

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 rechtmethodisch 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 Rechtsfigur¹⁵¹² der generellen Tatsache von der Rechtsprechung entwickelt. Aufgegriffen und definiert wurde der Begriff der generellen Tatsache erstmalig in einem Urteil des BSG¹⁵¹³ 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.

Jahr 1973¹⁵¹⁴. In diesem Urteil wurden Auskünfte eingeholt¹⁵¹⁵ 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 miteinzubeziehen¹⁵¹⁷. 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 Rechtsnormerzeugung¹⁵¹⁸ 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.

Menschen oder eine einzelne Sache beziehen [...]“¹⁵²¹ *Philippi* setzt in Anlehnung an die englischsprachige Rechtsliteratur¹⁵²² 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 Einzeltatsachen¹⁵²⁵ 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 abzugrenzen¹⁵²⁸. 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.

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 Befunden¹⁵³⁰, basieren und/oder dass für ihre Verwertung und Feststellung besondere Sach- und Fachkunde notwendig ist, welche sich insbesondere aus diesen Quellen ergibt¹⁵³¹. 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 angewiesen¹⁵³². 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.

verhältnisse innerhalb der Gesellschaft¹⁵³³. 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 eindeutigen 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 Verarbeitung¹⁵³⁸ 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“ angewiesen¹⁵⁴⁰. 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, 596 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).

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 (Erfahrungssätze¹⁵⁴²) 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 Wissen¹⁵⁴⁶ bezeichnet werden. Darunter ist das theoretische Wissen über Rechtsgrundlagen (Rechtsdogmatik) und die juristische Methode der Rechtsanwendung¹⁵⁴⁷ 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.

wissen kann also als professionelles¹⁵⁴⁹ oder fachjuristisches¹⁵⁵⁰ 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 haben¹⁵⁵¹. Aber auch Absolventen von Studiengängen außerhalb der klassischen Juristenausbildung können über diese Expertise verfügen¹⁵⁵².

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 extrajuristisches¹⁵⁵⁴ oder außerjuridisches¹⁵⁵⁵ 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-)Ökonomie¹⁵⁵⁶, die Psychologie, die Pflegewissenschaft, die Philosophie, die Ökotrophologie, die Sozialwissenschaft¹⁵⁵⁷, insbesondere die Soziologie¹⁵⁵⁸, die (Sozial-)Pädagogik oder die Ingenieurwissenschaft¹⁵⁵⁹. 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.), Extrajuristisches 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.

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 Richter¹⁵⁶² 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.

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 Erfahrungssätze¹⁵⁶⁷. 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).

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 AMG¹⁵⁷⁰ gezählt werden. Darüber hinaus sind als Erkenntnisgrundlagen Veröffentlichungen der Zulassungsbehörden einzelner Informationen im Zusammenhang mit einer Arzneimittelzulassung gemäß § 34 Abs. 1a AMG im Internet¹⁵⁷¹ zu nennen. Aus der Packungsbeilage und/oder Fachinformation über die Anwendung eines Medikaments gemäß §§ 11 und 11a AMG¹⁵⁷² oder den Bekanntmachungen der nationalen Arzneimittelzulassungsbehörden über die Ergebnisse klinischer Prüfungen gemäß § 42b AMG¹⁵⁷³ 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-BA¹⁵⁷⁴, Gutachten und Stellungnahmen des G-BA oder des IQWiG¹⁵⁷⁵ sowie Stellungnahmen des BMAS zu bestimmten sozialmedizinischen Fragen¹⁵⁷⁶ 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.

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 Studien¹⁵⁷⁸ zu fassen. Daneben können sich generelle Tatsachen auch aus medizinischen Sachverständigengutachten ergeben¹⁵⁷⁹. 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 dienen¹⁵⁸⁰. Generelle Tatsachen sind also, wie bereits gesagt wurde, besondere (medizinische) Erfahrungssätze¹⁵⁸¹. Diese basieren auf wissenschaftlichen Erkenntnissen, welche den aktuellen medizinischen Erkenntnisstand¹⁵⁸² widerspiegeln¹⁵⁸³.

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 kann¹⁵⁸⁴. So z.B., wenn die Rechtsprechung rechtswissenschaftliche Grundlagenliteratur zur juristischen Methodik¹⁵⁸⁵, rechtswissenschaftliche Aufsätze¹⁵⁸⁶, 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.

setzeskommentare¹⁵⁸⁷ oder Gesetzesmaterialien¹⁵⁸⁸ zitiert bzw. ausgewertet 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 Leitlinien¹⁵⁹² basieren auf klinischer Erfahrung und wissenschaftlicher Evidenz, ihnen liegt also die EbM¹⁵⁹³ 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).

dard.¹⁵⁹⁴ Leitlinien sind also medizinische Normen, welche dem Rechtswender 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-Tabellen¹⁶⁰⁰) 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.

gen die gesetzliche Unfallversicherung¹⁶⁰² 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 benötigt¹⁶⁰⁴. 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.

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 (BKV¹⁶¹¹) 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, Merkblätter¹⁶¹⁴ 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.; Rieke, 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).

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.

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 BSG¹⁶²⁹ herangezogen.¹⁶³⁰

i. Empfehlungen des *Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge* zur Gewährung des Mehrbedarfs bei kostenaufwändiger Ernährung

Gemäß § 21 Abs. 5 SGB II¹⁶³¹ 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.).

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 XII¹⁶³² 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 kostenaufwändiger 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.

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 EPAR¹⁶⁴⁰, wissenschaftlichen Erkenntnissen aus der Medizin¹⁶⁴¹ oder der ICD¹⁶⁴², 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 Festschriftenbeitrag¹⁶⁴³ 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.

selbst festzustellen.¹⁶⁴⁴ In der rechtswissenschaftlichen Literatur¹⁶⁴⁵ und der sozialgerichtlichen Rechtsprechung¹⁶⁴⁶, insbesondere des 2. Senats des BSG¹⁶⁴⁷, 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 werden¹⁶⁴⁸. In der Literatur¹⁶⁴⁹ und Rechtsprechung¹⁶⁵⁰ werden generelle Tatsachen und Rechtstatsachen vereinzelt gleichgesetzt¹⁶⁵¹. 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 – II 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).

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 erforschte¹⁶⁵³. Wie zu Beginn der Arbeit bereits erwähnt wurde, ist die Rechtssoziologie eine eigene Disziplin mit eigenen Erkenntniszielen und Methoden.¹⁶⁵⁴ Der soziologischen¹⁶⁵⁵ 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 Faktum¹⁶⁵⁶. Hierfür kommt sie nicht ohne empirische Erhebungen¹⁶⁵⁷ 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 Widerspruchsausschüsse 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.

te. Dazu gehöre auch der Einbezug der Sozialwissenschaften in die juristische Ausbildung¹⁶⁶⁰. 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 Rechtsnormerzeugung¹⁶⁶² 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 sein¹⁶⁶³.

1660 Zur Förderung des Bewusstseins in der Juristenausbildung, dass die Rechtsanwendung ohne Bezug zu fachfremden 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.

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.

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 RA 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., Nöber, 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.

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 Literatur¹⁶⁷⁷ und Rechtsprechung¹⁶⁷⁸ den allgemeinkundigen Tatsachen zugeordnet. Wie gezeigt wurde, können solche Tatsachen zu den generellen Tatsachen gehören¹⁶⁷⁹. 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 belegt¹⁶⁸⁰.

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 SGG¹⁶⁸¹ 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.

b. Gerichtskundige Tatsachen

Unter gerichtskundigen Tatsachen¹⁶⁸³ 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 allgemeinkundigen¹⁶⁸⁸ sowie gerichtskundigen¹⁶⁸⁹ 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.

den offenkundigen Tatsachen kein besonderes Erfahrungswissen zugrunde liegt¹⁶⁹⁰. 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 Erfahrungssätze¹⁶⁹¹, im Unterschied zu offenkundigen Tatsachen bewiesen werden müssen¹⁶⁹².

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 SGG¹⁶⁹³ 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.

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 GG¹⁶⁹⁹ 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 darstellt¹⁷⁰⁰, 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 SGG¹⁷⁰², 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.

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 Aufklärung¹⁷⁰⁴ durch das BSG unterworfen wäre.¹⁷⁰⁵ Diese Argumentation kann mit der teleologischen Trennungstheorie zur Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatsachenfragen¹⁷⁰⁶ 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 Tatsachen¹⁷⁰⁷, nicht berücksichtigt, tatsächlich nicht existierende besondere Erfahrungssätze angewandt oder besondere Erfahrungssätze fehlerhaft angewandt hat¹⁷⁰⁸.

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).

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) verwirklicht¹⁷⁰⁹ wird. Weiterhin lässt sich eine Ermächtigung zur Feststellung genereller Tatsachen aus der in einem gewissen Umfang 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 Beweiserhebung¹⁷¹¹ 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 Erkenntnisgrundlage¹⁷¹² notwendig ist. Zu dieser Frage hat sich der *Große Senat des BSG* geäußert. Vorangegangen war dieser Entscheidung ein Revisionsverfahren¹⁷¹³, 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“ (ZRBG¹⁷¹⁴) 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).

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)) wurde¹⁷¹⁵. Das BSG legte dem *Großen Senat* verschiedene Fragen vor, welche sich auf die Auslegung¹⁷¹⁶ und Anwendung des ZRBG bezogen¹⁷¹⁷. Im Verfahren vor dem *Großen Senat* beantragte die Klägerin, dass u.a. Beweis in der Form eines historischen Sachverständigen-gutachtens 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 wurden¹⁷¹⁸. Grundsätzlich hielt der *Große Senat* eine eigenständige Beweiserhebung durch das BSG für denkbar¹⁷¹⁹, 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.

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 herausarbeiten¹⁷²⁴. Nicht möglich und auch nicht zulässig ist es hingegen, mit diesen generellen Tatsachen zu belegen, ob überhaupt die Aufnahme einer Tätigkeit erfolgte¹⁷²⁵, welche Tätigkeiten die betroffene Person in welchem Zeitraum verrichtet hat und ob sie selbst bestimmen konnte, ob und wie sie dieser Tätigkeit nachgehen wollte¹⁷²⁶. 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 obsolet¹⁷²⁷.

c. Abgrenzung zwischen generellen Tatsachen und Rechtsnormen anhand ausgewählter Beispiele

Im diesem Kapitel werden antizipierte Sachverständigengutachten¹⁷²⁸ ins Verhältnis zu Rechtsnormen¹⁷²⁹ und generellen Tatsachen gesetzt (aa.). Weiterhin wird die Rechtsnatur von allgemeinen Erfahrungssätzen¹⁷³⁰ 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).

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 wurden¹⁷³¹. 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 Ermächtigungsgrundlage¹⁷³⁴ 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 Literatur¹⁷³⁸ und auch Rechtsprechung¹⁷³⁹ 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.

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 verrechtlicht¹⁷⁴⁰ und in die Anlage zu § 2 VersMedV, welche auf aktuellen wissenschaftlich-medizinischen Erkenntnissen basiert¹⁷⁴¹, überführt wurde. Diese Anlage ist als zur VersMedV gehörender Bestandteil¹⁷⁴² als normativ-verbindliche Rechtsvorschrift einzustufen. Das macht § 2 S. 1 VersMedV deutlich. Zudem wird die Anlage zu § 2 VersMedV als Anlageband zum Bundesgesetzblatt¹⁷⁴³ ausgegeben¹⁷⁴⁴. 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-BA¹⁷⁴⁵ oder den Anlagen 1 und 2 zu der BKV der Bundesregierung¹⁷⁴⁶. Diese Anlagen sind Bestandteil einer Richtlinie oder Rechtsverordnung, also eines Rechtssatzes, welcher von einem demokratisch legitimierten Gesetzgeber¹⁷⁴⁷ 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-BA¹⁷⁴⁸.

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).

(2) Antizipierte Sachverständigengutachten als generelle Tatsachen?

(i) MdE-Tabellen

Zunächst ist klar, dass MdE-Tabellen keine formellen oder materiellen Gesetze¹⁷⁴⁹ darstellen¹⁷⁵⁰, was jedoch in der Praxis anders gehandhabt wird¹⁷⁵¹. Nach Ansicht des Verfassers repräsentieren die MdE-Tabellen besondere Erfahrungssätze¹⁷⁵², welche auf wissenschaftlicher Grundlage basieren¹⁷⁵³. Demnach sind sie als generelle Tatsachen¹⁷⁵⁴ und bei Erfüllung der oben genannten Voraussetzungen¹⁷⁵⁵, als antizipierte Sachverständigengutachten¹⁷⁵⁶ einzuordnen. Der dieser entgegengesetzten Ansicht, dass MdE-Tabellenwerte nicht auf empirischen Erkenntnissen basierten¹⁷⁵⁷ 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.).

die auf wissenschaftliche oder empirische Erkenntnisse verweisen¹⁷⁵⁸. Beispielsweise wirken bei der Herausgabe der Königsteiner Empfehlung Mediziner¹⁷⁵⁹ mit, welche aktuelle medizinische Erkenntnisse rezipieren¹⁷⁶⁰. Aus den genannten Gründen ist es somit einleuchtender, MdE-Tabellenwerte als besondere Erfahrungssätze bzw. generelle Tatsachen einzuordnen, welche revisionsgerichtlich festgestellt werden können¹⁷⁶¹.

(ii) Gerichtliche Kontrolle

Nach der Ansicht des Verfassers sind antizipierte Sachverständigengutachten aufgrund ihrer fehlenden Rechtssatzqualität vollumfänglich gerichtlich überprüfbar. Im Ergebnis stellen sie generelle Tatsachen dar¹⁷⁶². Das bedeutet nicht gleichzeitig, dass jede generelle Tatsache ein antizipiertes Sachverständigengutachten darstellt. In diesem Zusammenhang sind die an antizipierte Sachverständigengutachten zu stellenden Voraussetzungen¹⁷⁶³ 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 will¹⁷⁶⁴. 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.

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 Erfahrungssätze¹⁷⁶⁶ enthalten, ebenso wie Rechtssätze, Obersätze und dienen demnach als Beurteilungsmaßstab von Einzeltatsachen.¹⁷⁶⁷ Das BSG misst allgemeinen Erfahrungssätzen, in Anlehnung an die Rechtsprechung anderer Rechtsgebiete¹⁷⁶⁸, 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.

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 Aussagesätze¹⁷⁷⁴ 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 Qualität¹⁷⁷⁶ nicht zielführend.

cc. Zwischenergebnis

Die in Kapitel F. IV. 1. c. genannten Regelwerke, mit Ausnahme der als Rechtsnormen eingeordneten¹⁷⁷⁷, oder die tatsächlichen Schlüsse daraus haben gemeinsam, dass sie keine Rechtsnormen¹⁷⁷⁸ 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.; Hauelsen, 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.

te nicht binden¹⁷⁷⁹. 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 Erfahrungssätze¹⁷⁸⁰ aufgestellt werden. Auch die Rechtsfigur der generellen Tatsache mit normativer und ohne normative Qualität ist abzulehnen. Generelle Tatsachen sind Tatsachen¹⁷⁸¹. Auch beim Einsatz der MdE-Tabellen ist diese Problematik zu beobachten¹⁷⁸². Andersherum konnte auch herausgearbeitet werden, dass Tendenzen ersichtlich sind, Rechtsnormen als Tatsachen einzuordnen. Zu zeigen ist das z.B. anhand der Anlage zu § 2 VersMedV¹⁷⁸³. In den aufgeführten Fällen wird fälschlicherweise entweder von einem „Sein“ auf ein „Sollen“ oder von einem „Sollen“ auf ein „Sein“ geschlossen¹⁷⁸⁴ und die Grenze zwischen Rechts- und Tatsachenfrage verwischt¹⁷⁸⁵.

2. Rechtsmethodische Einordnung

An das erarbeitete Ergebnis, dass allgemeine Erfahrungssätze und generelle Tatsachen keine Rechtsnormen sind¹⁷⁸⁶, 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. I. c. bb.

1781 *Ebd.*

1782 F. IV. I. c. aa. (2) (i).

1783 F. IV. I. c. aa. (1).

1784 Siehe dazu: C. I. I. a.

1785 Siehe: C. III.

1786 F. IV. I. c. cc.

a. Feststellung genereller Tatsachen durch das BSG

Ist ein Rechtsbegriff (noch) nicht abschließend tatsachenbasiert¹⁷⁸⁷ definiert oder lassen sich tatsächliche Feststellungen eines *Landessozialgerichts* (noch) nicht unter einen ausgelegten Rechtsbegriff subsumieren, kann das BSG diese unvollständigen oder fehlenden¹⁷⁸⁸, 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 einzutreten¹⁷⁹¹, also z.B. selbst externes Informationsmaterial in das Verfahren einzubringen, medizinische Gutachten in Auftrag zu geben sowie Sachverständige anzuhören¹⁷⁹² 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 ist¹⁷⁹⁴ 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. 1f. 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.

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 ersetzen¹⁷⁹⁷. 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 spricht¹⁷⁹⁸.

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. Rechtsnormkonstruktion¹⁷⁹⁹ 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.

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 Tatsachen¹⁸⁰² 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) Fakten¹⁸⁰⁶ 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.

gezeigte tatsächengestützte 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 einwirken, aber auch als „Subsumtionsmaterial“ rechtserheblich seien¹⁸¹⁰. Hinweise darauf, dass generelle Tatsachen unter einen Rechtsbegriff subsumiert werden, sind z.B., dass der Rechtsbegriff abschließend normativ und/oder tatsächengestützt, 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.

(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 Rechtsauslegung¹⁸¹², nicht geringer sein könne als in Bezug auf Regeltatsachen¹⁸¹³. Weiterhin erkennt *er* auch eine revisionsgerichtliche Feststellungs- und Überprüfungskompetenz für generelle Tatsachen zur Auslegung und zur Subsumtion, wenn damit eine eigene Beweisaufnahme einhergeht¹⁸¹⁴. *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, widersprechen¹⁸¹⁵. *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.

wichtigste Einschränkung sei die unzulässige Feststellung von Einzeltatsachen¹⁸¹⁶. 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 dienen (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 wird¹⁸¹⁸, eingeordnet werden.¹⁸¹⁹ So wird nach diesem Modell die Rechtsnorm durch verschiedene Elemente (Sachbereich, Normprogramm, Normbereich und Entscheidungsnorm) hergestellt¹⁸²⁰, 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 finden¹⁸²¹. 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.

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 Rechtsauslegung¹⁸²² und zur Subsumtion in einem zugelassenen Revisionsverfahren grundsätzlich zur Rechtsfrage¹⁸²³ gehört. Die Erhebungs- und Feststellungstätigkeit an sich bleibt jedoch Tatsachenfrage¹⁸²⁴. 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 Tatsachenfragen¹⁸²⁵ 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 werden¹⁸²⁶. Damit durchbricht die Feststellung genereller Tatsachen zur Rechtsauslegung und zur Subsumtion in einem zugelassenen Revisionsverfahren zulässigerweise § 163 SGG¹⁸²⁷.

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.

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 Aussagesätze¹⁸²⁹ 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 kann¹⁸³³. 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.

§ 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 abzielen, grundsätzlich keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung¹⁸³⁵, 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 BKV¹⁸³⁹, 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 „Standes 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.

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“ gehöre¹⁸⁴⁰. 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 erlangen¹⁸⁴¹. Beachtet werden muss jedoch, dass dabei die generelle Tatsache an sich nicht revisibel ist. Vielmehr ist es notwendig, dass sich die Rechtsfrage auf eine reversible 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 könnten¹⁸⁴². 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.

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 Auslegung¹⁸⁴³, 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 Tatsachenfragen¹⁸⁴⁸ 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. I. 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.

chenfragen nicht zur Zulassung der Revision führen können¹⁸⁵⁰. 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. SGG¹⁸⁵² 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 SGG¹⁸⁵⁵ 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).

arbeitsmarktbezogener Erkenntnisse durch das LSG¹⁸⁵⁸, die unterlassene Aufklärung medizinischer Erkenntnisse¹⁸⁵⁹ oder die unterbliebene Berücksichtigung einer bestimmten Studie durch das Tatsachengericht¹⁸⁶⁰ 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 festzustellen¹⁸⁶¹.

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 Grundsätze¹⁸⁶⁴ 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 SGG¹⁸⁶⁶, 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.

weiserhebung gemäß § 106 und § 117 SGG¹⁸⁶⁷, der Beweiswürdigung gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG¹⁸⁶⁸, 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 Tatsachen¹⁸⁷⁰, 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.

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.

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 GG¹⁸⁷⁶), 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 eingeschränkt¹⁸⁷⁹, 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 Wesentlichkeitsgrundsatzes¹⁸⁸⁴ 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.

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 Beweislastgrundsätzen¹⁸⁸⁷ 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 SGG¹⁸⁸⁹).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.

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 BSG¹⁸⁹², mit ggf. eigenständiger Beweiserhebung¹⁸⁹³, 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 dienen¹⁸⁹⁴. 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 erforderlich¹⁸⁹⁵. 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 sein¹⁸⁹⁶. Das ist notwendig, damit gegen Verfehlungen ausreichender Rechtsschutz 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.

ist¹⁸⁹⁷. Außerdem kann die Rechtswissenschaft dadurch ihrer Aufgabe der kritischen Analyse der Rechtsprechung gerecht werden¹⁸⁹⁸.

VIII. Zusammenfassung

Grundsätzlich gilt, dass das BSG generelle Tatsachen¹⁸⁹⁹ 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 Beweismwürdigung 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 Beweismwürdigung 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.