst, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, JZ 1997, S. 421-434.

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band II: Art. 20-82, 3. Aufl., Tübingen 2015 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Dreier, GG, Band II, Art. Rn.).

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band III: Art. 83-146, 3. Aufl., Tübingen 2018 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Dreier, GG, Band III, Art. Rn.).

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band I: Präambel, Vorbemerkungen, Art. 1-19, 4. Aufl., Tübingen 2023 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Dreier, GG, Band I, Art. Rn.).

Dreier, Ralf, Zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, in: Schöneburg, Volkmar (Hrsg.), Philosophie des Rechts und das Recht der Philosophie: Festschrift für Hermann Klenner, Reihe: Philosophie und Geschichte der Wissenschaften, Studien und Quellen, Band 16, Frankfurt am Main 1992, S. 15-28 (zitiert: *Dreier*, Zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, in: Schöneburg, FS Klenner, S.).

Dreier, Ralf/Paulson Stanley L., Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs, in: Dreier, Ralf/Paulson, Stanley L. (Hrsg.), Gustav Radbruch Rechtsphilosophie, Studienausgabe, Reihe: C.F. Müller Wissenschaft, 2. Aufl., Heidelberg u.a. 2003, S. 237-253 (zitiert: *Dreier/Paulson*, Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs, in: Dreier/Paulson, Gustav Radbruch Rechtsphilosophie, S.).

Duske, Klaus, Die Aufgaben der Revision, Marburg 1960.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ebsen, Ingwer, Brauchen die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses eine neue rechtliche Fundierung?, MedR 2018, S. 931-939.

Ehmann, Frank/Karmanski, Carsten/Kuhn-Zuber, Gabriele (Hrsg.), Gesamtkommentar Sozialrechtsberatung, 3. Aufl., Baden-Baden 2023 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Ehmann/Karmanski/Kuhn-Zuber, Gesamtkommentar SRB, Gesetz § Rn.).

Ehrlich, Eugen, Grundlegung der Soziologie des Rechts, begründet von Hirsch, Ernst E., herausgegeben von Rehbinder, Manfred, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Band 69, 5. Aufl., Berlin 2022.

Eichenhofer, Eberhard, 40 Jahre Sozialgerichtsbarkeit aus der Sicht der Universität, SGb 1994, S. 206-211.

Eichenhofer, Eberhard, Bedeutung und Folgen sozialer Rechte des SGB I – zugleich eine Erwiderung auf Wolfgang Fichtes Replik (abgedruckt in diesem Heft S. 492 ff.) –, SGb 2011, S. 511-513.

Eichenhofer, Eberhard, Ethische Maßstäbe für Sozialgerichtsentscheidungen, SGb 2021, S. 275-279.

Eichenhofer, Eberhard, Soziales Recht, SR 2022, S. 170-192.

Eichenhofer, Eberhard, Sozialstaat, Sozialrecht und soziale Rechte, in: Meßling, Miriam/Voelzke, Thomas (Hrsg.), Die Zukunft des Rechts- und Sozialstaats, Festschrift für Rainer Schlegel, München 2024, S. 117-128 (zitiert: *Eichenhofer*, Sozialstaat, Sozialrecht und soziale Rechte, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S.).

Eicher, Wolfgang, Generelle Tatsachen in der Revisionsinstanz – Eine Darstellung anhand des sozialgerichtlichen Verfahrens –, SGb 1986, S. 501-507.

Eisenberg, Ulrich, Rekrutenbefragung und beweisrechtlicher Erfahrungssatz, NStZ 2010, S. 125-127.

Ellscheid, Günter, Strukturen naturrechtlichen Denkens, in: Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Saliger, Frank (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Reihe: Schwerpunktbereich, 9. Aufl., Heidelberg 2016, S. 143-200 (zitiert: *Ellscheid*, Strukturen naturrechtlichen Denkens, in: Hassemer/Neumann/Saliger, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S.).

Enderlein, Wolfgang, Der Begriff "allgemein anerkannter Stand der medizinischen Erkenntnisse" im SGB V, VSSR 1992, S. 123-147.

Engelmann, Klaus, Die Kontrolle medizinischer Standards durch die Sozialgerichtsbarkeit, Zur Anerkennung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden und zur Stellung des IQWiG, MedR 2006, S. 245-259.

Engisch, Karl, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse, Jahrgang 1960, I. Abhandlung, 3. Aufl., Heidelberg 1963.

Engisch, Karl, Beiträge zur Rechtstheorie, herausgegeben von Bockelmann, Paul/Kaufmann, Arthur/Klug, Ulrich, Reihe: Juristische Abhandlungen, Band 18, Frankfurt am Main 1984.

Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, herausgegeben und bearbeitet von Würtenberger, Thomas/Otto, Dirk, Reihe: Urban-Taschenbücher, Band 20, 13. Aufl., Stuttgart 2024.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Engländer, Armin, Diskurs als Rechtsquelle?, Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, Reihe: Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften, Studien in den Grenzbereichen der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Band 125, Tübingen 2002.

Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck´scher Online-Kommentar Grundgesetz, 62. Edition, München, Stand: 15.06.2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. Rn.).

Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Band 6: §§ 298-358, 4. Aufl., München 2022 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Erb/Schäfer, MünchKomm StGB, Band 6, § Rn.).

Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Band 7: Nebenstrafrecht I, Strafvorschriften aus: AMG, AntiDopG, BtMG, BtMVV, GÜG, NpSG, TPG, TFG, GenTG, TierSchG, BNatSchG, VereinsG, VersammlG, JGG (Auszug), 4. Aufl., München 2022 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Erb/Schäfer, MünchKomm StGB, Band 7, §/Kapitel Rn.).

Erbs, Georg/Kohlhaas, Max (Begr.)/*Häberle, Peter* (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, Loseblatt-Kommentar, Band 1, Werkstand: 256. Ergänzungslieferung, 02/2025, Reihe: Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 17, München 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Band 1, Ergänzungslieferung, Gesetz § Rn.).

Ertl, Kilian, Der allgemein anerkannte Stand der medizinischen Erkenntnisse – Ein Maßstab zwischen faktischer Anerkennung und evidenzbasierter Methodenbewertung –, NZS 2016, S. 889-896.

Evers, Hans-Ulrich, Zum unkritischen Naturrechtsbewußtsein in der Rechtsprechung der Gegenwart, JZ 1961, S. 241-248.

Fastrich, Lorenz, Revisibilität der Ermittlung ausländischen Rechts, ZZP 1984, S. 423-445.

Fehling, Michael/Kastner, Berthold/Störmer, Rainer (Hrsg.), Verwaltungsrecht, VwVfG, VwGO, Nebengesetze, Handkommentar, Reihe: NomosKommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2021 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Fehling/Kastner/Störmer, VerwR, Gesetz § Rn.).

Fichte, Wolfgang/Jüttner, Andreas (Hrsg.), SGG, Sozialgerichtsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., Berlin 2020 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Fichte/Jüttner, SGG, § Rn.).

Fleischer, Holger, Europäische Methodenlehre: Stand und Perspektiven, RabelsZ 2011, S. 700-729.

Flint, Thomas, Das Bundessozialgericht als Akteur im Gesundheitsrecht, Antrittsvorlesung an der Universität Hamburg, in: Meßling, Miriam/Voelzke, Thomas (Hrsg.), Die Zukunft des Rechts- und Sozialstaats, Festschrift für Rainer Schlegel, München 2024, S. 429-440 (zitiert: *Flint*, Das Bundessozialgericht als Akteur im Gesundheitsrecht, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S.).

Foerste, Ulrich, Zum Umgang des Revisionsgerichts mit Erfahrungssätzen, in: Meller-Hannich, Caroline/Haertlein, Lutz/Gaul, Hans Friedrich/Becker-Eberhard, Ekkehard (Hrsg.), Rechtslage – Rechtserkenntnis – Rechtsdurchsetzung: Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, München 2015, S. 261-274 (zitiert: *Foerste*, Zum Umgang des Revisionsgerichts mit Erfahrungssätzen, in: Meller-Hannich et al., FS Schilken, S.).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Francke, Joachim/Gagel Alexander/Bieresborn, Dirk (Hrsg.), Der Sachverständigenbeweis im Sozialrecht, Inhalt und Überprüfung medizinischer Gutachten, Reihe: NomosPraxis, 2. Aufl., Baden-Baden 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Francke/Gagel/Bieresborn, Der Sachverständigenbeweis im Sozialrecht, § Rn.).

Francke, Robert, Die regulatorischen Strukturen der Arzneimittelversorgung nach dem SGB V, MedR 2006, S. 683-692.

Francke, Robert/Hart, Dieter, Off Label Use, Arzneimittelrechtliche, haftungsrechtliche, berufsrechtliche und sozialrechtliche Fragen, SGb 2003, 653-664.

Francke, Robert/Hart, Dieter, Bewertungskriterien und -methoden nach dem SGB V, MedR 2008, 2-24.

Früh, Andreas, Juristisch auslegen, argumentieren und überzeugen, JuS 10/2021, S. 905-913.

Gärditz, Klaus Ferdinand, Gerichtliche Feststellung genereller Tatsachen (legislative facts) im Öffentlichen Recht, in: Paeffgen, Hans-Ullrich/Böse, Martin/Kindhäuser, Urs/Stübinger, Stephan/Verrel, Torsten/Zaczyk, Rainer (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 1557-1578 (zitiert: *Gärditz*, Gerichtliche Feststellung genereller Tatsachen (legislative facts) im Öffentlichen Recht, in: Paeffgen et al., FS Puppe, S.).

Gassner, Ulrich M./Holzner, Thomas, Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Legitimation des G-BA, Endbericht erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit (Referat 213), 2017, abrufbar unter https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5_Publikationen/Ministerium/Berichte/Gutachten_Prof._Gassner_zur_Legitimation_G-BA.PDF (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Geiger, Theodor, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, herausgegeben von Rehbinder, Manfred, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Band 65, 4. Aufl., Berlin 1987.

Gercke, Björn/Temming, Dieter/Zöller Mark A. (Hrsg.), Strafprozessordnung, Reihe: Heidelberger Kommentar, 7. Aufl., Heidelberg 2023 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Gercke/Temming/Zöller, StPO, § Rn.).

Gerlach, Manfred/Renner, Tobias/Romanos, Marcel, Besonderheiten und Probleme der Psychopharmakologie im Kindes- und Jugendalter, Bundesgesundheitsblatt 66/2023, S. 761–766.

Gern, Alfons, Die Rangfolge der Auslegungsmethoden von Rechtsnormen, VerwArch 1989, S. 415-436.

Gierke, Otto von, Deutsches Privatrecht, Band 1, Allgemeiner Teil und Personenrecht, Reihe: Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Zweite Abteilung, dritter Teil, Leipzig 1895.

Giesberts, Ludger/Reinhardt, Michael (Hrsg.), Beck´scher Online-Kommentar Umweltrecht, 74. Edition, München, Stand: 01.04.2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, Gesetz § Rn.).

Gloy, Karen, Wahrheitstheorien, eine Einführung, Tübingen u.a. 2004.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Goebel, Joachim, Rechtsgespräch und kreativer Dissens, Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der Sprache in der interpretativen Praxis des Zivilprozesses, Schriftenreihe: Schriften zur Rechtstheorie, Heft 200, Berlin 2001.

Goecke, Klaus, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Leistungspflicht der Krankenkassen beim Off-Label-Use von Arzneimitteln, NZS 2006, S. 291–297.

Gottwald, Peter, Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, Schriftenreihe: Schriften zum Prozessrecht, Band 38, Berlin 1975.

Gräber, Fritz (Begr.), Finanzgerichtsordnung mit Nebengesetzen, Kommentar, Reihe: Gelbe Erläuterungsbücher, 9. Aufl., München 2019 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Gräber, FGO, § Rn.).

Graf, Jürgen (Hrsg.), Beck´scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, 56. Edition, München, Stand: 01.07.2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Graf, BeckOK StPO, § Rn.).

Grave, Helmut/Mühle, Hans-Jochen, Denkgesetze und Erfahrungssätze als Prüfmaßstab im Revisionsverfahren, MDR 1975, S. 274-279.

Greiner, Stefan/Benedix, Mathias, Struktur und Systematik des Wirtschaftlichkeitsgebotes im SGB V, SGb 2013, S. 1-6.

Grimm, Dieter (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, Erster Band, Soziologie, Politik, Verwaltung, Wirtschaft, Psychologie, Kriminologie, Reihe: Beck´sche Schwarze Reihe, Band 142, 2. Aufl., München 1976.

Grimm, Dieter, Staatsrechtslehre und Politikwissenschaft, in: Grimm, Dieter (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, Erster Band, Soziologie, Politik, Verwaltung, Wirtschaft, Psychologie, Kriminologie, Reihe: Beck´sche Schwarze Reihe, Band 142, 2. Aufl., München 1976, S. 53-67 (zitiert: *Grimm*, Staatsrechtslehre und Politikwissenschaft, in: Grimm, Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, S.).

Grimm, Jacob/Grimm, Wilhelm, Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm, herausgegeben vom Kompetenzzentrum - Trier Center for Digital Humanities, Trier 2024, abrufbar unter https://woerterbuchnetz.de/?sigle=DWB (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Gröschner, Rolf, Theorie und Praxis der juristischen Argumentation – Zugleich zu *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1978 –, JZ 1985, S. 170-174.

Groß, Thomas, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Begrenzungen für eine Selbstverwaltung der Justiz, ZRP 1999, S. 361-365.

Gruber, Joachim, Die Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte, ZRP 1992, S. 6-8.

Habermas, Jürgen, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Reihe: suhrkamp taschenbuch wissenschaft 1361, Frankfurt am Main 1998.

Habermas, Jürgen, Theorie des kommunikativen Handelns, Band 1, Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung, Reihe: suhrkamp taschenbuch wissenschaft 1175, 11. Aufl., Frankfurt am Main 2019.

Habermas, Jürgen, Theorie des kommunikativen Handelns, Band 2, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft, Reihe: suhrkamp taschenbuch wissenschaft 1175, 11. Aufl., Frankfurt am Main 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hänlein, Andreas, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, System und Legitimation untergesetzlicher Rechtsquellen des deutschen Sozialversicherungsrechts, Berlin 2001.

Hänlein, Andreas, Das Arbeitsförderungsrecht und die Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, SDSRV Band 65 2015, S. 105-127.

Hänlein, Andreas/Schuler, Rolf (Hrsg.), Sozialgesetzbuch V, Gesetzliche Krankenversicherung, Lehr- und Praxiskommentar, Reihe: NomosKommentar, 6. Aufl., Baden-Baden 2022 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § Rn.).

Haft, Fritjof, Juristische Rhetorik, 6. Aufl., Freiburg u.a. 1999.

Hanack, Ernst-Walter, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, Eine prozeßrechtliche Studie insbesondere zur Vorlegungspflicht und der Rechtsmittelzulässigkeit wegen Abweichung, Hamburg 1962.

Harenburg, Jan, Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis, Ein Beitrag zur Theorie der Rechtsdogmatik, Stuttgart 1986.

Hart, Dieter, Ärztliche Leitlinien – Definitionen, Funktionen, rechtliche Bewertungen, Gleichzeitig ein Beitrag zum medizinischen und rechtlichen Standardbegriff, MedR 1998, S. 8-16.

Hart, Dieter (Hrsg.), Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht, Recht und Empirie professioneller Normbildung, Reihe: Gesundheitsrecht und Gesundheitswissenschaften, Band 9, Baden-Baden 2005.

Hart, Dieter, Kongruenz und Kontinuität in der Entwicklung von Medizin und Medizinrecht, Evidenzbasierte Medizin, gemeinsame Entscheidungsfindung, Sicherheit, MedR 2015, S. 1-11.

Hart, Dieter, Medizinischer Standard und Patientenaufklärung zwischen Medizin- und Gesundheitsrecht. Kongruenz und Inkongruenz: Eine Kritik – zugleich Besprechung von BSG Az.: B 1 KR 20/19 R, MedR 2020, S. 895-899.

Hart, Herbert Lionel Adolphus, Recht und Moral, Drei Aufsätze, herausgegeben von Hoerster, Norbert, Reihe: Kleine Vandenhoeck-Reihe, Göttingen 1971.

Hart, Herbert Lionel Adolphus, Der Begriff des Rechts, Mit dem Postskriptum von 1994 und einem Nachwort von Christoph Möllers, Reihe: suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2009, Berlin 2011.

Hase, Friedhelm, Ärztliche Leitlinien und „medizinischer Standard", Überlegungen zur Berücksichtigung medizinischen Wissens im Privatrecht, GesR 2012, S. 601-604.

Hase, Friedhelm, Sozialrecht und die Integration gesellschaftlichen Wissens, in: Masuch, Peter/Spellbrink, Wolfgang/Becker Ulrich/Leibfried, Stephan (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Band 1: Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht, Eigenheiten und Zukunft von Sozialpolitik und Sozialrecht, Berlin 2014, S. 423-436 (zitiert: *Hase*, Sozialrecht und die Integration gesellschaftlichen Wissens, in: Masuch et al., Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Band 1, S.).

Hase, Friedhelm, Die Komplexität medizinischen Wissens und die Bedingungen rechtlicher Regelbildung und Entscheidungsfindung, SDSRV Band 65 2015, S. 31-39.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hase, Friedhelm, Die Komplexität des Wissens und die Legitimation rechtlicher Normsetzung: gesetzliche Entscheidung und untergesetzliche Regelbildung in der gesundheitlichen Versorgung, in: Buchner, Benedikt/Ladeur, Karl-Heinz (Hrsg.), Wissensgenerierung und -verarbeitung im Gesundheits- und Sozialrecht, Friedhelm Hase zum 65. Geburtstag, Tübingen 2016, S. 125-135 (zitiert: *Hase*, Die Komplexität des Wissens und die Legitimation rechtlicher Normsetzung: gesetzliche Entscheidung und untergesetzliche Regelbildung in der gesundheitlichen Versorgung, in: Buchner/Ladeur, Wissensgenerierung und -verarbeitung im Gesundheits- und Sozialrecht, S.).

Hase, Friedhelm, Die Legitimität der untergesetzlichen Regelbildung in der GKV, Zum Verfassungsstreit über die Normsetzung des G-BA, MedR 2018, S. 1-12.

Hase, Friedhelm, Die verfassungsrechtliche Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses: Die im Auftrag des BMG erstellten Rechtsgutachten, GuP 2019, S. 41-49.

Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), Beck´scher Online-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Edition, München, Stand: 01.05.2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, § Rn.).

Hauck, Ernst, Gestaltung des Leistungsrechts der gesetzlichen Krankenversicherung durch das Grundgesetz? – Auswirkungen des Beschlusses des BVerfG vom 6.12.2005, NJW 2007, S. 1320-1325.

Hauck, Ernst, Gesundheit aus richterlicher Sicht des BSG: Zur Bedeutung der Sozialstaatsforschung, in: Masuch, Peter/Spellbrink, Wolfgang/Becker Ulrich/Leibfried, Stephan (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Band 2: Bundessozialgericht und Sozialstaatsforschung, Richterliche Wissensgewinnung und Wissenschaft, Berlin 2015, S. 299-324 (zitiert: *Hauck*, Gesundheit aus richterlicher Sicht des BSG: Zur Bedeutung der Sozialstaatsforschung, in: Masuch et al., Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Band 2, S.).

Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang (Begr.)/*Oppermann, Dagmar* (Fortführung)/*Rademacker, Olaf* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Loseblatt-Kommentar, Band 1: Kommentierung ab § 1, Ergänzungslieferung: 08/2025, Berlin 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Hauck/Noftz, SGB V, Band 1, Ergänzungslieferung, § Rn.).

Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang (Begr.)/*Oppermann, Dagmar* (Fortführung)/*Rademacker, Olaf* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Loseblatt-Kommentar, Band 2: Kommentierung ab § 6, Ergänzungslieferung: 08/2025, Berlin 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Hauck/Noftz, SGB V, Band 2, Ergänzungslieferung, § Rn.).

Haueisen, Fritz, Der Verfahrensmangel als Revisionsgrund im sozialgerichtlichen Verfahren, NJW 1955, S. 1857-1861.

Haueisen, Fritz, Die freie Beweiswürdigung im sozialgerichtlichen Verfahren und ihre Grenzen, NJW 1959, S. 1348-1351.

Haueisen, Fritz, Zur Zulässigkeit tatsächlicher Feststellungen durch das Revisionsgericht – unter besonderer Berücksichtigung des sozialgerichtlichen Verfahrens, DOK 1969, S. 69-72.

Heinze, Christian, Verfahrensrechtliche Aspekte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland, RabelsZ 2016, S. 254-287.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Henke, Horst-Eberhard, Die Tatfrage, Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität, Reihe: Schriften zum Prozessrecht, Band 1, Berlin 1966.

Henke, Horst-Eberhard, Rechtsfrage oder Tatfrage – eine Frage ohne Antwort? Betrachtungen zum Revisionsrecht des deutschen Zivilprozesses, ZZP 1968, S. 196-251.

Henkel, Heinrich, Einführung in die Rechtsphilosophie, Grundlagen des Rechts, 2. Aufl., München 1977.

Hennig, Werner (Begr.)/*Hauck, Ernst/Behrend, Nicola* (Hrsg.), SGG, Sozialgerichtsgesetz, Kommentar mit Nebenrecht, Loseblatt-Kommentar, Band 2: Kommentar §§ 87-159, Werkstand: 58. Ergänzungslieferung, 12/2024, Hürth 2024 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Hennig, SGG, Band 2, Ergänzungslieferung, § Rn.).

Hennig, Werner (Begr.)/*Hauck, Ernst/Behrend, Nicola* (Hrsg.), SGG, Sozialgerichtsgesetz, Kommentar mit Nebenrecht, Loseblatt-Kommentar, Band 3: Kommentar §§ 160-223, Werkstand: 58. Ergänzungslieferung, 12/2024, Hürth 2024 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Hennig, SGG, Band 3, Ergänzungslieferung, § Rn.).

Henrichs, Birgit, Anmerkung zu *BSG,* Urteil vom 26.10.2004 – B 2 U 16/04 R, SGb 2005, S. 608-609.

Herberger, Maximilian/Simon, Dieter, Wissenschaftstheorie für Juristen, Logik – Semiotik – Erfahrungswissenschaften, Frankfurt am Main 1980.

Herdegen, Matthias, Europarecht, Reihe: Grundrisse des Rechts, 25. Aufl., München 2025.

Herdegen, Matthias, Völkerrecht, Reihe: Grundrisse des Rechts, 23. Aufl., München 2024.

Hergenröder, Curt Wolfgang, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, Schriftenreihe: Jus Privatum, Beiträge zum Privatrecht, Band 12, Tübingen 1995.

Herresthal, Carsten/Weiß, Johannes, Fälle zur Methodenlehre, Die juristische Methode in der Fallbearbeitung, Schriftenreihe der Juristischen Schulung, Band 209, 2. Aufl., München 2023.

Heß, Rainer/Burmann, Michael, Der Sachverständigenbeweis bei Haftpflichtprozessen, NJW 2019, S. 492-494.

Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995.

Hoecke, Mark van, Norm, Kontext und Entscheidung, Die Interpretationsfreiheit des Richters, Leuven 1988.

Höffe, Otfried, Gerechtigkeit, Eine philosophische Einführung, Reihe: C.H. Beck Wissen, 6. Aufl., München 2021.

Höland, Armin, Das Ehrenamt in der Justiz – Erkenntnisse aus der empirischen Rechtsforschung, Voluntaris – Zeitschrift für Freiwilligendienste und zivilgesellschaftliches Engagement 2022, S. 258-271.

Höland, Armin/Buchwald, Christina, Ehrenamtliche Richter/innen in der Sozialgerichtsbarkeit: Rechtliche Grundlagen und für ihre Auswahl und ihre Tätigkeit, SozSich 2019, S. 97-101.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Höland, Armin/Welti, Felix (Hrsg.), Recht und Praxis der Widerspruchausschüsse in der Sozialversicherung, Bestandsaufnahme und Wirkungsanalyse, Reihe: Study der Hans-Böckler-Stiftung, Band 411, Düsseldorf 2019.

Höland, Armin/Welti, Felix, Ehrenamtliche Richter:innen in der Arbeits- und in der Sozialgerichtsbarkeit in der Pandemie, SozSich 2021, S. 243-247.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Wissen, Recht und Innovation, VERW 2010, Beiheft 9, S. 159-211.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Zur Verwendungstauglichkeit der Sozialwissenschaften für die Juristenausbildung, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Offene Rechtwissenschaft, Ausgewählte Schriften von Wolfgang Hoffmann-Riem mit begleitenden Analysen, Tübingen 2010, S. 3-34 (zitiert: *Hoffmann-Riem*, Zur Verwendungstauglichkeit der Sozialwissenschaften für die Juristenausbildung, in: Hoffmann-Riem, Offene Rechtwissenschaft, S.).

Hoffmann-Riem, Wolfgang, „Außerjuridisches" Wissen, Alltagstheorien und Heuristiken im Verwaltungsrecht, VERW 2016, S. 1-23.

Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Begr.)/ *Voßkuhle, Andreas/Eifert Martin/Möllers, Christoph* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 3. Aufl., München 2022 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § Rn.).

Honer, Mathias/Rudloff, Tobias, Die Leistungsfähigkeit der Legitimationskettentheorie – Zugleich zur demokratischen Legitimation der Rechtsprechung –, DÖV 2020, S. 461-468.

Horn, Norbert/Berster, Lars, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Reihe: Schwerpunkte Pflichtfach, 7. Aufl., Heidelberg 2024.

Hruschka, Joachim, Die Konstitution des Rechtsfalles, Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung, Schriftenreihe: Schriften zur Rechtstheorie, Heft 4, Berlin 1965.

Hübschmann, Walter/Hepp, Ernst/Spitaler, Armin (Begr.), Abgabenordnung - Finanzgerichtsordnung: AO, FGO, Loseblatt-Kommentar, Dokumentstand: 274. Lieferung, 07/2023, Werkstand: 287. Lieferung, 07/2025, Köln 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, Ergänzungslieferung, Gesetz § Rn.).

Hufen, Friedhelm, Staatsrecht II, Grundrechte, Reihe: Grundrisse des Rechts, 10. Aufl., München 2023.

Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, Reihe: Grundrisse des Rechts, 13. Aufl., München 2024.

Huggins, Benedikt, Fehlercode im System der Normkonkretisierung? Demokratische Verantwortlichkeit als Korrektiv der Legitimationsdefizite privater Normkonkretisierungen, in: Ammann, Odile/Bottega, Fiona/Bukavac Jasmina/Lehner, Irina/Meier, Julia/Piskóty, Réka/Rausch, Caroline/Rehmann, Meret/Schneider, Lea Ina/Weder, Regina/Wilhelm, Martin (Hrsg.), Verantwortung und Recht, 62. Junge Tagung Öffentliches Recht, Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten, Zürich 2022, Baden-Baden 2022, S. 315-336 (zitiert: *Huggins*, Fehlercode im System der Normkonkretisierung?, in: Ammann et al., Verantwortung und Recht, S.).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hume, *David*, Ein Traktat über die menschliche Natur, Band II: Buch II.: Über die Affekte, Buch III.: Über Moral, herausgegeben von Brandt, Reinhard, Reihe: Philosophische Bibliothek, Band 283b, unveränderter Nachdruck 1978 der ersten Auflage von 1906 (Buch II und III), Hamburg 1978.

Huster, Stefan, Qualitätssicherung als staatliche Aufgabe – Zum Verhältnis von Qualität und Wirtschaftlichkeit im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, VSSR 2013, S. 327-340.

Huster, Stefan, Die Konkretisierung des Leistungsniveaus der sozialen Gesundheitsversorgung in Selbstverwaltung: Gegenwärtiger Stand und Perspektiven der Weiterentwicklung, in: Wallrabenstein, Astrid/Ebsen, Ingwer (Hrsg.), Stand und Perspektiven der Gesundheitsversorgung, Optionen und Probleme rechtlicher Gestaltung, Beiträge zum Symposium des Instituts für europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht am 26. April 2013 an der Goethe-Universität Frankfurt am Main, Reihe: Schriften zur Gesundheitspolitik und zum Gesundheitsrecht, Band 17, Frankfurt 2014, S. 95-114 (zitiert: *Huster*, Die Konkretisierung des Leistungsniveaus der sozialen Gesundheitsversorgung in Selbstverwaltung, in: Wallrabenstein/Ebsen, Stand und Perspektiven der Gesundheitsversorgung, S.).

Huster, Stefan, Medizinische, philosophische und ökonomische Aspekte des Gesundheitsrechts, SDSRV Band 65 2015, S. 9-30.

Isensee, Josef, Diskussionsbeiträge, Redebeitrag von Josef Isensee, in: Grossfeld, Bernhard (Hrsg.), Unsere Sprache: Die Sicht des Juristen, 327. Sitzung am 15. Februar 1989 in Düsseldorf, Reihe: Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge, G 300, Opladen 1990, S. 49-68 (zitiert: *Isensee*, Diskussionsbeiträge, Redebeitrag von Josef Isensee, in: Grossfeld, Unsere Sprache: Die Sicht des Juristen, S.).

Isensee, Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Verfassungsstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2004 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band II, § Rn.).

Isensee, Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Aufl., Heidelberg 2007 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § Rn.).

Isensee, Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII: Freiheitsrechte, 3. Aufl., Heidelberg 2009 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band VII, § Rn.).

Isensee, Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII: Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Aufl., Heidelberg 2010 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band VIII, § Rn.).

Isensee, Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XII: Normativität und Schutz der Verfassung, 3. Aufl., Heidelberg 2014 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band XII, § Rn.).

Jacob, Thomas/Lau, Marcus, Beurteilungsspielraum und Einschätzungsprärogative Zulässigkeit und Grenzen administrativer Letztentscheidungsmacht am Beispiel des Naturschutz- und Wasserrechts, NVwZ 2015, S. 241-248.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Jakob, Robert, ICD-11–Anpassung der ICD an das 21. Jahrhundert, Bundesgesundheitsblatt 61/2018, S. 771-777.

Janda, Constanze, Medizinrecht, Reihe: Uni-Taschenbücher, 5. Aufl., München 2022.

Jansen, Christoph, Der Medizinische Standard, Begriff und Bestimmung ärztlicher Behandlungsstandards an der Schnittstelle von Medizin, Haftungsrecht und Sozialrecht, Reihe: Kölner Schriften zum Medizinrecht, Band 25, Berlin 2019.

Jansen, Johannes (Hrsg.), Sozialgerichtsgesetz, Kommentar zum SGG mit Antrags- und Klagemustern für die Rechtspraxis, Reihe: Haufe Recht Kommentar, 4. Aufl., Freiburg 2012 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Jansen, SGG, § Rn.).

Jarass, Hans D., Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften, JuS 2/1999, S. 105-112.

Jarass, Hans D. (Hrsg.), BImSchG, Bundes-Immissionsschutzgesetz, unter Berücksichtigung der Bundes-Immissionsschutzverordnungen, der TA Luft sowie der TA Lärm, Kommentar, Reihe: Gelbe Erläuterungsbücher, 15. Aufl., München 2024 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Jarass, BImSchG, § Rn.).

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo (Begr.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, Reihe: Gelbe Erläuterungsbücher, 18. Aufl., München 2024 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. Rn.).

Jauernig, Othmar/Hess, Burkhard, Zivilprozessrecht, Reihe: Juristische Kurz-Lehrbücher, 30. Aufl., München 2011.

Johne, A./Gerloff, T./Mai, I., Arzneimitteluntersuchungen beim Menschen Begriffserklärungen, Bundesgesundheitsblatt 48/2005, S. 397–400.

Jost, Fritz, Soziologische Feststellungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Schriftenreihe: Schriften zur Rechtstheorie, Heft 84, Berlin 1979.

Kahl, Wolfgang/Gärditz, Klaus Ferdinand, Umweltrecht, begründet von Schmidt, Reiner, Reihe: Juristische Kurz-Lehrbücher, 13. Aufl., München 2023.

Kant, Immanuel, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, herausgegeben von Kraft, Bernd/Schönecker, Dieter, Reihe: Philosophische Bibliothek, Band 519, Hamburg 1999.

Kant, Immanuel, Kritik der reinen Vernunft, Band 1, herausgegeben von Weischedel, Wilhelm, text- und seitenidentisch mit Band III der Werksausgabe, Reihe: suhrkamp taschenbuch wissenschaft, 9. Aufl., Frankfurt am Main 2017.

Kant, Immanuel, Kritik der reinen Vernunft, Band 2, herausgegeben von Weischedel, Wilhelm, Reihe: suhrkamp taschenbuch wissenschaft, 9. Aufl., Frankfurt am Main 2017.

Kater, Horst, Das ärztliche Gutachten im sozialgerichtlichen Verfahren, Die schwierige Kommunikation zwischen Juristen und Medizinern, Reihe: Beiträge zur Sozialpolitik und zum Sozialrecht, Band 36, 2. Aufl., Berlin 2011.

Kaufmann, Arthur, Analogie und „Natur der Sache", Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 22. April 1964, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 65/66, Karlsruhe 1965.

Kaufmann, Arthur, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 1997.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Keller, Wolfgang, Das antizipierte Sachverständigengutachten im Sozialrecht, SGb 2003, S. 254-258.

Keller, Wolfgang, Erfahrungen mit antizipierten Sachverständigengutachten im Berufskrankheitenrecht, MedSach 2006, S. 128-132.

Keller, Wolfgang, Keine Revisionszulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung bei Fragen tatsächlicher Art (z.B. Therapiemöglichkeit für ein einzelnes Leiden), jurisPR-SozR 3/2006, Anm. 5.

Keller, Wolfgang, Keine Verbindlichkeit der von privaten Pflegeversicherungsunternehmen eingeholten Gutachten für Gerichte, jurisPR-SozR 1/2016, Anm. 4.

Keller, Wolfgang, Zeugenvernehmung durch Berichterstatter im Erörterungstermin: Verfahrensmangel bei Ablehnung einer wiederholten Vernehmung in mündlicher Verhandlung, jurisPR-SozR 23/2018, Anm. 6.

Kelsen, Hans, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Kelsen, Hans/Ehrlich, Eugen (Hrsg.), Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft, Eine Kontroverse (1915/17), Mit einer Einführung von Klaus Lüderssen, Kleine Reihe: Juristische Zeitgeschichte, Band 7, Baden-Baden 2003, S. 3-54 (zitiert: *Kelsen*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Kelsen/Ehrlich, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft, S.).

Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, herausgegeben von Jestaed, Matthias, Studienausgabe der 1. Auflage 1934, Tübingen 2008.

Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, herausgegeben von Jestaed, Matthias, Studienausgabe der 2. Auflage 1960 – Unter Berücksichtigung von Kelsens Änderungen anlässlich der Übersetzungen ins Italienische 1966, Tübingen 2017.

Kindhäuser, Urs/Schumann, Kay H., Strafprozessrecht, Reihe: NomosLehrbuch, 7. Aufl., Baden-Baden 2023.

Kingreen, Thorsten, Gerichtliche Kontrolle von Kriterien und Verfahren im Gesundheitsrecht, MedR 2007, S. 457-464.

Kingreen, Thorsten, Legitimation und Partizipation im Gesundheitswesen – Verfassungsrechtliche Kritik und Reform des Gemeinsamen Bundesausschusses –, NZS 2007, S. 113-121.

Kingreen, Thorsten, Der Gemeinsame Bundesausschuss vor dem BVerfG: Das Tor liegt in der Luft!, MedR 2017, S. 8-14.

Kingreen, Thorsten, Optionen zur Stärkung der demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Gesundheit, Regensburg 2017, abrufbar unter https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5_Publikationen/Ministerium/Berichte/Gutachten_Prof._Kingreen_zur_Legitimation_G-BA.PDF (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf, Grundrechte Staatsrecht II, Reihe: Schwerpunkte Pflichtfach, begründet von Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, 40. Aufl., Heidelberg 2024.

Kirchhof, Ferdinand, Private Rechtsetzung, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 98, Berlin 1987.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kissel, Otto Rudolf, Internet statt Bundesgesetz„blatt“?, in: Söllner, Alfred/Gitter, Wolfgang/Waltermann, Raimund/Giesen, Richard/Ricken, Oliver (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, München 2005, S. 461-474 (zitiert: *Kissel*, Internet statt Bundesgesetz„blatt“?, in: Söllner et al., Gedächtnisschrift Heinze, S.).

Klafki, Anika/Loer, Kathrin, Der Gemeinsame Bundesausschuss als machtvoller »kleiner Gesetzgeber« unterhalb des öffentlichen Radars – eine rechts- und politikwissenschaftliche Analyse, VerwArch 2017, S. 343-365.

Klemperer, David/Schaefer, Corinna/Nothacker, Monika/Kopp, Ina, Soziale Arbeit und evidenzbasierte Leitlinien, in: Dettmers, Stephan/Bischkopf, Jeannette (Hrsg.), Handbuch gesundheitsbezogene Soziale Arbeit, 2. Aufl., München 2021, S. 101-106 (zitiert: *Klemperer et al.*, Soziale Arbeit und evidenzbasierte Leitlinien, in: Dettmers/Bischkopf, Handbuch gesundheitsbezogene Soziale Arbeit, S.).

Kley, Dieter, Zur Bindung des Bundesverfassungsgerichts an die tatsächlichen Feststellungen des Fachgerichts bei der Entscheidung über die Urteilsverfassungsbeschwerde, VerwArch 2016, S. 359-379.

Kluth, Winfried, Rechtsgutachten Verfassungsrechtliche Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses, Erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit, Halle (Saale) 2017, abrufbar unter https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5_Publikationen/Ministerium/Berichte/Gutachten_Prof._Kluth_zur_Legitimation_G-BA.PDF (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO, Band 1: §§ 1-150, 2. Aufl., München 2023 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 1, § Rn.).

Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO, Band 2: §§ 151-332, 2. Aufl., München 2024 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 2, § Rn.).

Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO, Band 3: §§ 333-500, 2. Aufl., München 2024 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 3, § Rn.).

Knickrehm, Sabine/Rademacker, Olaf (Hrsg.), SGB XIV, Soziale Entschädigung, Lehr- und Praxiskommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2024 (zitiert: *Bearbeiter,* in: *Knickrehm/Rademacker*, LPK-SGB XIV, §/Kapitel Rn.).

Knickrehm, Sabine/Roßbach, Gundula/Waltermann, Raimund (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, VO (EG) Nr. 883/2004, SGB I bis SGB XIV, BEEG, Kindergeldrecht (EStG), UnterhaltsvorschussG, WoGG, Reihe: Beck'sche Kurz-Kommentare, 9. Aufl., München 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Knickrehm/Roßbach/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, Gesetz § Rn.).

Knispel, Ulrich, Kostenerstattung für Immuntherapie mit dendritischen Zellen bei Glioblastom, jurisPR-SozR 7/2017, Anm. 2.

Knittel, Stefan, Wissensgewinnung und Aufarbeitung des Prozessstoffes in der Sozialgerichtsbarkeit – Qualitätssicherung, SGb 2016, S. 124-135.

Koch, Hans-Joachim/Hofmann, Ekkehard/Reese, Moritz (Hrsg.), Handbuch Umweltrecht, 6. Aufl., München 2024 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Koch/Hofmann/Reese, Handbuch Umweltrecht, § Rn.).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut, Juristische Begründungslehre, Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, Schriftenreihe der Juristischen Schulung, Heft 22, München 1982.

Köhler, Karl Friedrich, Das Vorschlags- und Auswahlverfahren bei der Berufung ehrenamtlicher Richterinnen und Richter im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit, SGb 2015, S. 366-374.

Köhler, Karl Friedrich, Die Ausgestaltung des Grundrechts auf rechtliches Gehör im Sozialverwaltungs- und sozialgerichtlichen Verfahren, Reihe: Beiträge zur Sozialpolitik und zum Sozialrecht, Band 41, Berlin 2016.

Körner, Anne/Krasney, Martin/Mutschler, Bernd/Rolfs, Christian (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR, Kasseler Kommentar, SGB V, München 2025 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Körner et al., BeckOGK SGB V, Stand, § Rn.).

Körner, Anne/Krasney, Martin/Mutschler, Bernd/Rolfs, Christian (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR, Kasseler Kommentar, SGB VII, München 2025 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Körner et al., BeckOGK SGB VII, Stand, § Rn.).

Kolakowski, Leszek, Die Philosophie des Positivismus, München 1971.

Konzen, Horst, Normtatsachen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: Schilken, Eberhard/Becker-Eberhard, Ekkehard/Gerhardt, Walter (Hrsg.), Festschrift für Hans Friedhelm Gaul zum 70. Geburtstag, 19. November 1997, Bielefeld 1997, S. 335-356 (zitiert: *Konzen*, Normtatsachen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: Schilken/Becker-Eberhard/Gerhardt, FS Gaul, S.).

Kopp, Ferdinand O. (Begr.)/*Schenke, Wolf-Rüdiger* (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 31. Aufl., München 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Kopp, VwGO, § Rn.).

Koppenfels-Spies, Katharina von/Wenner, Ulrich (Hrsg.), SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, 4. Aufl., München 2022 (zitiert: *Bearbeiter,* in: von Koppenfels-Spies/Wenner, SGB V, § Rn.).

Krahmer, Utz /Plantholz, Markus/Kuhn-Zuber, Gabriele (Hrsg.), SGB XI, Soziale Pflegeversicherung, Lehr- und Praxiskommentar, Reihe: NomosHandkommentar, 6. Aufl., Baden-Baden 2024 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Krahmer/Plantholz/Kuhn-Zuber, LPK-SGB XI, § Rn.).

Krahmer, Utz/Trenk-Hinterberger, Peter (Hrsg.), Sozialgesetzbuch I, Allgemeiner Teil, Lehr- und Praxiskommentar, Reihe: NomosKommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2020 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Krahmer/Trenk-Hinterberger, LPK-SGB I, § Rn.).

Kramer, Ernst A./Arnet, Juristische Methodenlehre, 7. Aufl., Bern 2024.

Kranig, Andreas, Bedeutung von Begutachtungsempfehlungen, antizipierten Sachverständigengutachten und Leitlinien – aus der Sicht der gesetzlichen Unfallversicherung, MedSach 2010, S. 54-59.

Kranig, Andreas, Reform des deutschen Berufskrankheitenrechts – von Europa lernen?, in: Devetzi, Stamatia/Janda, Constanze (Hrsg.), Freiheit - Gerechtigkeit - Sozial(es) Recht, Festschrift für Eberhard Eichenhofer, Baden-Baden 2015, S. 359-388 (zitiert: *Kranig*, Reform des deutschen Berufskrankheitenrechts – von Europa lernen?, in: Devetzi/Janda, FS Eichenhofer, S.).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Krasney, Otto Ernst/Udsching, Peter/Groth, Andy/Meßling, Miriam (Hrsg.), Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, Systematische Gesamtdarstellung mit zahlreichen Beispielen und Mustertexten, Reihe: Berliner Handbücher, 8. Aufl., Berlin 2022 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, Kapitel Rn.).

Krauskopf, Dieter (Begr.)/*Wagner, Regine/Knittel, Stefan* (Hrsg.), Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Loseblatt-Kommentar, Band 1: SGB I, SGB IV, §§ 1-26 SGB V, Werkstand: 125. Ergänzungslieferung, 04/2025, München 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Band 1, Ergänzungslieferung, Gesetz § Rn.).

Krauskopf, Dieter (Begr.)/*Wagner, Regine/Knittel, Stefan* (Hrsg.), Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Loseblatt-Kommentar, Band 2: §§ 27-128 SGB V, Werkstand: 125. Ergänzungslieferung, 04/2025, München 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Band 2, Ergänzungslieferung, Gesetz § Rn.).

Krauskopf, Dieter (Begr.)/*Wagner, Regine/Knittel, Stefan* (Hrsg.), Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Loseblatt-Kommentar, Band 3: Vor §§ 129 ff.-305b SGB V, Werkstand: 125. Ergänzungslieferung, 04/2025, München 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Band 3, Ergänzungslieferung, Gesetz § Rn.).

Kreuzbauer, Günther, Kleine Einführung in die Forschungsgeschichte der juristischen Argumentationstheorie, in: Kreuzbauer, Günther/Augeneder, Silvia (Hrsg.), Der juristische Streit, Recht zwischen Rhetorik, Argumentation und Dogmatik, Reihe: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beihefte, Band 99, Wiesbaden 2004, S. 9-25 (zitiert: *Kreuzbauer*, Kleine Einführung in die Forschungsgeschichte der juristischen Argumentationstheorie, in: Kreuzbauer/Augeneder, Der juristische Streit, S.).

Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1: §§ 1-354, 7. Aufl., München 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 1, Gesetz § Rn.).

Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2: §§ 355-945b, 7. Aufl., München 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 2, Gesetz § Rn.).

Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3: §§ 946-1120, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht, 6. Aufl., München 2022 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 3, Gesetz § Rn.).

Kruse, Friedrich, Bedeutung von Begutachtungsempfehlungen, antizipierten Sachverständigengutachten und Leitlinien – aus der Sicht des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung, MedSach 2010, S. 74-80.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kuchinke, Kurt, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, Ein Beitrag zum Problem von Rechts- und Tatfrage, Reihe: Schriften zum Deutschen und Europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Band 25, Bielefeld 1964.

Kudlich, Hans/Heintschel-Heinegg, Bernd von (Hrsg.), Beck´scher Online-Kommentar StGB, 65. Edition, München, Stand: 01.05.2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Kudlich/von Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, § Rn.).

Kügel, Wilfried/Müller, Rolf-Georg/Hofmann, Hans-Peter (Hrsg.), Arzneimittelgesetz, Kommentar, Reihe: Beck'sche Kurz-Kommentare, 3. Aufl., München 2022 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, § Rn.).

Kummer, Peter, Die Nichtzulassungsbeschwerde, SGG, ArbGG, VwGO, ZPO, FGO, Reihe: NomosPraxis, 2. Aufl., Baden-Baden 2010.

Kunst, Hermann/Grundmann, Siegfried (Begr.)/*Herzog, Roman/Kunst, Hermann/Schlaich, Klaus/Schneemelcher, Wilhelm* (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, Band II, N-Z, 3. Aufl., Stuttgart 1987 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kunst/Grundmann, Evangelisches Staatslexikon, Band II, Stichwort S.).

Kunz, Karl-Ludwig/Mona, Martino, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft, Reihe: Uni-Taschenbücher, 2. Aufl., Stuttgart 2015.

Ladage, Klaus, Der Standard der sozialen Pflegeversicherung als Maßstab für Vertragsleistungen der privaten Pflegeversicherungsunternehmen, in: Wulffen, Matthias von/Krasney, Otto Ernst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, Köln, Berlin, München 2004, S. 673-689 (zitiert: *Ladage*, Der Standard der sozialen Pflegeversicherung als Maßstab für Vertragsleistungen der privaten Pflegeversicherungsunternehmen, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S.).

Ladeur, Karl-Heinz, Wissenserzeugung im und durch Recht – und das Problem der „evidenzbasierten Medizin", GesR 2011, S. 455-459.

Lames, Peter, Rechtsfortbildung als Prozeßzweck, Zur Dogmatik des Zivilverfahrensrechts, Reihe: Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht, Band 9, Tübingen 1993.

Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Reihe: Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Abteilung Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991.

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Reihe: Springer Lehrbuch, 3. Aufl., Berlin 1995.

Lau, Franka, Keine Berücksichtigung von Verpflegungsgeld als Arbeitsentgelt für Angehörige der DDR-Zollverwaltung, jurisPR-SozR 2/2020, Anm. 4.

Lau, Franka, Sonderversorgung der Angehörigen der DDR-Zollverwaltung, NZS 2020, S. 144-150.

Laudenklos, Frank, „Juristische Methodik" bei Friedrich Müller (geb. 1938), in: Rückert, Joachim/Seinecke, Ralf (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, Reihe: NomosStudium, 4. Aufl., Baden-Baden 2024, Rn. 1081-1135 (zitiert: *Laudenklos*, „Juristische Methodik" bei Friedrich Müller (geb. 1938), in: Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, Rn.).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Laudenklos, Frank/Rohls, Michael/Wolf, Wilhelm, mit Ergänzungen von *Rückert, Joachim* und *Seinecke, Ralf,* Resümee, in: Rückert, Joachim/Seinecke, Ralf (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, Reihe: NomosStudium, 4. Aufl., Baden-Baden 2024, Rn. 1511-1556 (zitiert: *Laudenklos/Rohls/Wolf,* Resümee, in: Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, Rn.).

Laufs, Adolf/Uhlenbruck, Wilhelm (Begr.)/*Kern, Bernd-Rüdiger/Rehborn, Martin* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, München, 5. Aufl., München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § Rn.).

Lautmann, Rüdiger, Justiz – die stille Gewalt, Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse, Wiesbaden 2011.

Lechner, Hans (Begr.)/*Zuck, Rüdiger* (Fortführung), BVerfGG, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, Reihe: Gelbe Erläuterungsbücher, 8. Aufl., München 2019 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Lechner, BVerfGG, § Rn.).

Leenen, Detlef, Typus und Rechtsfindung, Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB, Schriftenreihe: Schriften zur Rechtstheorie, Heft 26, Berlin 1971.

Lennartz, Jannis, Dogmatik als Methode, Reihe: Grundlagen der Rechtswissenschaft, Band 35, Tübingen 2017.

Lenz, Christofer/Hansel, Ronald, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Handkommentar, Reihe: NomosHandkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2024.

Lepsius, Oliver, Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht – Amerika als Vorbild?, JZ 2005, S. 1-52.

Lindner, Josef Franz, Zum Verhältnis von Recht und Moral: Grundfragen der Rechtsphilosophie, JURA 2016, S. 8-16.

Löher, Michael, Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Gewährung von Krankenkostenzulagen in der Sozialhilfe, NDV 2008, S. 503-509.

Lueken, Geert-Lueke, Konsens, Widerstreit und Entscheidung. Überlegungen anläßlich Lyotards Herausforderung der Argumentationstheorie, in: Wohlrapp, Harald (Hrsg.), Wege der Argumentationsforschung, Reihe: problemata, Band 135, Stuttgart 1995, S. 358-395 (zitiert: *Lueken*, Konsens, Widerstreit und Entscheidung, in: Wohlrapp, Wege der Argumentationsforschung, S.).

Mangoldt, Hermann von (Begr.)/*Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Fortführung)/Huber, Peter M./Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 1: Präambel, Artikel 1-19, 8. Aufl., München 2024 (zitiert: *Bearbeiter,* in: von Mangoldt, GG, Band 1, Art. Rn.).

Mangoldt, Hermann von (Begr.)/*Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Fortführung)/Huber, Peter M./Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 2: Artikel 20-82, 8. Aufl., München 2024 (zitiert: *Bearbeiter,* in: von Mangoldt, GG, Band 2, Art. Rn.).

Mannheim, Hermann, Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiell-rechtlicher Verstösse im Strafverfahren, Reihe: Abhandlungen aus der Berliner Juristischen Fakultät, Band III, Berlin 1925.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.)/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H. (Hrsg.), Grundgesetz, Loseblatt-Kommentar, Band I: Art. 1-5, Werkstand: 106. Ergänzungslieferung, 10/2024, München 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Maunz/Dürig, GG, Band I, Ergänzungslieferung, Art. Kapitel Rn.).

Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.)/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H. (Hrsg.), Grundgesetz, Loseblatt-Kommentar, Band III: Art. 17-28, Werkstand: 106. Ergänzungslieferung, 10/2024, München 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Maunz/Dürig, GG, Band III, Ergänzungslieferung, Art. Kapitel Rn.).

Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.)/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H. (Hrsg.), Grundgesetz, Loseblatt-Kommentar, Band VI: Art. 87a-106b, Werkstand: 106. Ergänzungslieferung, 10/2024, München 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Maunz/Dürig, GG, Band VI, Ergänzungslieferung, Art. Kapitel Rn.).

Maunz, Theodor (Begr.)/*Schmidt-Bleibtreu, Bruno et al.* (Fortführung), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Loseblatt-Kommentar, Teil B: §§ 1-107, Werkstand: 64. Ergänzungslieferung, 08/2024, München 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Maunz, BVerfGG, Teil B, Ergänzungslieferung, § Rn.).

Maurer, Hartmut, Rechtsstaatliches Prozessrecht, in: Dreier, Horst/Badura, Peter (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band II: Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen 2001, S. 467-504 (zitiert: *Maurer*, Rechtsstaatliches Prozessrecht, in: Dreier/Badura, FS 50 Jahre BVerfG, Band II, S.).

Maurer, Hartmut, BVerwG, 25. 11. 2004 – 5 CN 1.03. „Verwaltungsvorschriften mit unmittelbarer Außenwirkung", JZ 2005, S. 892-897.

Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian, Allgemeines Verwaltungsrecht, Reihe: Grundrisse des Rechts, 21. Aufl., München 2024.

May, Artur, Die Revision in den zivil- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren (ZPO, ArbGG, VerwGO, SGG, FGO), Eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 2. Aufl., Köln u.a. 1997.

Maydell, Bernd Baron von/Ruland, Franz (Begr.)/*Ruland, Franz/Becker, Ulrich/Axer, Peter* (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch (SRH), 7. Aufl., Baden-Baden 2022 (zitiert: *Bearbeiter,* in: von Maydell/Ruland, SRH, § Rn.).

Mayer, Verena, Der Tractatus als System, in: Vossenkuhl, Wilhelm (Hrsg.), Ludwig Wittgenstein: Tractatus logico-philosophicus, Reihe: Klassiker Auslegen, Band 10, Berlin 2001, S. 11-33 (zitiert: *Mayer,* Der Tractatus als System, in: Vossenkuhl, Ludwig Wittgenstein: Tractatus logico-philosophicus, S.).

McCorkle, Alena, Allgemeinkundigkeit, § 291 ZPO als Rechtsgrundlage richterlicher Internetrecherchen?, Reihe: Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht, Band 153, Tübingen 2018.

Meier, Patrick/Jocham, Felix, Rechtsfortbildung – Methodischer Balanceakt zwischen Gewaltenteilung und materieller Gerechtigkeit, JuS 5/2016, S. 392-398.

Merkel, Günter/Beller, Katharina, Handbuch Sozialgerichtsprozess, Darstellung mit Schriftsatzmustern, begründet von Niesel, Klaus, 8. Aufl., München 2022.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Merten, Detlef/Papier Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte II, Heidelberg 2013 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V, § Rn.).

Merten, Michaela, Anforderungen an die Feststellung des wissenschaftlichen Erkenntnisstandes als Grundlage der richterlichen Überzeugungsbildung, jurisPR-SozR 2/2007, Anm. 5.

Meyerhoff, Katja, Voraussetzungen für Leistungspflicht der GKV bei neuen Behandlungsmethoden in Notstandssituationen, jurisPR-SozR 4/2007, Anm. 2.

Meyer-Ladewig, Jens (Begr.)/*Leitherer, Stephan* (Fortführung), Sozialgerichtsgesetz, Kommentar, Reihe: Gelbe Erläuterungsbücher, 14. Aufl., München 2023 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Meyer-Ladewig, SGG, § Rn.).

Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/Raumer, Stefan von (Hrsg.), EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Reihe: NomosHandkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2023 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Art./Kapitel Rn.).

Michael, Lothar, Normenkontrollen – Teil 1, Funktionen und Systematisierung, ZJS 2012, S. 756-765.

Michael, Lothar/Morlok, Martin, Grundrechte, Reihe: NomosLehrbuch, 9. Aufl., Baden-Baden 2025.

Mitsopoulos, Georg, Die Unterscheidung zwischen Tatfrage und Rechtsfrage im Kassationsverfahren, ZZP 1968, S. 251-270.

Müller, Friedrich, Normstruktur und Normativität, Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, Schriftenreihe: Schriften zur Rechtstheorie, Heft 8, Berlin 1966.

Müller, Friedrich, Strukturierende Rechtslehre, 2. Aufl., Berlin 1994.

Müller, Friedrich/Christensen, Ralph, Juristische Methodik, Band I, Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl., Berlin 2013.

Müller, Gebhard, Naturrecht und Grundgesetz, Zur Rechtsprechung der Gerichte, besonders des Bundesverfassungsgerichts, Würzburg 1967.

Müller, Ulrike A. C., Protest und Rechtsstreit, SGB-II-Mobilisierung als Konservierung des Hartz-IV-Konflikts, Reihe: Recht und Gesellschaft – Law and Society, Band 13, Baden-Baden 2021.

Münch, Ingo von/Kunig, Philip (Begr.)/Kämmerer, Jörn Axel/Kotzur, Markus (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 1: Präambel bis Art. 69, 8. Aufl., München 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: von Münch/Kunig, GG, Band 1, Art. Rn.).

Münch, Ingo von/Kunig, Philip (Begr.)/Kämmerer, Jörn Axel/Kotzur, Markus (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 2: Art. 70-146, 8. Aufl., München 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: von Münch/Kunig, GG, Band 2, Art. Rn.).

Münker, Matthias, Keine Überraschungsentscheidung bei lediglich überraschenden Zitaten, jurisPR-SozR 13/2014, Anm. 6.

Mugdan, Benno, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I: Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Berlin 1899.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Musielak, Hans-Joachim (Begr.)/*Voit, Wolfgang* (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 22. Aufl., München 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Musielak, ZPO, § Rn.).

Muthorst, Olaf, Grundlagen der Rechtswissenschaft, Methode – Begriff – System, Reihe: Lernbücher Jura, 2. Aufl., München 2020.

Naucke, Wolfgang/Harzer, Regina, Rechtsphilosophische Grundbegriffe, begründet von Naucke, Wolfgang, fortgeführt von Harzer, Regina, 5. Aufl., München 2005.

Nelson, Leonard, Die Rechtswissenschaft ohne Recht, Kritische Betrachtungen über die Grundlagen des Staats- und Völkerrechts insbesondere über die Lehre von der Souveränität, Mit einer Einführung von Curt Staff, 2. Aufl., Hamburg 1949.

Neufert, Gerald, Die Revisibilität der Auslegung individueller Vertragserklärungen – Unter besonderer Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung, Europäische Hochschulschriften, Reihe II: Rechtswissenschaft, Band 697, Frankfurt am Main 1988.

Neumann, Ulfrid, Theorie der juristischen Argumentation, in: Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Saliger, Frank (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Reihe: Schwerpunktbereich, 9. Aufl., Heidelberg 2016, S. 303-315 (zitiert: *Neumann*, Theorie der juristischen Argumentation, in: Hassemer/Neumann/Saliger, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S.).

Neumann, Ulfrid, Juristische Argumentationstheorie, Reihe NomosLehrbuch, Baden-Baden 2023.

Neuner, Jörg, Die Rechtsfindung contra legem, Reihe: Münchener Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Band 90, München 1992.

Nierwetberg, Rüdiger, Die Unterscheidung von Tatfrage und Rechtsfrage, JZ 1983, S. 237-241.

Nölling, Torsten, Medizinische Leitlinien, Eine zivil- und urheberrechtliche Untersuchung der Erstellung, Verbreitung und Veröffentlichung wissenschaftlich-medizinischer Leitlinien, Reihe: Recht und Medizin, Band 139, Berlin 2020.

Nolte, Jakob Julius, Die Verarbeitung von extrajuridischem Wissen im Verwaltungsgerichtsverfahren, in: Augsberg, Ino (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht, Analysen und Perspektiven, Tübingen 2013, S. 241-252 (zitiert: *Nolte*, Die Verarbeitung von extrajuridischem Wissen im Verwaltungsgerichtsverfahren, in: Augsberg, Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht, S.).

Nussbaum, Arthur, Die Rechtstatsachenforschung, Programmschriften und praktische Beispiele, ausgewählt und eingeleitet von Rehbinder, Manfred, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Band 12, Berlin 1968.

Nusser, Anna/Spellbrink, Wolfgang, Die Rechtsnatur der MdE-Tabellen im Recht der Gesetzlichen Unfallversicherung – ein Plädoyer für eine Verrechtlichung, SGb 2017, S. 550-556.

Oberhammer, Paul, Kleine Differenzen – Vergleichende Beobachtungen zur zivilistischen Methode in Deutschland, Österreich und der Schweiz, AcP 214 (2014), S. 155-182.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ockenga, Edzard, Demokratiedefizit des SGB IX und antizipiertes Sachverständigengutachten, ZFSH/SGB 2004, S. 587-589.

Oestmann, Peter, Die Ermittlung von Verkehrssitten und Handelsbräuchen im Zivilprozeß, JZ 2003, S. 285-290.

Ossenbühl, Fritz, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Starck, Christian (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Band I: Verfassungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1976, S. 458-518 (zitiert: *Ossenbühl*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Starck, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Band I, S.).

Ott, Edward E., Die Methode der Rechtsanwendung, Zürich 1979.

Padé, Christiane, Anspruch auf Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung bei Lebensgefahr und tödlich verlaufenden Krankheiten, Umsetzung des „Nikolaus"-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, NZS 2007, S. 352-358.

Papier, Hans-Jürgen, Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht, NJW 1990, S. 8-14.

Pense, Uwe, Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, Bedeutung, Anwendung und Bindungswirkung von Tabellen der Minderung der Erwerbsfähigkeit, Reihe: Beiträge zur Sozialpolitik und zum Sozialrecht, Band 19, Berlin 1995.

Peters, Heinz-Joachim, Grundzüge der Sachverhaltsermittlung im Verwaltungsverfahren, VR 2020, S. 145-148.

Petersen-Benz, Christine/Schalwat, Ilka/Holder, Martin, Die Rechtsprechung zum stationären Off-Label-Use ist reformbedürftig, Ein mutiges Landessozialgerichtsurteil setzt Zeichen, KH 2018, S. 1009-1012.

Philippi, Klaus Jürgen, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsrechtlicher Entscheidungen, Schriftenreihe: Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Abteilung, Band 64, Köln u.a. 1971.

Plagemann, Hermann (Begr.)/*Bieresborn, Dirk/Schafhausen, Martin* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht, Reihe: Münchener Anwaltshandbücher, 6. Aufl., München 2024 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Plagemann, MAH SozR, § Rn.).

Planck, N.N., Gutachten des Professors Dr. Planck zu Kiel, in: Deutscher Juristentag e.V. (Hrsg.), Verhandlungen des Zweiten Deutschen Juristentages – Gutachten, Reihe: Verhandlungen des Deutschen Juristentages, Band 1, Neudruck der Ausgabe 1861, Berlin 2020, S. 66-92 (zitiert: *Planck*, Gutachten des Professors Dr. Planck zu Kiel, in: Deutscher Juristentag e.V., Verhandlungen des Zweiten Deutschen Juristentages – Gutachten, S.).

Platon, Gorgias, übersetzt von Dalfen, Joachim, Göttingen 2014.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Pohlmann, Petra, Ökonomische Normtatsachen im Kartellzivilprozess – Am Beispiel der Kosten-Preis-Schere, in: Bruns, Alexander/Kern, Christoph A./Münch, Joachim/Piekenbrock, Andreas/Stadler, Astrid/Tsikrikas, Dimitrios (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 1. Teilband: Deutsches Recht, Tübingen 2013, S. 435-454 (zitiert: *Pohlmann*, Ökonomische Normtatsachen im Kartellzivilprozess – Am Beispiel der Kosten-Preis-Schere, in: Bruns et al., FS Stürner, 1. Teilband, S.).

Popper, *Karl R.,* Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Band I: Der Zauber Platons, herausgegeben von Kiesewetter, Hubert, Schriftenreihe: Gesammelte Werke in deutscher Sprache, Band 5, 8. Aufl., Tübingen 2003.

Posser, Herbert/Wolff, Heinrich Amadeus/Decker, Andreas (Hrsg.), Beck´scher Online-Kommentar Verwaltungsgerichtsordnung, 74. Edition, München, Stand: 01.07.2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § Rn.).

Prütting, Hanns, Die Zulassung der Revision, Reihe: Erlanger juristische Abhandlungen, Band 18, Köln u.a. 1977.

Puppe, Ingeborg, „Naturgesetze" vor Gericht: Die sogenannte generelle Kausalität und ihr Beweis, dargestellt an Fällen strafrechtlicher Produkthaftung, JZ 1994, S. 1147-1151.

Puppe, Ingeborg, BGH, Urteil vom 02.08.1995 – 2 StR 221/94, Zur Körperverletzung durch Vertrieb von Holzschutzmitteln JZ 1996, S. 315-320.

Radbruch, Gustav, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, S. 105-108.

Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, herausgegeben von Wolf, Erik/Schneider, Hans-Peter, 8. Aufl., Stuttgart 1973.

Radbruch, Gustav, § 10 Die Geltung des Rechts, in: Dreier, Ralf/Paulson, Stanley L. (Hrsg.), Gustav Radbruch Rechtsphilosophie, Studienausgabe, Reihe: C.F. Müller Wissenschaft, 2. Aufl., Heidelberg u.a. 2003, § 10 (zitiert: *Radbruch*, § 10 Die Geltung des Rechts, in: Dreier/Paulson, Gustav Radbruch Rechtsphilosophie, § S.).

Radbruch, Gustav, § 16 Privates und öffentliches Recht, in: Dreier, Ralf/Paulson, Stanley L. (Hrsg.), Gustav Radbruch Rechtsphilosophie, Studienausgabe, Reihe: C.F. Müller Wissenschaft, 2. Aufl., Heidelberg u.a. 2003, § 16 (zitiert: *Radbruch*, § 16 Privates und öffentliches Recht, in: Dreier/Paulson, Gustav Radbruch Rechtsphilosophie, § S.).

Radtke, Henning, Die Bedeutung der rechtsprechenden Gewalt für das Funktionieren des demokratischen Rechtsstaats, in: Meßling, Miriam/Voelzke, Thomas (Hrsg.), Die Zukunft des Rechts- und Sozialstaats, Festschrift für Rainer Schlegel, München 2024, S. 179-190 (zitiert: *Radtke*, Die Bedeutung der rechtsprechenden Gewalt für das Funktionieren des demokratischen Rechtsstaats, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S.).

Raiser, Ludwig, Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, in: Raiser, Ludwig (Hrsg.), Die Aufgabe des Privatrechts, Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten, Schriftenreihe: Athenäum Taschenbücher Rechtswissenschaft, Band 6207, Kronberg im Taunus 1977, S. 145-161 (zitiert: *Raiser*, Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, in: Raiser, Die Aufgabe des Privatrechts, S.).

Rauscher, Bruno, Die Feststellung genereller Tatsachen durch das Bundessozialgericht – Zur Legitimation der Berücksichtigung von legislative facts im Revisionsverfahren –, SGb 1986, S. 45-48.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Redeker, Konrad/Karpenstein, Ulrich, Über Nutzen und Notwendigkeiten, Gesetze zu begründen, NJW 2001, S. 2825-2831.

Regenbogen, Arnim/Meyer, Uwe, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, begründet von Kirchner, Friedrich/Michaëlis, Carl, fortgesetzt von Hoffmeister, Johannes, Reihe: Philosophische Bibliothek, Band 500, Hamburg 1998.

Rehbinder, Manfred, Rechtssoziologie, Reihe: Juristische Kurz-Lehrbücher, 8. Aufl., München 2014.

Rehmann, Wolfgang A. (Hrsg.), Arzneimittelgesetz (AMG), Kommentar mit Erläuterungen, Reihe: Gelbe Erläuterungsbücher, 5. Aufl., München 2020 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Rehmann, AMG, § Rn.).

Reimer, Franz, Juristische Methodenlehre, Reihe: NomosStudium, 2. Aufl., Baden-Baden 2020.

Rengeling, Hans-Werner, Zur konkreten Normenkontrolle beim „Schnellen Brüter" – Bemerkungen zum Vorlagebeschluss des OVG Münster –, DÖV 1978, S. 277-282.

Rennert, Klaus, Legitimation und Legitimität des Richters, JZ 2015, S. 529-538.

Rheinstein, Max, Wer wacht über die Wächter?, JuS 7/1974, S. 409-418.

Rixen, Stephan, Verhältnis von IQWiG und G-BA: Vertrauen oder Kontrolle? – Insbesondere zur Bindungswirkung der Empfehlungen des IQWiG, MedR 2008, S. 24-30.

Rixen, Stephan, Evidenzbasierte Medizin in der Sozialgerichtsbarkeit um jeden Preis? – Zum Urteil des BSG vom 15. 3. 2012 über antiallergene Matratzen-Encasings (B 3 KR 2/11 R) –, SGb 2013, S. 140-146.

Roberts, Julian/Riegraf, Alexander, Einzelimportierte Arzneimittel – Kostenübernahme durch die Krankenkassen, PharmR 2005, S. 84-90.

Rödig, Jürgen, Einführung in eine analytische Rechtslehre, herausgegeben von Kindermann, Harald, Berlin 1986.

Röhl, Hans-Christian (Hrsg.), Wissen – zur kognitiven Dimension des Rechts, Die Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften, Beiheft 9, Berlin 2010.

Röhl, Klaus Friedrich, Rechtssoziologie, Köln 1987.

Röhl, Klaus Friedrich/Röhl, Hans Christian, Allgemeine Rechtslehre, Ein Lehrbuch, Reihe: Academia Iuris, Lehrbücher der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Köln 2008.

Roesen, Simon, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun, Katie/Dillbahner, Alice/Sternjakob Solveig/Weyrich, Katharina (Hrsg.), Sozialgerichtsbarkeit im Blick – Interdisziplinäre Forschung in Bewegung, Fachkonferenz der Nachwuchsgruppe „Die Sozialgerichtsbarkeit und die Entwicklung von Sozialrecht und Sozialpolitik in der Bundesrepublik Deutschland" am 21./22. September 2020, Reihe: Schriften zum Sozialrecht, Band 63, Baden-Baden 2021, S. 147-162 (zitiert: *Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S.).

Roesen, Simon, Sozialrechtliche Voraussetzungen eines ausnahmsweise zulässigen „off-label-use", FORUM 2024, S. 129-132.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Meßling, Miriam/Udsching, Peter (Hrsg.), Beck´scher Online-Kommentar Sozialrecht, 77. Edition, München, Stand: 01.06.2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Rolfs et al., BeckOK SozR, Gesetz § Rn.).

Roller, Steffen, Medizinische Sachverständigengutachten aus sozialrichterlicher Sicht, SGb 1998, S. 401-404.

Rompf, Thomas, Der Bundesmantelvertrag als Herzstück untergesetzlicher Normsetzung im Vertragsarztrecht, in: Katzenmeier, Christian/Ratzel, Rudolf (Hrsg.), Glück auf!, Medizinrecht gestalten, Festschrift für Franz-Josef Dahm, Berlin 2017, S. 401-412 (zitiert: *Rompf*, Der Bundesmantelvertrag als Herzstück untergesetzlicher Normsetzung im Vertragsarztrecht, in: Katzenmeier/Ratzel, FS Dahm, S.).

Roos, Elke/Wahrendorf, Volker/Müller, Henning (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR, SGG, Sozialgerichtsgesetz, 3. Aufl., München 2023 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § Rn.).

Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, begründet von Rosenberg, Leo, fortgeführt von Schwab, Karl Heinz, bearbeitet von Gottwald, Peter, Reihe: Großes Lehrbuch, 18. Aufl., München 2018.

Roters, Dominik, Wie viel Evidenzbasierung braucht die Qualitätssicherung?, Zugleich ein Beitrag zu den Begründungspflichten untergesetzlicher Normgebung, GesR 2012, S. 604-610.

Roters, Dominik, Wissensgenerierung und -verwertung nach § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V, SGb 2015, S. 413-422.

Rottleuthner, Hubert, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Reihe: Texte zur politischen Theorie und Praxis, Frankfurt am Main 1973.

Rottleuthner, Hubert, Rechtsberatung zwischen Deregulierung und Verbraucherschutz, in: Ständige Deputation des deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des fünfundsechzigsten deutschen Juristentages, Band I: Gutachten, München 2004, H 7-68 (zitiert: *Rottleuthner*, Rechtsberatung zwischen Deregulierung und Verbraucherschutz (Abteilung Rechtsberatung, Gutachten H), in: Ständige Deputation des deutschen Juristentages, Verhandlungen des fünfundsechzigsten deutschen Juristentages, H).

Rückert, Joachim/Seinecke, Ralf (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, Reihe: NomosStudium, 4. Aufl., Baden-Baden 2024.

Rückert, Joachim/Seinecke, Ralf, Zwölf Methodenregeln für den Ernstfall, in: Rückert, Joachim/Seinecke, Ralf (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, Reihe: NomosStudium, 4. Aufl., Baden-Baden 2024, Rn. 32-75 (zitiert: *Rückert/Seinecke*, Zwölf Methodenregeln für den Ernstfall, in: Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, Rn.).

Rüßmann, Helmut, Zur Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage, in: Alexy, Robert/Koch, Hans-Joachim/Kuhlen Lothar/Rüßmann, Helmut (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, Reihe: Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Band 31, Baden-Baden 2003, S. 299-321 (zitiert: *Rüßmann*, Zur Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage, in: Alexy et al., Elemente einer juristischen Begründungslehre, S.).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rüßmann, Helmut, Logisch-strukturelle Analysen juristischer Entscheidungsbegründungen. Ein Rahmen für prozeßrechtliche Untersuchungen zur Aufgabenverteilung im Zivilprozeß?, o.J., abrufbar unter https://ruessmann.jura.uni-saarland.de/rw20/people/ruessmann/Keio/frame.htm (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Rüthers, Bernd, Recht als Waffe des Unrechts - Juristische Instrumente im Dienst des NS-Rassenwahns, NJW 1988, S. 2825-2836.

Rüthers, Bernd, Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?, JZ 2002, S. 365-371.

Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel, Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre, Reihe: Grundrisse des Rechts, 12. Aufl., München 2022.

Sachs, Michael, Verfassungsrecht II, Grundrechte, Reihe: Springer Lehrbuch, 3. Aufl., Heidelberg 2017.

Sachs, Michael, Grundrechte: Grenzen des gerichtlichen Rechtsschutzes, JuS 2/2019, S. 184-185.

Sachs, Michael (Begr.)/*Coelln, Christian von/Mann, Thomas* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl., München 2024 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Sachs, GG, Art. Rn.).

Sackett, David L./Rosenberg, William M. C./Gray, J. A. Muir/Haynes R. Brian/Richardson, W. Scott, Evidence Based Medicine: What it is and what it isn't: It's about integrating individual clinial expertise and the best external evidence, BMJ Vol. 312, No. 7023 (1996), S. 71-72.

Saenger, Ingo, Grundfragen und aktuelle Probleme des Beweisrechts aus deutscher Sicht, ZZP 2008, S. 139-163.

Saenger, Ingo (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäisches Verfahrensrecht, Reihe: NomosHandkommentar, 10. Aufl., Baden-Baden 2023 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Saenger, ZPO, § Rn.).

Savigny, Friedrich Carl von, System des heutigen Römischen Rechts, Band I, Berlin 1840, abrufbar unter https://www.deutschestextarchiv.de/book/show/savigny_system01_1840 (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Scheiwe, Kirsten, Die Bedeutung der Erziehungs- und Sozialwissenschaften für das Kinder- und Jugendhilferecht (SGB VIII), SDSRV Band 65 2015, S. 129-152.

Scherzberg, Arno, Beweiserhebung als Kognition, Erkenntnistheoretische und methodologische Überlegungen zur Freiheit der Beweiswürdigung, ZZP 2004, S. 163-185.

Scheuerle, Wilhelm Alexander, Rechtsanwendung, Geleitwort von Lindenmaier, Fritz, Reihe: Recht – Wirtschaft – Steuer, 30. Buch, Nürnberg und Düsseldorf 1952.

Scheuerle, Wilhelm Alexander, Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage, AcP 157 (1958/1959), S. 1-85.

Scheurer, Ursula/Wittenberg, Andreas, Ghettorenten: Verfahren, Sachverhaltsermittlung und Gesetzesauslegung am Sozialgericht Hamburg im kritischen Rückblick, VSSAR 2020, S. 135-152.

Schimmelpfeng-Schütte, Ruth, Die Entscheidungsbefugnisse des Gemeinsamen Bundesausschusses, NZS 2006, S. 567-572.

Schlegel, Rainer, Gerichtliche Kontrolle von Kriterien und Verfahren, MedR 2008, S. 30-34.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schlegel, Rainer/Voelzke, Thomas (Hrsg.), juris PraxisKommentar SGB V, Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V) - Gesetzliche Krankenversicherung, 5. Aufl., Saarbrücken 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, Stand, § Rn.).

Schlegel, Rainer/Voelzke, Thomas (Hrsg.), juris PraxisKommentar SGB VI, Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI) - Gesetzliche Rentenversicherung, 3. Aufl., Saarbrücken 2021 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB VI, Stand, § Rn.).

Schlegel, Rainer/Voelzke, Thomas (Hrsg.), juris PraxisKommentar SGB VII, Sozialgesetzbuch Siebtes Buch (SGB VII) - Gesetzliche Unfallversicherung, 3. Aufl., Saarbrücken 2022 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB VII, Stand, § Rn.).

Schlegel, Rainer/Voelzke, Thomas (Hrsg.), juris PraxisKommentar SGG, Sozialgerichtsgesetz, 2. Aufl., Saarbrücken 2022 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, Stand, § Rn.).

Schlegel, Rainer/Voelzke, Thomas (Hrsg.), juris PraxisKommentar SGB IX, Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (SGB IX), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 4. Aufl., Saarbrücken 2023 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IX, Stand, § Rn.).

Schlegel, Rainer/Voelzke, Thomas (Hrsg.), juris PraxisKommentar SGB XI, Sozialgesetzbuch Elftes Buch (SGB XI), Soziale Pflegeversicherung, 4. Aufl., Saarbrücken 2024 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XI, Stand, § Rn.).

Schlehofer, Horst, Juristische Methodologie und Methodik der Fallbearbeitung, JuS 7/1992, S. 572-578.

Schmidt-Aßmann, Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Heidelberg 2006.

Schmidt-Aßmann, Eberhard, Die Ambivalenz des Wissens und die Ordnungsaufgaben des Rechts, VERW 2010, Beiheft 9, S. 39-61.

Schmidt, Sabine/Schnitzler, Jörg, Das medizinische Sachverständigengutachten im sozialgerichtlichen Verfahren – Ein Überblick aus Praktikersicht mit einer Erläuterung wichtiger medizinischer Begriffe –, MedR 2020, S. 902-908.

Schnapp, Friedrich E., Logik für Juristen, Die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung, begründet von Schneider, Egon, Reihe: Vahlen Jura, 7. Aufl., München 2016.

Schnapp, Friedrich E./Wigge Peter (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, Das gesamte Kassenarztrecht, 3. Aufl., München 2017 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § Rn.).

Schneider, Peter, Erster Beratungsgegenstand: Prinzipien der Verfassungsinterpretation, 1. Bericht von Professor Dr. Peter Schneider, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Prinzipien der Verfassungsinterpretation. Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht, Aussprache zu den Berichten in den Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Freiburg vom 4. bis 7. Oktober 1961, Reihe: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 20, Berlin 1963, S. 1-134 (zitiert: *Schneider*, Erster Beratungsgegenstand: Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, S.).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schnorr, Thomas, Der Beweiswert von Amts- und Verwaltungsgutachten, ZSR 1994, S. 403-408.

Schoch, Friedrich/Eifert, Martin (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Reihe: Großes Lehrbuch, 2. Aufl., München 2023 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Schoch/Eifert, Besonderes Verwaltungsrecht, Kapitel Rn.).

Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter (Hrsg.), Verwaltungsrecht, Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), Loseblatt-Kommentar, Band I, Werkstand: 47. Ergänzungslieferung, 02/2025, München 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, Ergänzungslieferung, § Rn.).

Scholz, Rupert, Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (1. Teil), AöR 100 (1975), S. 80-130.

Schulz, Wolfgang/Schmees, Johannes, Möglichkeiten und Grenzen der Künstlichen Intelligenz in der Rechtsanwendung, in: Augsberg, Ino/Folke Schuppert, Gunnar (Hrsg.), Wissen und Recht, Reihe: Interdisziplinäre Studien zur Wissensgesellschaft, Band 1, Baden-Baden 2022, S. 561-593 (zitiert: *Schulz/Schmees*, Möglichkeiten und Grenzen der Künstlichen Intelligenz in der Rechtsanwendung, in: Augsberg/Folke Schuppert, Wissen und Recht, S.).

Schwacke, Peter, Juristische Methodik, mit Technik der Fallbearbeitung, Schriftenreihe: Verwaltung in Praxis und Wissenschaft (vpw), 5. Aufl., Stuttgart 2011.

Schwarz, Rahel, Das neue Bürgergeld, NDV 2023, S. 7-12.

Schweigler, Daniela, Das Recht auf Anhörung eines bestimmten Arztes (§ 109 SGG), Dogmatische Einordnung und sozialgerichtliche Praxis eines umstrittenen Prozessinstruments, Reihe: Studien aus dem Max-Planck Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Band 58, Baden-Baden 2013.

Schwinge, Erich, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., Bonn 1960.

Seelmann, Kurt/Demko, Daniela, Rechtsphilosophie, Reihe: Grundrisse des Rechts, 7. Aufl., München 2019.

Seewald, Otfried, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, Köln u.a. 1981.

Sehl, Markus, Was will der Gesetzgeber?, Ziel und Methode rationaler Argumentation mit Gesetzesmaterialien, Schriftenreihe: Neue Schriften zum Staatsrecht, Band 9, Baden-Baden 2019.

Seifert, Karl-Heinz/Hömig, Dieter (Begr.)/*Kluth, Winfried* (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Handkommentar, Reihe: NomosHandkommentar, 14. Aufl., Baden-Baden 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Seifert/Hömig, GG, Art. Rn.).

Seiler, Christian, Das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9.2.2010, JZ 2010, S. 500-505.

Seinecke, Ralf, Methode und Zivilrecht beim „Begriffsjuristen" Jhering (1818-1892), in: Rückert, Joachim/Seinecke, Ralf (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, Reihe: NomosStudium, 4. Aufl., Baden-Baden 2024, Rn. 352-427 (zitiert: *Seinecke*, Methode und Zivilrecht beim „Begriffsjuristen" Jhering (1818-1892), in: Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, Rn.).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Seiter, Hugo, Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung, in: Grunsky, Wolfgang/Stürner, Rolf/Walter, Gerhard/Wolf, Manfred (Hrsg.), Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, S. 573-593 (zitiert: *Seiter*, Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung, in: Grunsky et al., FS Baur, S.).

Sendler, Horst, Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften im Umweltrecht, UPR 1993, S. 321-329.

Siefarth, Klaus, Off-Label-Use von Arzneimitteln: Chancen und Risiken, PKR 2018, S. 155–160.

Siefert, Jutta, Bedeutung von Begutachtungsempfehlungen, antizipierten Sachverständigengutachten und Leitlinien – Bedeutung für den Auftraggeber, MedSach 2010, S. 60-64.

Sieper, Marc, Kostenübernahme für außerhalb der arzneimittelrechtlichen Zulassung verabreichtes Medikament bei vollstationärer Krankenhausbehandlung, jurisPR-SozR 18/2020, Anm. 2.

Sodan, Helge/Hadank, Bernhard, Unzureichende Betroffenenpartizipation als Legitimationsdefizit des Gemeinsamen Bundesausschusses, NZS 2018, S. 804-809.

Sodan, Helge/Ziekow, Jan (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, Reihe: NomosKommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2018 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Sodan/Ziekow, VwGO, § Rn.).

Sow, Amadou Korbinian, Über Wissen und Nichtwissen im Verwaltungsrecht, DÖV 2019, S. 317-319.

Spellbrink, Wolfgang, Das Bundessozialgericht und die Sozialpolitik – oder Freiheit – und Bindung des Richters am Beispiel der Rechtsprechung – zum SGB II, info also 2009, S. 99-104.

Spellbrink, Wolfgang/Karmanski, Carsten, Die Gesetzliche Unfallversicherung in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Teil I), SGb 2021, S. 461-473.

Spellbrink, Wolfgang/Karmanski, Carsten, Die Gesetzliche Unfallversicherung in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Teil II), SGb 2021, S. 543-551.

Spickhoff, Andreas, Fremdes Recht vor inländischen Gerichten: Rechts- oder Tatfrage?, ZZP 1999, S. 265-292.

Spickhoff, Andreas (Hrsg.), Medizinrecht, AMG, ApoG, BGB, GenTG, KHG, MBO, MPDG, SGB V, SGB XI, StGB, TFG, TPG, Reihe: Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 64, 4. Aufl., München 2022 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Spickhoff, Medizinrecht, Gesetz § Rn.).

Spitzlei, Thomas, Die Gesetzesbegründung und ihre Bedeutung für die Gesetzesauslegung, JuS 4/2022, S. 315-319.

Staats, Johann-Friedrich, Deutsches Richtergesetz, Reihe: NomosKommentar, Baden-Baden 2012.

Stackmann, Nikolaus, Terra incognita – was ist gerichtsbekannt?, NJW 2010, S. 1409-1414.

Stahl, N.N., Zur Lehre von der Revision, AcP 67 (1884), S. 94-153.

Starck, Christian, Empirie in der Rechtsdogmatik, JZ 1972, S. 609-614.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Stebner, Frank A., Verordnungsfähigkeit apothekenimportierter Arzneimittel ohne deutsche Zulassung oder EU-Zulassung (Unlicensed Use) in der vertragsärztlichen Versorgung, GesR 2016, S. 685-690.

Stein, Friedrich, Das private Wissen des Richters, Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse, Leipzig 1893.

Steiner, Gert H., Die maßgebliche Perspektive des Sachverständigen bei der gutachtlichen Beurteilung im sozialgerichtlichen Verfahren, MedSach 2017, S. 181-186.

Stern, Klaus (Begr.)/*Stern, Klaus/Sodan Helge/Möstl, Markus* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band I: Grundlagen und Grundbegriffe des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl., München 2022 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band I, § Rn.).

Stern, Klaus (Begr.)/*Stern, Klaus/Sodan Helge/Möstl, Markus* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band II: Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanzwesen, 2. Aufl., München 2022 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band II, § Rn.).

Stern, Klaus (Begr.)/*Stern, Klaus/Sodan Helge/Möstl, Markus* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band III: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 2. Aufl., München 2022 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band III, § Rn.).

Stern, Klaus (Begr.)/*Stern, Klaus/Sodan Helge/Möstl, Markus* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band IV: Die einzelnen Grundrechte, 2. Aufl., München 2022 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band IV, § Rn.).

Sternenfels, N.N. von, Gutachten des Obertribunalraths von Sternenfels zu Stuttgart, in: Deutscher Juristentag e.V. (Hrsg.), Verhandlungen des Zweiten Deutschen Juristentages – Gutachten, Reihe: Verhandlungen des Deutschen Juristentages, Band 1, Neudruck der Ausgabe 1861, Berlin 2020, S. 3-35 (zitiert: *Von Sternenfels*, Gutachten des Obertribunalraths von Sternenfels zu Stuttgart, in: Deutscher Juristentag e.V., Verhandlungen des Zweiten Deutschen Juristentages – Gutachten, S.).

Stock, Stephanie/Lauterbach, Karl Wilhelm/Sauerland, Stefan (Hrsg.), Gesundheitsökonomie, Lehrbuch für Mediziner und andere Gesundheitsberufe, 4. Aufl., Bern 2021.

Stockmar, Maria, Änderungen bei Wirtschaftlichkeitsprüfung und sachlich-rechnerischer Richtigstellung durch das TSVG, ZMGR 2019, S. 268-273.

Strauch, Hans-Joachim, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, Prozesse richterlicher Kognition, 2. Aufl., Baden-Baden 2022.

Teismann, Tobias/Brieger, Peter/Menzel, Susanne, Psychotherapie suizidaler Patienten, Nervenheilkunde 2022, S. 222-226.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Thomas, Heinz/Putzo, Hans (Begr.)/*Reichold, Klaus/Hüßtege, Rainer/Seiler, Christian/Nordmeier, Friedrich* (Fortführung), Zivilprozessordnung, FamFG, Verfahren in Familiensachen, EGZPO, GVG, EGGVG, VDuG, EU-Zivilverfahrensrecht, Kommentar, Reihe: Gelbe Erläuterungsbücher, 46. Aufl., München 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Thomas/Putzo, ZPO, § Rn.).

Tipke, Klaus/Kruse, Heinrich Wilhelm (Begr.)/*Seer, Roman/Brandis Peter/Drüen, Klaus-Dieter/Loose, Matthias/Krumm, Marcel* (Fortführung), Abgabenordnung - Finanzgerichtsordnung: AO/FGO, Loseblatt-Kommentar zur AO und FGO (inklusive Steuerstrafrecht), Band IV, Dokumentstand: 181. Lieferung, 05/2024, Werkstand: 186. Lieferung, 07/2025, Köln 2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Band IV, Ergänzungslieferung, Gesetz § Rn.).

Többens, Hans Werrier, Der Freibeweis und die Prozeßvoraussetzungen im Strafprozeß, NStZ 1982, S. 184-187.

Triepel, Heinrich, 3. Aussprache über die vorhergehenden Berichte, Redebeitrag von Heinrich Triepel, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung. Der Einfluß des Steuerrechts auf die Begriffsbildung des öffentlichen Rechts, Verhandlungen der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Münster i. W. am 29. und 30. März 1926, Reihe: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band 3, Berlin 1965, S. 43-62 (zitiert: *Triepel*, 3. Aussprache über die vorhergehenden Berichte, Redebeitrag von Heinrich Triepel, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, S.).

Trute, Hans-Heinrich, Wissen – Einleitende Bemerkungen, VERW 2010, Beiheft 9, S. 11-38.

Udsching, Peter, Besonderheiten des Sachverständigenbeweises im sozialgerichtlichen Verfahren, NZS 1992, S. 50-56.

Udsching, Peter/Schütze, Bernd (Hrsg.), SGB XI, Soziale Pflegeversicherung, Kommentar, Reihe: Gelbe Erläuterungsbücher, 6. Aufl., München 2024 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Udsching/Schütze, SGB XI, § Rn.).

Veit, Paul, Der typische Beweiswert ärztlicher Angaben im sozialgerichtlichen Verfahren, SGb 2019, S. 404-409.

Viehweg, Theodor, Topik und Jurisprudenz, Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Beck'sche Schwarze Reihe, Band 110, 5. Aufl., München 1974.

Völzmann-Stickelbrock, Barbara, Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und Parteiöffentlichkeit – Nicht mehr zeitgemäße oder unverzichtbare Elemente des Zivilprozesses?, ZZP 2005, S. 359-384.

Vogel, Max, Das Recht auf den gesetzlichen Berichterstatter, jM 2018, S. 245-250.

Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian (Hrsg.), Beck´scher Online-Kommentar Zivilprozessordnung, 57. Edition, München, Stand: 01.07.2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § Rn.).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Voßkuhle, Andreas, Rechtsschutz gegen den Richter, Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG, Reihe: Münchener Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Band 94, München 1993.

Voßkuhle, Andreas, Bruch mit einem Dogma: Die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen den Richter, NJW 2003, S. 2193-2200.

Voßkuhle, Andreas/Sydow, Gernot, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S. 673-682.

Wacke, Gerhard, Zur Funktionsfähigkeit unseres Rechtsprechungsstaates. Zehntausende erfolgloser Rechtsstreitigkeiten um die „Erdrosselungssteuer", seit 15 Jahren, durch alle Instanzen und das Bundesverfassungsgericht, DVBl. 1968, S. 537-544.

Wagner, Klaus, Die Feststellung eines Handelsbrauches, NJW 1969, S. 1282-1284.

Walter, Christian (Hrsg.), Beck´scher Online-Kommentar BVerfGG, 19. Edition, München, Stand: 01.06.2025 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Walter, BeckOK BVerfGG, § Rn.).

Walter, Gerhard, Der Anwendungsbereich des Anscheinsbeweises, ZZP 1977, S. 270-284.

Weber, Klaus (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 34. Edition, München, Stand: 01.04.2025 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Weber, Rechtswörterbuch, Stichwort Rn.).

Weinberger, Ota, Rechtslogik, 2. Aufl., Berlin 1989.

Weinkauff, Hermann, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NJW 1960, S. 1689-1696.

Welti, Felix, Der sozialrechtliche Rahmen ärztlicher Therapiefreiheit, GesR 2006, S. 1-12.

Welti, Felix, Zur praktischen Bestimmung der rechtlich gebotenen Barrierefreiheit, Forum D, Entwicklungen und Reformvorschläge, Diskussionsbeitrag Nr. 18/2013, abrufbar unter www.reha-recht.de (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Welti, Felix, Gibt es ein Recht auf bestmögliche Gesundheit?, Freiheits- und gleichheitsrechtliche Implikationen, GesR 2015, S. 1-8.

Welti, Felix, Zugänglichkeit und Barrierefreiheit der gesundheitlichen Infrastruktur – rechtliche Anforderungen – Teil 2, Fachbeitrag D8-2016, abrufbar unter www.reha-recht.de (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Welti, Felix/Raspe, Heiner, Evidenz und Akzeptanz von Medizin und Recht, NJW 2002, S. 874-875.

Wenner, Ulrich, Der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) aus der Sicht der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, GuP 2013, S. 41-50.

Wenner, Ulrich, Was „weiß" das BSG und woher weiß es etwas?, in: Buchner, Benedikt/Ladeur, Karl-Heinz (Hrsg.), Wissensgenerierung und -verarbeitung im Gesundheits- und Sozialrecht, Friedhelm Hase zum 65. Geburtstag, Tübingen 2016, S. 55-61 (zitiert: *Wenner*, Was „weiß" das BSG und woher weiß es etwas?, in: Buchner/Ladeur, FS Hase, S.).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wenner, Ulrich, Ehrenamtliche Richterinnen und Richter in den Kammern und Senaten für Vertragsarztrecht, in: Jacobs, Matthias/Plagemann, Florian/Schafhausen, Martin/Ziegler Ole (Hrsg.), Weiterdenken: Recht an der Schnittstelle zur Medizin, Festschrift für Hermann Plagemann zum 70. Geburtstag, München 2020, S. 263-275 (zitiert: *Wenner*, Ehrenamtliche Richterinnen und Richter in den Kammern und Senaten für Vertragsarztrecht, in: Jacobs et al., FS Plagemann, S.).

Wenner, Ulrich/Terdenge, Franz/Krauß, Karen, Grundzüge der Sozialgerichtsbarkeit, Strukturen – Kompetenzen – Verfahren, 3. Aufl., Köln 2005.

Wesel, Uwe, Juristische Weltkunde, Eine Einführung in das Recht, Reihe: suhrkamp taschenbuch wissenschaft 467, 8. Aufl., Frankfurt am Main 2000.

Wessel, Michael, Off-Label-Use von Medikamenten in der Gesetzlichen Krankenversicherung: zu hohe Hürden für Arzt und Patient im Einzelfall?, KrV 2022, S. 246-248.

Weyreuther, Felix, Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte, Schriftenreihe der Neuen Juristischen Wochenschrift, Heft 14, München 1971.

Wicke, Julia, Der Off-Label-Use – Probleme bei der Rechtsanwendung, in: Becker, Ulrich/Wilman, Nikola (Hrsg.), Im Zweifel auf Privatrezept?, Sozial- und haftungsrechtliche Aspekte des Off-Label-Use, Reihe: Studien aus dem Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Band 54, Baden-Baden 2012, S. 63-91 (zitiert: *Wicke*, Der Off-Label-Use – Probleme bei der Rechtsanwendung, in: Becker/Wilman, Im Zweifel auf Privatrezept?, S.).

Wiester, Wolfgang, Über die Aufgabe der Unfallversicherungsträger, die Richtwerte zur Bemessung der MdE überprüfen zu lassen – Zu den Voraussetzungen eines antizipierten Sachverständigengutachtens –, NZS 2001, S. 630-634.

Wigge, Peter, Evidenz-basierte Richtlinien und Leitlinien, Qualitätssicherungs- oder Steuerungsinstrumente in der GKV?, MedR 2000, S. 574-585.

Windeler, Jürgen, Evidence-based medicine in the further development of health care systems. Comments on a current discussion, ZaeFQ 2001, S. 88-93.

Windeler, Jürgen/Antes, Gerd/Behrens, Johann/Donner-Banzhoff, Norbert/Lelgemann, Monika, Randomisierte kontrollierte Studien, Kritische Evaluation ist ein Wesensmerkmal ärztlichen Handelns, DÄ 2008, S. 565-570.

Windisch, Florian, „Abwägung" als Relationsnorm-Konstruktion, Konstruktive Überlegungen zur Abwägung im Kontext der Strukturierenden Rechtslehre, in: Müller, Friedrich/Mastronardi, Philippe (Hrsg.), „Abwägung", Herausforderung für eine Theorie der Praxis, Schriftenreihe: Schriften zur Rechtstheorie, Band 272, Berlin 2014, S. 19-86 (zitiert: *Windisch*, „Abwägung" als Relationsnorm-Konstruktion, Konstruktive Überlegungen zur Abwägung im Kontext der Strukturierenden Rechtslehre, in: Müller/Mastronardi, „Abwägung", Herausforderung für eine Theorie der Praxis, S.).

Wischmeyer, Thomas, Der „Wille des Gesetzgebers": Zur Rolle der Gesetzesmaterialien in der Rechtsanwendung, JZ 2015, S. 957-966.

Wohlrapp, Harald (Hrsg.), Wege der Argumentationsforschung, Reihe: problemata, Band 135, Stuttgart 1995.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wolf, Wilhelm, Richterliche Entscheidungsroutinen als Gegenstand und Leitfaden der juristischen Methodenlehre: zivilrechtliche Perspektiven, in: Reimer, Franz (Hrsg.), Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, Reihe: Schriften des Rudolf-von-Jhering-Instituts Gießen, Band 2, Baden-Baden 2016, S. 75-90 (zitiert: *Wolf*, Richterliche Entscheidungsroutinen als Gegenstand und Leitfaden der juristischen Methodenlehre: zivilrechtliche Perspektiven, in: Reimer, Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, S.).

Wolff, Daniel, Willkür und Offensichtlichkeit: Die verfassungsrechtliche Prüfung einer Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG i. V. m. Art. 267 Abs. 3 AEUV, AöR 141 (2016), S. 40-105.

Wollenschläger, Burkard, Wissensgenerierung im Verfahren, Reihe: Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht, Band 2, Tübingen 2009.

Wulffen, Matthias von, Die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung beim „off-label-use" von Arzneimitteln, in: Becker, Peter/Dalichau, Gerhard (Hrsg.), Perspektiven des Gesundheitswesens: Festschrift für Bernd Wiegand zum 65. Geburtstag am 26. April 2003, Wiesbaden 2003, S. 161-177 (zitiert: *von Wulffen*, Die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung beim „off-label-use" von Arzneimitteln, in: Becker/Dalichau, FS Wiegand, S.).

Wulfhorst, Traugott, Richterliche Konkretisierung sozialrechtlicher Normen mit Hilfe von Rechtstatsachen, in: Schulin, Bertram/Dreher, Wolfgang (Hrsg.), Sozialrechtliche Rechtstatsachenforschung – Probleme und Perspektiven, Kolloquium des Instituts für Rechtstatsachenforschung der Universität Konstanz am 7. Februar 1986, Schriftenreihe: Konstanzer Schriften zur Rechtstatsachenforschung, Band 3, 2. Aufl., Konstanz 1998, S. 21-28 (zitiert: *Wulfhorst*, Richterliche Konkretisierung sozialrechtlicher Normen mit Hilfe von Rechtstatsachen, in: Schulin/Dreher, Sozialrechtliche Rechtstatsachenforschung – Probleme und Perspektiven, S.).

Wysk, Peter (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Reihe: Beck'sche Kompakt-Kommentare, 4. Aufl., München 2025 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Wysk, VwGO, § Rn.).

Zacher, Hans Friedrich, Sozialrecht als interdisziplinäre Aufgabe – Der Beitrag der Rechtswissenschaft, in: Deutscher Sozialgerichtsverband (Hrsg.), Die verfassungsrechtliche Relevanz des Sozialrechts, Verhandlungen des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, 6. Bundestagung Essen, 5. und 6. Juni 1975, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Band 14, Bonn-Bad Godesberg 1975, S. 50-64 (zitiert: *Zacher*, Sozialrecht als interdisziplinäre Aufgabe – Der Beitrag der Rechtswissenschaft, in: Deutscher Sozialgerichtsverband, Die verfassungsrechtliche Relevanz des Sozialrechts, S.), ebenso online abrufbar unter https://epub.ub.uni-muenchen.de/10127/1/10127.pdf (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Zacher, Hans Friedrich, Grundfragen theoretischer und praktischer sozialrechtlicher Arbeit, VSSR 1976, S. 1-39.

Zacher, Hans Friedrich, Rechtswissenschaft und Sozialrecht, SGb 1979, S. 206-210.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zacher, Hans Friedrich, Der Sozialstaat als Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: Lüke, Gerhard/Ress, Georg/Will, Michael R. (Hrsg.), Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration, Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco, Schriftenreihe Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Abteilung, Band 100, Köln u.a. 1983, S. 943-978 (zitiert: *Zacher*, Der Sozialstaat als Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: Lüke/Ress/Will, Gedächtnisschrift Constantinesco, S.).

Zeihe, Paul-Arthur (Begr.)/*Hauck, Ernst* (Hrsg.), SGG, Soziale Gesetzgebung und Praxis, Das Sozialgerichtsgesetz und seine Anwendung, Loseblatt-Kommentar, Werkstand: 71. Ergänzungslieferung, Stand: 01.06.2024, 12. Aufl., Hürth 2024 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Zeihe, SGG, Ergänzungslieferung, § Rn.).

Zimmerling, Wolfgang/Brehm, Robert, Kritisches zum juristischen Prüfungsrecht, DVBl. 2012, S. 265-273.

Zippelius, Reinhold, Rechtsphilosophie, Reihe: Juristische Kurz-Lehrbücher, 6. Aufl., München 2011.

Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre, Schriftenreihe der juristischen Schulung/Studium, Band 93, 12. Aufl., München 2021.

Zöller, Richard (Begr.), Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, 35. Aufl., Köln 2024 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Zöller, ZPO, § Rn.).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Materialien I

Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften e.V. (AWMF), Die AWMF, abrufbar unter https://www.awmf.org/die-awmf (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften e.V. (AWMF), Publikation medizinischer Leitlinien, abrufbar unter https://www.awmf.org/leitlinien#:~:text=Leitlinien%20sind%20systematisch%20entwickelte%20Aussagen,bei%20spezifischen%20Gesundheitsproblemen%20zu%20unterst%C3%Bctzen. (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Bundesamt für Justiz (BfJ), Verkündung, abrufbar unter https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Rechtsetzung/Verkuendung/Verkuendung_node.html#:~:text=Seit%20dem%201.,recht.bund.de%20verk%C3%Bcndet. (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BauA), Dokumente zu den einzelnen Berufskrankheiten, abrufbar unter https://www.baua.de/DE/Themen/Praevention/Koerperliche-Gesundheit/Berufskrankheiten/Dokumente (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM), ICD-10-WHO, Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme der WHO, abrufbar unter https://www.bfarm.de/DE/Kodiersysteme/Klassifikationen/ICD/ICD-10-WHO/_node.html (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM), ICD-11 in Deutsch – Entwurfsfassung, abrufbar unter https://www.bfarm.de/DE/Kodiersysteme/Klassifikationen/ICD/ICD-11/uebersetzung/_node.html (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM), ICD-11, Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme, 11. Revision, abrufbar unter https://www.bfarm.de/DE/Kodiersysteme/Klassifikationen/ICD/ICD-11/_node.html (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM), Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme, 10. Revision, German Modification, Version 2025, abrufbar unter https://klassifikationen.bfarm.de/icd-10-gm/kode-suche/htmlgm2025/index.htm (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM), Vorschlagsverfahren, abrufbar unter https://www.bfarm.de/DE/Kodiersysteme/Klassifikationen/Vorschlagsverfahren/_node.html (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV), Archiv des Bundesgesetzblatts vor dem Jahr 2023, abrufbar unter https://www.recht.bund.de/de/archiv/archiv_node.html (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV), Inhalte, abrufbar unter https://www.bundesanzeiger.de/pub/de/howto-inhalte?6 (letzter Zugriff: 01.07.2025).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV), Was ist der Bundesanzeiger?, abrufbar unter https://www.bundesanzeiger.de/pub/de/start?3#:~:text=Der%20Bundesanzeiger%20ist%20die%20zentrale,sowie%20f%C3%BCr%20rechtlich%20relevante%20Unternehmensnachrichten (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Bundessozialgericht (BSG), Geschäftsverteilungsplan des Bundessozialgerichts für das Jahr 2025, in der Fassung der 2. Änderung des Geschäftsverteilungsplans des Bundessozialgerichts für das Jahr 2025 (Stand 25.07.2025), Kassel 2025, abrufbar unter https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Geschaeftsverteilungsplaene/Geschaeftsverteilungsplan_2025_02.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (letzter Zugriff: 21.09.2025).

Deutscher Bundestag, Drucksachen, abrufbar unter https://www.bundestag.de/dokumente/drucksachen (letzter Zugriff: 01.07.2025).

European Medicines Agency (EMA), Comirnaty (COVID-19-mRNA-Impfstoff), Übersicht über Comirnaty und warum es in der EU zugelassen ist, EMA-DOC-1829012207-27807, EMEA/H/C/005735, London 2025, abrufbar unter https://www.ema.europa.eu/de/documents/overview/comirnaty-epar-medicine-overview_de.pdf (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Gemeinsamer Bundesausschuss (G-BA), Tragende Gründe zum Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Erteilung eines Auftrags an die Expertengruppe nach § 35c Absatz 1 SGB V (Expertengruppe Off-Label): Rituximab bei schubförmig-remittierender Multipler Sklerose vom 20.04.2023, Berlin 2023, abrufbar unter https://www.g-ba.de/downloads/40-268-9443/2023-04-20_AM-RL-VI_Auftrag-Rituximab-Multiple-Sklerose_TrG.pdf (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG), Allgemeine Methoden, Entwurf für Version 8.0 vom 25.02.2025, Köln 2025, abrufbar unter https://www.iqwig.de/methoden/allgemeine-methoden_entwurf-fuer-version-8-0.pdf (letzter Zugriff: 01.07.2025).

juris GmbH, juris Rechtsprechung, abrufbar unter https://www.juris.de/jportal/nav/produkte/werk/juris-rechtsprechung.jsp (letzter Zugriff: 01.07.2025).

juris GmbH, Über juris, abrufbar unter https://www.juris.de/jportal/nav/unternehmen/index.jsp (letzter Zugriff: 01.07.2025).

juris GmbH, Willkommen bei juris, abrufbar unter https://www.juris.de/jportal/nav/index.jsp (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Ruhr Universität Bochum (RUB), Juristische Fakultät, Institut für Sozial- und Gesundheitsrecht, Übersicht der Entscheidungen zur Umsetzung des Nikolausbeschlusses, abrufbar unter https://www.nikolaus-beschluss.de/decisions (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Wissenschaftsrat (WR), Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen (Drs. 2558-12), Hamburg 09.11.2012, abrufbar unter https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (letzter Zugriff: 01.07.2025).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Materialien II

Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften e.V. (AWMF), S3-Leitlinie Posttraumatische Belastungsstörung der Deutschsprachigen Gesellschaft für Psychotraumatologie (DeGPT), Langversion, Version: 19.12.2019, AWMF-Register Nr. 155-001, Berlin 2019, abrufbar unter https://register.awmf.org/assets/guidelines/155-001l_S3_Posttraumatische_Belastungsstoerung_2020-02_1.pdf (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften e.V. (AWMF), S3-Leitlinie „Rauchen und Tabakabhängigkeit: Screening, Diagnostik und Behandlung", Langversion, AWMF-Register Nr. 076-006, Gültig bis 31.12.2025, Berlin 2021, abrufbar unter https://register.awmf.org/assets/guidelines/076-006l_S3_Rauchen-_Tabakabhaengigkeit-Screening-Diagnostik-Behandlung_2021-03.pdf (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Bernert, Guenther/Hahn, Andreas/Köhler, Cornelia/Meyer, Sascha/ Schara, Ulrike/Schlachter, Kurt/Trollmann, Regina/Walter, Maggie C., Expertenempfehlung: Therapie nichtgehfähiger Patienten mit Muskeldystrophie Duchenne, Der Nervenarzt 2021, S. 359-366, abrufbar unter https://link.springer.com/article/10.1007/s00115-020-01019-3 (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Bolm-Audorff, Ulrich et al., Medizinische Beurteilungskriterien zu bandscheibenbedingten Berufskrankheiten der Lendenwirbelsäule (I), Konsensempfehlungen zur Zusammenhangsbegutachtung der auf Anregung des HVBG eingerichteten interdisziplinären Arbeitsgruppe, Trauma und Berufskrankheit 2005, S. 211-252.

Bolm-Audorff, Ulrich et al., Medizinische Beurteilungskriterien zu bandscheibenbedingten Berufskrankheiten der Lendenwirbelsäule (II), Konsensempfehlungen zur Zusammenhangsbegutachtung der auf Anregung des HVBG eingerichteten interdisziplinären Arbeitsgruppe, Trauma und Berufskrankheit 2005, S. 320-332.

Bundesministerium für Digitales und Verkehr (BMDV), Mobilität in Deutschland – MiD, Kurzbericht, Projekt: 7555, Version 1.2, Bonn 2025, abrufbar unter https://www.mobilitaet-in-deutschland.de/pdf/MiD2023_Kurzbericht.pdf (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung e.V. (DGUV), Bamberger Empfehlung, Empfehlung zur Begutachtung von arbeitsbedingten Hauterkrankungen und Hautkrebserkrankungen, Berlin 2017, abrufbar unter https://publikationen.dguv.de/widgets/pdf/download/article/2058 (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung e.V. (DGUV), Empfehlung für die Begutachtung der Lärmschwerhörigkeit (BK-Nr. 2301) – Königsteiner Empfehlung –, Berlin 2020, abrufbar unter https://publikationen.dguv.de/widgets/pdf/download/article/2559 (letzter Zugriff: 01.07.2025).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Vierte Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Umsetzung der Leistungen für Bildung und Teilhabe vom 24.11.2020, Berlin 2020, abrufbar unter https://www.deutscher-verein.de/fileadmin/user_upload/dv/pdfs/Empfehlungen_Stellungnahmen/2020/dv-11-20_leistungen-fuer-bildung-teilhabe.pdf (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Gewährung des Mehrbedarfs bei kostenaufwändiger Ernährung gemäß § 30 Abs. 5 SGB XII vom 16.09.2020, redaktionell geändert am 10.11.2023, Berlin 2023, abrufbar unter https://www.deutscher-verein.de/fileadmin/user_upload/dv/pdfs/Empfehlungen_Stellungnahmen/2020/dv-12-20_kostenaufwaendige-ernaehrung.pdf (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Dilling, Horst/Mombour, Werner/Schmidt, Martin H., Internationale Klassifikation psychischer Störungen, ICD-10 Kapitel V (F), Klinisch diagnostische Leitlinien, 10. Aufl. unter Berücksichtigung der Änderungen entsprechend ICD-10-GM 2015, Bern 2015.

Else Kröner-Fresenius-Zentrum für Ernährungsmedizin, Essen und Trinken bei Laktoseintoleranz, München 2004, abrufbar unter https://www.yumpu.com/de/document/read/10177925/essen-und-trinken-bei-laktoseintoleranz-klinikum-rechts-der-isar (letzter Zugriff: 01.07.2025).

European Commission, Anhang I, Zusammenfassung der Merkmale des Arzneimittels, abrufbar unter https://ec.europa.eu/health/documents/community-register/2011/20111032498889/anx_98889_de.pdf (letzter Zugriff: 01.07.2025).

European Medicines Agency (EMA), Zusammenfassung des EPAR für die Öffentlichkeit, Avastin (Bevacizumab), EMA/302947/2017, EMEA/H/C/000582, London 2017, abrufbar unter https://www.ema.europa.eu/de/documents/overview/avastin-epar-summary-public_de.pdf (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Haase, Herwig E., Aktuelle Finanzierungsfragen der Sozialversicherung in der DDR, in: Zieger, Gottfried (Hrsg.), Recht, Wirtschaft, Politik im geteilten Deutschland: Festschrift für Siegfried Mampel zum 70. Geburtstag am 13. September 1983, Köln 1983, S. 325-344 (zitiert: *Haase*, Aktuelle Finanzierungsfragen der Sozialversicherung in der DDR, in: Zieger, FS Mampel, S.).

Heese, Michael, Wiederaufnahme: Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge, Ein Streifzug durch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, JZ 2020, S. 178-189.

Kunz, Friethjof/Baumgart, Alfred/Bredernitz, Harry/Kirmse, Gerhard/Kobert, Reinhard/Kranke, Rudi/Rudelt, Walter, Lexikon des Arbeitsrechts der Deutschen Demokratischen Republik, Berlin 1972.

Marxistisch-Leninistische Partei Deutschlands (MLPD), Programm der Marxistisch-Leninistischen Partei Deutschlands, Gelsenkirchen 2016, abrufbar unter https://www.mlpd.de/parteiprogramm (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Molkentin, Thomas, Psychische Erkrankungen und Berufskrankheiten, SGb 2019, S. 200-205.

Pitz, Andreas/Strametz, Reinhard, Das Second Victim Phänomen und die gesetzliche Unfallversicherung, SGb 2021, S. 405-413.

Pschyrembel-Redaktion, Pschyrembel Klinisches Wörterbuch, begründet von Pschyrembel, Willibald, 269. Aufl., Berlin 2023.

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Tacheles e.V. (Tacheles), Aktuelles Archiv, Stellungnahmen zum Vorlageverfahren wegen Sanktionen im SGB II beim BVerfG, 28.06.2017, abrufbar unter https://www.tacheles-sozialhilfe.de/aktuelles/archiv/stellungnahmen-zum-vorlageverfahren-wegen-sanktionen-im-sgb-ii-beim-bverfg-.html (letzter Zugriff: 01.07.2025).

World Health Organization (WHO), ICD-11, International Classification of Diseases 11th Revision, The global standard for diagnostic health information, abrufbar unter https://icd.who.int/en (letzter Zugriff: 01.07.2025).

World Health Organization (WHO), The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders: Clinical descriptions and diagnostic guidelines, Genf 1992, abrufbar unter https://cdn.who.int/media/docs/default-source/classification/other-classifications/9241544228_eng.pdf?sfvrsn=933a13d3_1&download=true (letzter Zugriff: 01.07.2025).

Zaiß, Albrecht (Hrsg.), DRG: Verschlüsseln leicht gemacht, Deutsche Kodierrichtlinien mit Tipps, Hinweisen und Kommentierungen Stand 2020, 16. Aufl., Köln 2020 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Zaiß, DRG: Verschlüsseln leicht gemacht, Kapitel S).

https://doi.org/10.5771/9783748968887 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748968867 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -