

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

In diesem Kapitel folgt eine exemplarische Auswertung ausgewählter Rechtsprechung aus dem öffentlichen Recht (II.) und aus dem Zivilrecht (III.) hinsichtlich der Feststellung genereller Tatsachen durch die Revisionsinstanz.

I. Vorbemerkungen

1. Datenbasis

Um die genannte Rechtsprechung zu analysieren, wird auf die Datenbank *juris* zurückgegriffen. Die *juris GmbH* wurde im Jahr 1985 gegründet und stellt ihren Nutzern Gesetze und Rechtsprechung sowie eine Auswahl an Kommentierungen und Fachliteratur aus den unterschiedlichsten Rechtsgebieten kostenpflichtig zur Verfügung.¹⁹⁰⁶ Die Datenbank *juris* umfasst, neben der Rechtsprechung der anderen vier obersten Bundesgerichte, alle Revisionsurteile sowie veröffentlichungswürdigen Beschlüsse des *Bundessozialgerichts* seit dem Jahr 1955. Seit dem Jahr 1954 wird zudem eine Auswahl bedeutsamer Rechtsprechung der dazugehörigen Instanzgerichte (*SG* und *LSG*) erfasst.¹⁹⁰⁷ Alle im Folgenden mit der Auswertung von Rechtsprechung¹⁹⁰⁸ zusammenhängenden Ausführungen und aufgestellten Thesen des Verfassers beziehen sich ausschließlich auf den in der Datenbank von *juris* veröffentlichten Text. Für die Zuordnung einer bestimmten rechtlichen Angelegenheit zum jeweils dazugehörigen Senat des *BSG* wurde auf den aktuellen Geschäftsverteilungsplan des *BSG*¹⁹⁰⁹ zurückgegriffen.

1906 *juris GmbH*, Willkommen bei *juris*, Internetquelle; *juris GmbH*, Über *juris*, Internetquelle.

1907 *juris GmbH*, *juris* Rechtsprechung, Internetquelle; diese Infos stützen sich ebenso auf eine Aussage der Dokumentationsstelle des *BSG*.

1908 Insbesondere Kapitel G. II., G. III., H. und I.

1909 Siehe oben: E. I. 2.

Wenn bestimmte Angelegenheiten in der Vergangenheit einem anderen Senat zugewiesen waren, ist dies in den Fußnoten durch die Angabe des entsprechenden Aktenzeichens ersichtlich.

2. Begründung der exemplarischen Auswertung und der Auswahl der Urteile

Die exemplarische Auswertung der Rechtsprechung aus dem öffentlichen Recht und aus dem Zivilrecht unter Einbezug des jeweils einschlägigen Prozessrechts verfolgt das Ziel, darzustellen, dass generelle Tatsachenfeststellungen und damit einhergehende rechtliche Folgen neben der Sozialgerichtsbarkeit auch in anderen nicht-sozialrechtlichen Gerichtsbarkeiten bedeutsam sind. Zudem wird dadurch herausgearbeitet, wie die Feststellung genereller Tatsachen bzw. anderer genereller Tatsachenarten durch die einzelnen Senate des BSG (G. II. 3.) im Vergleich zu den Revisionsinstanzen anderer Gerichtsbarkeiten gehandhabt wird. Mit diesen anderen Gerichtsbarkeiten sind das *BVerfG* (G. II. 1.), das *BVerwG* (G. II. 2.), der *BGH* in Strafsachen (G. II. 4.) und der *BGH* in Zivilsachen (G. III.) gemeint. Mit diesem Vergleich wird die Herausarbeitung von Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen den jeweiligen Prozessordnungen sowie der Rechtsprechung des BSG und der Rechtsprechung der anderen Gerichtsbarkeiten hinsichtlich der Feststellung genereller Tatsachen intendiert. Dazu ist zu sagen, dass die exemplarische Darstellung keine abschließende Auswertung des jeweiligen Verfahrensrechts und der einbezogenen Rechtsprechung liefern wird. Vielmehr veranschaulichen die beispielhaft ausgewählten Urteile die Feststellung genereller Tatsachen nachvollziehbar und überblicksartig, weil der Begriff der generellen Tatsache durch die Rechtsprechung explizit genannt und/oder die Rede von wissenschaftlichen Erkenntnissen oder ähnlichen Begriffen ist, welche in den Akt der Rechtsanwendung einbezogen werden.

3. Leitfragen und Leitkriterien bei der Analyse der Rechtsprechung

Die Leitfragen und Leitkriterien hinsichtlich der folgenden Auswertung beziehen sich darauf, ob generelle Tatsachen durch die Rechtsprechung festgestellt werden und, ggf. ob diese festgestellt werden dürfen, was genau die generelle Tatsache in dem jeweiligen Fall darstellt und ob diese zur

Rechtsauslegung oder Subsumtion im engeren Sinne benötigt und damit in den Prozess der Rechtsanwendung einbezogen wird¹⁹¹⁰. In Bezug auf die Identifikation der Feststellung von generellen Tatsachen und Einzeltatsachen durch die Gerichte in den jeweiligen Urteilen der Tatsachen- oder Revisionsinstanz wird grundsätzlich von den bereits oben ausgearbeiteten Prämissen für das Vorliegen von Tatsachenfeststellungen und deren Begründung ausgegangen¹⁹¹¹. Die konkrete Nennung, Identifikation und/oder Aufführung der Erkenntnisgrundlage der jeweiligen generellen Tatsache¹⁹¹² in dieser Arbeit angehängten Materialienverzeichnis (Materialien II) erfolgt nur in denjenigen Fällen, in welchen dem Autor das entsprechende Material zugänglich war und dieses eindeutig aus den Entscheidungsgründen des Rechtsprechungstextes hervorgeht. Genauso wird hinsichtlich der Einordnung, ob eine eigenständige Beweiserhebung¹⁹¹³ durchgeführt wurde, verfahren. Darüber hinaus sind in Bezug auf mögliche Tatsachenfeststellungen des BSG die Ausführungen zu § 163¹⁹¹⁴ und § 170 Abs. 2 SGG¹⁹¹⁵ maßgeblich. Des Weiteren wird davon ausgegangen, dass das BSG aufgrund der Bindung an die Feststellungen der Vorinstanz gemäß § 163 SGG auch kenntlich zu machen hat, wenn es sich auf vom Tatsachengericht festgestellte Einzeltatsachen oder generelle Tatsachen bezieht bzw. an solche gebunden ist. Wenn dies unterbleibt, wird unterstellt, dass das BSG eigene Feststellungen trifft (§ 128 Abs. 1 SGG).

II. Öffentliches Recht

1. Bundesverfassungsgericht

a. Feststellung von Einzeltatsachen gemäß § 26 BVerfGG

Mit § 26 BVerfGG besteht eine Norm, welche das BVerfG als echte Tatsacheninstanz ausweist und im verfassungsgerichtlichen Verfahren den

1910 F. IV. 2.

1911 Siehe: E. II. 2. b. aa. (1) (iii) und E. II. 2. b. bb. (2); daneben sind Besonderheiten zu beachten, welche ggf. in den anderen, nicht-sozialgerichtlichen, Verfahrensordnungen gelten.

1912 F. II.

1913 E. II. 2. a. cc. und E. II. 3.

1914 E. III. 6.

1915 E. III. 7.

Untersuchungsgrundsatz für anwendbar erklärt. Einschränkungen hierfür ergeben sich z.B. in Normenkontrollverfahren¹⁹¹⁶. Das *BVerfG* ist damit im Vergleich zu den Revisionsgerichten nicht an die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz gebunden. So erhebt das *BVerfG* gemäß § 26 Abs. 1 S. 1 BVerfGG den zur Erforschung der Wahrheit erforderlichen Beweis.¹⁹¹⁷ Mit § 30 BVerfGG existiert zudem eine mit § 128 Abs. 1 SGG¹⁹¹⁸ vergleichbare Norm hinsichtlich der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG) und Begründungspflicht (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG).¹⁹¹⁹ Eine Durchbrechung des Grundsatzes, dass das *BVerfG* eine Tatsacheninstanz ist, enthält § 33 Abs. 2 BVerfGG. Diese Norm besagt, dass das *BVerfG* seiner Entscheidung die tatsächlichen Feststellungen eines rechtskräftigen Urteils zugrunde legen kann, das in einem Verfahren ergangen ist, in dem die Wahrheit von Amts wegen zu erforschen ist. Das *BVerfG* kann also die Sachverhaltsermittlung, insbesondere bei Verfassungsbeschwerden, den Fachgerichten überlassen¹⁹²⁰ und demnach in bestimmten Fällen nach pflichtgemäßem Ermessen auf eine eigene Beweiserhebung und -würdigung verzichten. § 33 Abs. 2 BVerfGG ist jedoch nicht anzuwenden, wenn Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde gerade die Beweiserhebung, Beweiswürdigung und Tatsachenfeststellung ist.¹⁹²¹

1916 Siehe: C. I. 2. e. aa.

1917 Walter, in: Walter, BeckOK BVerfGG, § 26 Rn. 1f. und 7 ff.; Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 26 Rn. 1; Lechner/Zuck, in: Lechner, BVerfGG, § 26 Rn. 15 f.; Kley, VerwArch 2016, S. 359, 360; näher dazu: Bartmann, Charlotte, Das Beweisrecht in den Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, Berlin 2020.

1918 E. II. 2. b. aa. und E. II. 2. b. bb. (2).

1919 Lechner/Zuck, in: Lechner, BVerfGG, § 30 Rn. 2 und 9.

1920 Dazu, dass die Sachverhaltsermittlung vordergründige Angelegenheit der Fachgerichte ist: *BVerfG*, Ablehnung einstweilige Anordnung vom 27.06.2022 – 1 BvQ 45/22, juris-Rn. 7 m.w.N.; *BVerfG*, Dreierausschussbeschluss vom 20.12.1962 – 2 BvR 612/62, juris-Rn. 10; *BVerfG*, Beschluss vom 27.07.1966 – 1 BvR 296/66, juris-Rn. 25; *BVerfG*, Beschluss vom 21.09.2004 – 2 BvR 2023/03, juris-Rn. 2; *BVerfG*, Beschluss vom 23.10.1958 – 1 BvR 458/58, juris-Rn. 15.

1921 Sauer, in: Walter, BeckOK BVerfGG, § 33 Rn. 13; Rozek, in: Maunz, BVerfGG, Teil B, 08/2024, § 33 Rn. 46 bis 54; Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 33 Rn. 11 ff.; Lechner/Zuck, in: Lechner, BVerfGG, § 33 Rn. 14; Walter, in: Walter, BeckOK BVerfGG, § 26 Rn. 3; Kley, VerwArch 2016, S. 359, 360 f. und 363.

b. Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BVerfG* zur Subsumtion unter Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG

In Verfahren vor dem *BVerfG*, insbesondere in Normenkontrollverfahren, geht es oftmals nicht um die Feststellung von Einzeltatsachen, sondern um die Feststellung genereller Tatsachen.¹⁹²² In diesem Zusammenhang verwendet das *BVerfG* ebenfalls den Begriff der „legislative facts“.¹⁹²³ Beispiele hinsichtlich der Feststellung genereller Tatsachen durch das *BVerfG* sind beim bereits erwähnten *Philippi*¹⁹²⁴, bei *Hans-Werner Rengeling*¹⁹²⁵ oder bei *Oliver Lepsius*¹⁹²⁶ zu finden. Aus neuerer Zeit ist diesbezüglich z.B. das Urteil des *BVerfG* zu der Verfassungsmäßigkeit der Sanktionsregelungen gemäß §§ 31, 31a, 31b SGB II¹⁹²⁷ zu nennen. In diesem Verfahren wurden generelle Tatsachen festgestellt und hierfür Beweise in der Form von Stellungnahmen und wissenschaftlichen Erkenntnissen erhoben¹⁹²⁸. Wichtig waren diese Forschungsergebnisse für das Gericht, um die Wirkung von Sanktionen, einfachgesetzlich normiert in §§ 31, 31a, 31b SGB II, auf das Verfassungsrecht und damit gleichzeitig eine Verletzung von diesem prüfen zu können¹⁹²⁹. Konkret ging es in diesem Zusammenhang um die Frage, ob Forschungsergebnisse existieren, welche belegen, dass Sanktionen bzw. deren Wirkungen geeignet und erforderlich sind, um Mitwirkungspflichten der Leistungsempfänger durchzusetzen, um diese in den Arbeitsmarkt zu integrieren und deren Hilfebedürftigkeit zu beenden¹⁹³⁰. Damit zusammenhängend gelangte das *BVerfG* u.a. zu der Feststellung, dass zumindest plau-

1922 *BVerfG*, Beschluss vom 13.01.1988 – 1 BvR 1574/83, juris-Rn. 9; *Rauscher*, SGB 1986, S. 45, 47; *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, S. 10.

1923 *BVerfG*, Beschluss vom 13.01.1988 – 1 BvR 1574/83, juris-Rn. 9; ebenso *May*, Die Revision, VI. B. Rn. 335 und *Hoffmann-Riem*, VERW 2016, S. 1, 4; siehe bereits zu diesem Begriff: F. I.

1924 *Philippi* widmet sich in seiner Dissertationsschrift der Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BVerfG* und dessen Methoden bei der Feststellung (siehe: F. I.).

1925 *Rengeling*, DÖV 1978, S. 277, 279 f.

1926 *Lepsius*, JZ 2005, S. 1, 1 ff.

1927 *BVerfG*, Urteil vom 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, juris.

1928 *A.a.O.*, Rn. 57 ff., Rn. 180 und 183; eine Übersicht zu den vom *BVerfG* eingeholten Stellungnahmen von verschiedenen mit den Regelungen des SGB II befassten Akteuren ist bei *Tacheles*, Aktuelles Archiv, Internetquelle zu finden.

1929 *BVerfG*, Urteil vom 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, juris-Rn. 134; *Baldschun/Klenk*, SR 2021, S. 75, 76.

1930 *Baldschun/Klenk*, SR 2021, S. 75, 85, ebenso mit der Verneinung dieser Frage auf S. 85 f.

sible Annahmen bestünden, dass Sanktionen dazu führten, dass Leistungsempfänger motiviert würden, ihren Pflichten nachkommen¹⁹³¹. Im Hinblick auf das Zusammenspiel zwischen Rechtsnorm und Wirklichkeit¹⁹³² ist zu sagen, dass sich rechtsdogmatische Auslegungsfragen in dem geschilderten Fall bei der Ermittlung des Gehalts von Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG stellen¹⁹³³. Sodann sind diese Vorgaben der Verfassung mit der empirischen Studienlage und den daraus abgeleiteten generellen Tatsachen abzugleichen bzw. die Wirklichkeit unter die Norm zu subsumieren.

2. Verwaltungsgerichtsbarkeit

Mit den folgenden Ausführungen werden zunächst die rechtlichen Grundlagen vorgestellt, welche im Zusammenhang mit der Feststellung genereller Tatsachen durch die Revisionsinstanz bedeutsam sind (a.). Sodann ist darauf einzugehen, ob das *BVerwG* generelle Tatsachen feststellt bzw. feststellen darf (b.). Daran anschließend ist das insbesondere im Umweltrecht bedeutende Rechtskonstrukt der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift rechtsdogmatisch einzuordnen (c.).

a. Rechtliche Grundlagen

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahrensrecht gilt § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, welcher den Prüfungsumfang der Revisionsinstanz festlegt. So prüft das *BVerwG* die Verletzung revisiblen Rechts in einer angefochtenen Entscheidung.¹⁹³⁴ Weiter regelt § 137 Abs. 2, 1. Hs. VwGO, dass die Revisionsinstanz an die Tatsachenfeststellungen des Tatsachengerichts gebunden ist.¹⁹³⁵ Hinsichtlich der Beweiswürdigung durch die Tatsacheninstanzen ist § 108 Abs. 1

1931 *BVerfG*, Urteil vom 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, juris-Rn. 180 und 183.

1932 Siehe insbesondere: F. I.

1933 *BVerfG*, Urteil vom 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, juris-Rn. 118 ff.

1934 *Suerbaum*, in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 137 Rn. 2 f.; *Buchheister*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 01/2024, § 137 Rn. 4 f.; *Neumann/Korbmacher*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 137 Rn. 6; zu § 162 SGG im sozialgerichtlichen Verfahren: E. III. 4.

1935 *BVerwG*, Urteil vom 25.01.1963 – IV C 1.62, juris-Leitsatz 1; *Buchheister*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 01/2024, § 137 Rn. 147; *Suerbaum*, in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 137 Rn. 44; *Stuhlfauth*, in: Bader et al., VwGO, § 137 Rn. 12; zu § 163 SGG im sozialgerichtlichen Verfahren: E. III. 6.

S.1 VwGO¹⁹³⁶ und in Bezug auf die Begründungspflicht § 108 Abs.1 S.2 VwGO¹⁹³⁷ einschlägig.

b. Feststellung von generellen Tatsachen durch das BVerwG

aa. Ansichten in der Rechtsprechung

Das BVerwG ist überwiegend der Ansicht, dass generelle (Rechts-)Tatsachen („legal facts“) abweichend von § 137 Abs. 2 VwGO durch die Revisionsinstanz festgestellt werden dürften.¹⁹³⁸ Nicht eindeutig zu beurteilen ist, ob damit lediglich generelle Tatsachen für die Rechtsauslegung oder auch zur Subsumtion gemeint sind. Abweichend davon, führt das BVerwG in seinem Urteil vom 03.05.1974 aus, dass die Anwendung "spezieller Erfahrungssätze" und die Feststellung von "Erfahrungstatsachen" vom Revisionsgericht nicht unbeschränkt nachprüfbar seien¹⁹³⁹.

bb. Ansichten in der Literatur

In der Literatur ergibt sich ein ähnliches Bild. So wird vertreten, dass generelle Tatsachen nicht der Bindungswirkung gemäß § 137 Abs. 2 VwGO zuzurechnen seien. Dies bezieht sich dann aber lediglich auf generelle Tatsachen zur Auslegung.¹⁹⁴⁰ Weiterhin sind Ansichten zu finden, welche

1936 Dazu: BVerwG, Urteil vom 22.05.2019 – 1 C 10/18, juris-Rn. 28, *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 37 Rn. 20 m.w.N. oder *Dawin*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 04/2013, § 108 Rn. 9; zu § 128 Abs. 1 S. 1 SGG im sozialgerichtlichen Verfahren: E. II. 2. b. aa.

1937 Dazu: BVerwG, Beschluss vom 01.09.1997 – 8 B 141/97, juris-Rn. 22, BVerwG, Urteil vom 08.02.1981 – 6 C 159/80, juris-Rn. 8, *Dawin*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 04/2013, § 108 Rn. 117 ff. oder *Breunig*, in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, Stand: 01.07.2024, § 108 Rn. 22 f.; zu § 128 Abs. 1 S. 2 SGG im sozialgerichtlichen Verfahren: E. II. 2. b. bb. (2).

1938 Beispielhaft: BVerwG, Beschluss vom 21.09.2022 – 5 P 4/21, 5 P 4/21 (5 PB 9/20), juris-Rn. 21; BVerwG oder Urteil vom 20.03.2012 – 5 C 5/11, juris-Rn. 25, BVerwG, Beschluss vom 02.02.2011 – 6 B 37/10, juris-Rn. 11 oder BVerwG, Urteil vom 06.11.2002 – 6 C 8/02, juris-Rn. 42.

1939 BVerwG, Urteil vom 03.05.1974 – IV C 31/72, juris-Rn. 18.

1940 *Neumann/Korbmacher*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 137 Rn. 132 ff.; *Kautz*, in: Fehling/Kastner/Störmer, VerwR, VwGO § 137 Rn. 10; *Buchheister*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 01/2024, § 137 Rn. 158.

die Bindungswirkung des § 137 Abs. 2 VwGO als gelöst ansehen, wenn die Tatsachengerichte bei der Sachverhaltsermittlung gegen allgemeine Erfahrungssätze¹⁹⁴¹ verstoßen.¹⁹⁴² Spezielle Erfahrungssätze sollen jedoch nur eingeschränkt¹⁹⁴³ bzw. gar nicht¹⁹⁴⁴ durch die Revision nachprüfbar bzw. feststellbar sein.

c. Wissenschaftliche oder technische Standards

Nachfolgend wird sich auf einen Teilbereich des besonderen Verwaltungsrechts, das Umweltschutzrecht¹⁹⁴⁵ konzentriert. In diesem Rechtsgebiet spielen generelle Tatsachen oftmals eine bedeutende Rolle, weil Rechtsnormen auf wissenschaftliche oder technische Standards verweisen, welche durch bestimmte Regelwerke näher ausgestaltet werden müssen.¹⁹⁴⁶ Schwerpunkt des Umweltrechts ist der Schutz vor schädlichen Immissionen, wie die Luftreinhaltung und der Lärmschutz. Zentrales Regelwerk des Immissionsschutzrechts ist das Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG¹⁹⁴⁷). Daneben sind Rechtsverordnungen¹⁹⁴⁸ und allgemeine Verwaltungsvorschriften von großer Bedeutung. Solche Verwaltungsvorschriften werden auf der Grundlage von § 48 BImSchG von der *Bundesregierung* erlassen. Auch privat-technische Normen, wie z.B. die DIN-Vorschriften des *Deutschen Instituts für Normung (DIN)*, sind in diesem Zusammenhang zu erwähnen¹⁹⁴⁹. Zu den auf der Grundlage von § 48 BImSchG erlassenen

1941 Zu Erfahrungssätzen im Sozialrecht: E. II. 2. b. cc. (4).

1942 Kuhlmann/Wysk, in: Wysk, VwGO, § 137 Rn. 27; Stuhlfauth, in: Bader et al., VwGO, § 137 Rn. 17.

1943 Suerbaum, in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 137 Rn. 54; Buchheister, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 01/2024, § 137 Rn. 176.

1944 Schenke, in: Kopp, VwGO, § 137 Rn. 25.

1945 Schmidt-Aßmann, in: Schoch/Eifert, Besonderes Verwaltungsrecht, Einleitung Rn. 1.

1946 Gärditz, Gerichtliche Feststellung genereller Tatsachen (legislative facts) im Öffentlichen Recht, in: Paeffgen et al., FS Puppe, S. 1557, 1566.

1947 Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.05. 2013 (BGBl. I, S. 1274; BGBl. 2021 I, S. 123), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 03.07.2024 (BGBl. I, Nr. 225, Nr. 340).

1948 Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 195.

1949 Huggins, Fehlercode im System der Normkonkretisierung?, in: Ammann et al., Verantwortung und Recht, S. 315, 325; Kahl/Gärditz, Umweltrecht, § 7 Rn. 13; die DIN-Normen sind keine Rechtsnormen (Welti, Diskussionsbeitrag Nr. 18/2013, S. 3).

Verwaltungsvorschriften gehören z.B. die Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft (TA Luft¹⁹⁵⁰) und die Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm (TA Lärm¹⁹⁵¹). Die TA Lärm gibt z.B. Aufschluss darüber, ob die von einer Anlage ausgehenden Geräusche bestimmte Schädlichkeitsschwellen überschreiten^{1952, 1953}. In diesem Zusammenhang hat der Betreiber einer genehmigungsbedürftigen Anlage gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. BImSchG die unmittelbar für ihn geltende Pflicht, Anlagen zu errichten, welche keine „schädlichen Umwelteinwirkungen“ (Immissionen) verursachen. Wenn diese Pflichten insbesondere aus § 5 BImSchG¹⁹⁵⁴ erfüllt sind, ist gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG eine Genehmigung zur Errichtung einer Anlage zu erteilen¹⁹⁵⁵. § 5 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. BImSchG enthält also den unbestimmten Rechtsbegriff der „schädlichen Umwelteinwirkungen“, welcher in Bezug auf den von Anlagen ausgehenden Lärm durch die TA Lärm ausgefüllt wird¹⁹⁵⁶. Auf den ersten Blick bündelt die TA Lärm insofern generelle Tatsachen, welche für die Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen benötigt werden. Welche Rechtsnatur die TA Luft und die TA Lärm jedoch genau haben, gilt es im Folgenden zu diskutieren (aa. und bb.).

1950 Neufassung der Ersten Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft – TA Luft) vom 18.08.2021 (GMBL 2021, Nr. 48-54, S. 1050).

1951 Sechste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm – TA Lärm) vom 26.08.1998 (GMBL Nr. 26/1998, S. 503), geändert durch Verwaltungsvorschrift vom 01.06.2017 (BANz AT 08.06.2017 B5), gültig ab 09.06.2017.

1952 BVerwG, Urteil vom 29.08.2007 – 4 C 2/07, juris-Rn. 12; BVerwG, Urteil vom 29.11.2012 – 4 C 8/11, juris-Rn. 18.

1953 Kahl/Gärditz, Umweltrecht, § 7 Rn. 1, Rn. 11, Rn. 13 und 59.

1954 Jarass, in: Jarass, BImSchG, § 5 Rn. 1 und 6.

1955 A.a.O., § 6 Rn. 7.

1956 BVerwG, Urteil vom 30.12.2022 – 7 B 15/22, juris-Rn. 7; BVerwG, Urteil vom 29.11.2012 – 4 C 8/11, juris-Rn. 18.

aa. Norminterpretierende und normkonkretisierende
Verwaltungsvorschriften

(1) Norminterpretierende Verwaltungsvorschriften

Norminterpretierende Verwaltungsvorschriften¹⁹⁵⁷ können als antizipierte Sachverständigengutachten¹⁹⁵⁸ eingeordnet werden.¹⁹⁵⁹ Sie sind Gegenstand, aber nicht Maßstab richterlicher Kontrolle und unterliegen demnach uneingeschränkter gerichtlicher Kontrolle.¹⁹⁶⁰ Als Beispiel norminterpretierender Verwaltungsvorschriften können die aus dem Pflegeversicherungsrecht gemäß § 17 Abs. 1 SGB XI¹⁹⁶¹ vom *Medizinischen Dienst Bund* beschlossenen Begutachtungs-Richtlinien genannt werden. Diese Regelwerke werden gemäß § 15 Abs. 4 SGB XI herangezogen, um die Voraussetzungen zu konkretisieren, unter denen eine pflegedürftige Person mit spezifischem, außergewöhnlich hohem Hilfebedarf dem Pflegegrad 5 zugeordnet werden kann. Die Richtlinien entfalten innerhalb der Verwaltung unmittelbare Wirkung. Gegenüber den Versicherten ist ihnen allenfalls eine mittelbare Außenwirkung beizumessen. Das unterscheidet sie dann auch von den Richtlinien des *G-BA*¹⁹⁶². Demnach stellen die Begutachtungs-Richtlinien gemäß § 17 Abs. 1 SGB XI nach Ansicht des Verfassers keine Rechtsnormen, sondern generelle Tatsachen dar. Auch sind sie damit für die Gerichte nicht verbindlich. Die Rechtsprechung hat die Richtlinien stetig daraufhin zu überprüfen, ob sie noch den aktuellen pflegewissenschaftlichen Erkenntnisstand repräsentieren.¹⁹⁶³

1957 Zu den einzelnen Arten von Verwaltungsvorschriften: *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 104 Rn. 18 ff.

1958 E. II. 2. a. aa. (6) und F. IV. 1. c. aa.

1959 *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 02/2019, § 114 Rn. 172.

1960 *BVerfG*, Stattgebender Kammerbeschluss vom 11.08.2009 – 2 BvR 941/08, juris-Rn. 19; *BVerfG*, Beschluss vom 31.05.1988 – 1 BvR 520/83, juris-Rn. 37; *BFH*, Urteil vom 09.07.2003 – I R 48/02, juris-Rn. 16; *Schmidt-Kötters*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, BImSchG § 5 Rn. 9; *Schmidt*, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 3.

1961 Elftes Buch Sozialgesetzbuch – Soziale Pflegeversicherung – (Art. 1 des Gesetzes vom 26.05.1994, BGBl. I, S. 1014, 1015), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 30.05.2024 (BGBl. I, Nr. 173).

1962 D. I. 1. c. aa. (2) (iii).

1963 *BSG*, Urteil vom 22.02.2024 – B 3 P 1/22 R, juris-Rn. 18 ff.; *BSG*, Urteil vom 28.09.2017 – B 3 P 3/16 R, juris-Rn. 22; *Krahmer/Eisfeld*, in: Krahmer/Plantholz/Kuhn-Zuber, LPK-SGB XI, § 17 Rn. 21 f.; *Roller*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XI, 14.07.2025, § 17 Rn. 59 f. und 68 ff. m.w.N.

(2) Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften

Die aufgrund von § 48 BImSchG erlassenen Verwaltungsvorschriften werden im Gegensatz zu norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften als sogenannte normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften eingeordnet und sind grundsätzlich für die Verwaltung im Innenverhältnis verbindlich. Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften entfalten aber laut *BVerwG* auch eine bindende Außenwirkung für die Rechtsprechung¹⁹⁶⁴ und sind, wenn dieser Ansicht gefolgt wird, wie Rechtsnormen anzuwenden. Das würde auch bedeuten, dass die Auslegung und Anwendung von normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften der revisionsgerichtlichen Überprüfung unterliegen¹⁹⁶⁵. Auch eine abstrakte Normenkontrolle gemäß § 47 VwGO¹⁹⁶⁶, zumindest bei normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften auf Landesebene, soll zulässig sein^{1967, 1968}. Diese Art von Verwaltungsvorschrift entfalte demnach als Rechtsnorm auch eine unmittelbare rechtliche Außenwirkung für die Bürger.¹⁹⁶⁹ Im weiteren Fortgang werden einerseits Argumente diskutiert, welche für die Einordnung von normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften als Rechtsnormen sprechen (bb. (1)). Andererseits werden Argumente aufgeführt, welche gegen eine Rechtsnormqualität dieser Regelwerke sprechen (bb. (2)).

1964 Grundlegend: *BVerwG*, Urteil vom 19.12.1985 – 7 C 65/82, juris-Rn. 44; *BVerwG*, Urteil vom 30.12.2022 – 7 B 15/22, juris-Rn. 7; *BVerwG*, Urteil vom 12.11.2020 – 4 A 13.18, juris Rn. 46 m.w.N.; *BVerwG*, Urteil vom 29.11.2012 – 4 C 8/11, juris-Rn. 18; *BVerwG*, Urteil vom 14.03.2018 – 4 A 5/17, juris Rn. 60; *BVerwG*, Urteil vom 29.08.2007 – 4 C 2/07, juris-Rn. 11 f.; *BVerwG*, Urteil vom 20.12.1999 – 7 C 15/98, juris-Rn. 9.

1965 *BVerwG*, Urteil vom 29.08.2007 – 4 C 2/07, juris-Rn. 12 m.w.N.; *Neumann/Korbmayer*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO, § 137 Rn. 32.

1966 Siehe: C. I. 2. e. bb. (1).

1967 *BVerwG*, Urteil vom 25.11.2004 – 5 CN 1/03, juris-Rn. 20 ff.

1968 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 31 f.; *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, § 7 Rn. 59 f.

1969 *BVerwG*, Urteil vom 20.12.1999 – 7 C 15/98, juris-Rn. 9; *BVerwG*, Urteil vom 28.10.1998 – 8 C 16/96, juris-Rn. 16; *Buchheister*, in: *Schoch/Schneider*, VwGO, Band I, 01/2024, § 137 Rn. 22; *Schenke*, in: *Kopp*, VwGO, § 137 Rn. 18; *Udsching*, in: *Rolfs et al.*, BeckOK SozR, SGG § 162 Rn. 3; *Jarass*, JuS 2/1999, S. 105, 109; kritisch zum Konstrukt der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift, insbesondere in Bezug auf die TA Luft: *Hofmann/Koch*, in: *Koch/Hofmann/Reese*, Handbuch Umweltrecht, § 5 Rn. 125 ff.

bb. Rechtsdogmatische Einordnung von normkonkretisierenden
Verwaltungsvorschriften

(1) Argumente für eine Rechtsnormqualität

Zunächst sprechen der Erlass der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift durch die Exekutive aufgrund einer einfachgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage (§ 48 BImSchG), die Publikation im Gemeinsamen Ministerialblatt (GMBL.)¹⁹⁷⁰, die von der Rechtsprechung und der überwiegenden Literatur angenommene Verbindlichkeit für die Gerichte bzw. die unmittelbare Außenwirkung sowie die Möglichkeit der Normenkontrolle gemäß § 47 VwGO dafür, dass normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften den Rechtsnormcharakter einer Rechtsverordnung haben.¹⁹⁷¹ Angemerkt werden muss jedoch, dass der Erlass einer Vorschrift aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung oder die Publikation einer solchen nicht automatisch bedeuten, dass es sich um eine normativ-verbindliche Rechtsnorm¹⁹⁷² handelt. Entscheidend ist vielmehr die inhaltliche Bedeutung der Vorschrift.¹⁹⁷³ Fraglich ist deshalb im Nachfolgenden, ob die genannten Regelwerke, zumindest die TA Luft und die TA Lärm, keine unmittelbare, sondern lediglich eine mittelbare Außenwirkung für Betroffene entfalten.¹⁹⁷⁴

(2) Argumente gegen eine Rechtsnormqualität

Die auf der Grundlage von § 48 BImSchG erlassenen normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften haben den Zweck, einen der Verwaltung eingeräumten Beurteilungsspielraum, oder in diesem Fall Standardisierungsspielraum¹⁹⁷⁵ (Letztentscheidungsrecht der Verwaltung), u.a. bei der Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „schädlichen Umweltein-

1970 Dazu, dass normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften zwingend bekannt zu machen sind: *BVerwG*, Urteil vom 25.11.2004 – 5 CN 1/03, juris.

1971 *Maurer*, JZ 2005, S. 892, 896; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Drittes Kapitel Rn. 19.

1972 Siehe: C. I. 2.

1973 *BSG*, Urteil vom 30.09.2009 – B 9 VS 3/09 R, juris-Rn. 33; *BVerwG*, Urteil vom 24.03.1977 – II C 14.75, juris-Rn. 18 f.

1974 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 32.

1975 *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, § 7 Rn. 60.

wirkungen“ in § 5 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. BImSchG auszufüllen.¹⁹⁷⁶ Der Beurteilungsspielraum der Verwaltung ergibt sich aus einem Zusammenspiel von § 48 und § 5 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. BImSchG. Die Entscheidung der Behörde aufgrund der Verwaltungsvorschrift ist damit gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar¹⁹⁷⁷. Daraus resultiert die bindende Außenwirkung für das Gericht¹⁹⁷⁸, was nicht gleichzeitig eine unmittelbare Außenwirkung gegenüber den Bürgern bedeutet¹⁹⁷⁹. Die unmittelbare Außenwirkung für den Bürger ergibt sich aus § 5 BImSchG¹⁹⁸⁰ und nicht aus der Verwaltungsvorschrift. So entfalten diese Vorschriften lediglich gegenüber der Verwaltung unmittelbare Verbindlichkeit und regeln auf der anderen Seite für die Bürger nur mittelbar Rechte und Pflichten¹⁹⁸¹. Es handelt sich demnach bei normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften, jedenfalls bei den hier in den Blick genommenen, ihrem materiellen Inhalt nach¹⁹⁸² nicht um Gesetze, weil ihnen die Eigenschaft der Allgemeinverbindlichkeit¹⁹⁸³ bzw. der unmittelbaren Außenwirkung fehlt. Im Gegensatz dazu werden z.B. durch die Richtlinien des *G-BA* Leistungsansprüche von Versicherten direkt geregelt. Weiterhin sind die Richtlinien für die Trägerorganisationen des *G-BA* sowie deren Mitglieder und Mitgliedskassen sowie die Versicherten und Leis-

1976 *BVerwG*, Urteil vom 28.10.1998 – 8 C 16/96, juris-Rn. 16; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 32; *Sendler*, UPR 1993, S. 321, 324; *Schmidt-Kötters*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, BImSchG § 5 Rn. 9; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 104 Rn. 30; *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 02/2019, § 114 Rn. 169.

1977 *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 104 Rn. 31; *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, § 7 Rn. 60; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 32; *Schmidt-Kötters*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, BImSchG § 5 Rn. 9; *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 02/2019, § 114 Rn. 169; siehe zum Beurteilungsspielraum der Verwaltung: C. II. 1. c. bb.

1978 *Di Fabio*, DVBl. 1992, S. 1338, 1345.

1979 Ebenso kritisch zur Frage, ob normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften unmittelbare rechtliche Außenwirkung entfalten: *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 32; dazu ebenso kritisch: *EuGH*, Urteil vom 30.05.1991 – C-361/88, juris-Grund Nr. 20; offen lassend, ob eine solche unmittelbare Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften verfassungsrechtlich vertretbar ist: *BVerfG*, Beschluss vom 21.06.1989 – 1 BvR 32/87, juris-Rn. 28.

1980 G. II. 2. c.

1981 Ebenso in Bezug auf nur formelle Gesetze wie z.B. das Haushaltsgesetz gemäß Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG: *Weber*, in: Weber, Rechtswörterbuch, Gesetz Rn. 2; *Detterbeck*, Öffentliches Recht, § 2 Rn. 18.

1982 C. I. 2. c. aa. (1) (i).

1983 C. I. 2. c. aa. (2).

tungserbringer unmittelbar verbindlich, was in § 91 Abs. 6 SGB V explizit festgeschrieben ist¹⁹⁸⁴.

(3) Einordnung

Das *BVerwG* führt aus, dass die Bindung der Rechtsprechung an normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften gelöst werden könne, wenn „gesicherte Erkenntnisfortschritte in Wissenschaft und Technik“, also Grundlagen genereller Tatsachen, vorlägen, welche die den entsprechenden Regelungen zugrunde liegenden Erkenntnisse widerlegten.¹⁹⁸⁵ Diese Ausführungen zeigen, dass hier der Bereich zwischen Tatsachen und normativ-verbindlichen Rechtsnormen vermengt wird¹⁹⁸⁶. Entweder sind solche wissenschaftlichen Erkenntnisse die Gerichte nicht bindende Verwaltungsvorschriften, welche dann auch mit neuerem Erkenntnismaterial erschüttert werden können. Oder es wird eine Rechtsnorm, insbesondere eine Rechtsverordnung erlassen, welche die technischen Standards bündelt. Diese entfaltet dann eine Bindungswirkung für die Rechtsprechung. Die Verwerfung von Rechtsnormen kann dann lediglich mit den verschiedenen Möglichkeiten der Normenkontrolle¹⁹⁸⁷ erfolgen. Die Problematik der Vermischung von Tatsachen mit normativ-verbindlichen Sätzen entstand im vorliegenden Fall dadurch, dass das Konstrukt der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift durch die Rechtsprechung mit dem Bedürfnis nach mehr Außenverbindlichkeit entwickelt wurde. So wurde z.B. die alte Fassung der TA Luft¹⁹⁸⁸ in der Vergangenheit noch als antizipiertes Sachverständigengutachten eingestuft, welches für die Gerichte bedeutsam sei¹⁹⁸⁹. Auf die daraufhin folgende Kritik in der Literatur, insbesondere hinsichtlich der Vereinbarkeit solcher Regelwerke mit dem Vorbehalt des Gesetzes ge-

1984 D. I. 1. c. aa. (2) (iii).

1985 *BVerwG*, Urteil vom 30.12.2022 – 7 B 15/22, juris-Rn. 7; *BVerwG*, Urteil vom 21.06.2001 – 7 C 21/00, juris-Rn. 13 ff.; *BVerwG*, Urteil vom 10.07.2012 – 7 A 11/11, juris-Rn. 27; *BVerwG*, Beschluss vom 21.03.1996 – 7 B 164/95, juris-Rn. 19.

1986 Siehe zu dieser Problematik im Sozialrecht bereits oben: F. IV. 1. c.

1987 C. I. 2. e.

1988 Erste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft) vom 28.08.1974 (GMBL. 1974, S. 426).

1989 *BVerwG*, Urteil vom 17.02.1978 – I C 102.76, juris-Leitsatz Nr. 2 und Rn. 37; *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 02/2019, § 114 Rn. 172.

mäß Art. 20 Abs. 3 GG¹⁹⁹⁰, wurde dann in der sogenannten WhyI-Entscheidung¹⁹⁹¹ das Konstrukt der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift mit den dargelegten Folgen hinsichtlich einer Bindungswirkung auch für die Rechtsprechung¹⁹⁹² entwickelt¹⁹⁹³. Im Ergebnis handelt es sich bei dem von der Rechtsprechung entwickelten tatsächlich-normativen Konstrukt der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift um eine „normale“ Verwaltungsvorschrift ohne Außenverbindlichkeit¹⁹⁹⁴, also um generelle Tatsachen.

3. Sozialgerichtsbarkeit

In der Rechtsprechung des BSG ist erkennbar, dass sich der Einsatz genereller Tatsachen grundsätzlich durch alle Senate hindurchzieht. Mit der folgenden Auswertung werden deshalb alle Senate in die Analyse miteinbezogen. Ausgeklammert wird lediglich der 10. Senat des BSG (Bundeserziehungsgeldgesetz, Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz und Kindergeldrecht), da eine Stichwortsuche mit dem Schlagwort „generelle Tatsache“ hier keine Treffer ergab.

a. Großer Senat des BSG

Oben wurde bereits auf eine Entscheidung des Großen Senats des BSG Bezug genommen, in welcher Ausführungen zu den Möglichkeiten einer zulässigen eigenen Beweiserhebung durch das BSG für die Feststellung von generellen Tatsachen zu finden sind.¹⁹⁹⁵ Daneben kann ein weiterer Beschluss des Großen Senats des BSG genannt werden, in welchem generelle Tatsachen erhoben und festgestellt wurden. Konkret ging es um die Vorlagefrage an den Großen Senat, ob es bei der Beurteilung von Berufsunfähig-

1990 Mit einer Übersicht dazu: *Pense*, Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 90 ff. m.w.N.

1991 *BVerwG*, Urteil vom 19.12.1985 – 7 C 65/82, juris-Rn. 44.

1992 G. II. 2. c. aa. (2).

1993 *Hofmann/Koch*, in: *Koch/Hofmann/Reese*, Handbuch Umweltrecht, § 5 Rn. 128 m.w.N.; *Siefert*, MedSach 2010, S. 60, 61; *Keller*, SGB 2003, S. 254, 254.

1994 Im Ergebnis ebenso, zumindest für die TA Luft: *Hofmann/Koch*, in: *Koch/Hofmann/Reese*, Handbuch Umweltrecht, § 5 Rn. 132.

1995 F. IV. 1. b.

keit i.S.v. § 1246 Abs. 2 Reichsversicherungsordnung (RVO¹⁹⁹⁶) erheblich ist, dass Arbeitsplätze auch tatsächlich vorhanden sind, welche eine in ihrer Leistungsfähigkeit beschränkte Person noch ausüben kann.¹⁹⁹⁷

aa. Auslegung von § 1246 Abs. 2 RVO a.F.

§ 1246 RVO a.F. regelte den Anspruch auf eine Rente wegen Berufsunfähigkeit. Demnach waren Personen berufsunfähig, deren Erwerbsfähigkeit aufgrund von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche ihrer körperlichen oder geistigen Kräfte in einem gewissen Umfang herabgesunken war (§ 1246 Abs. 2 S. 1 RVO a.F.). Für die Beurteilung der Erwerbsfähigkeit bzw. Erwerbsunfähigkeit wurde insbesondere auf Tätigkeiten abgestellt, welche den Kräften und Fähigkeiten der erwerbsgeminderten Person entsprachen (§ 1246 Abs. 2 S. 2 RVO a.F.).¹⁹⁹⁸ Diese Norm legte der *Großen Senat* zunächst normativ nach ihrem Wortlaut, Sinn und Zweck sowie unter Rückgriff auf systematische Gesichtspunkte aus.¹⁹⁹⁹ Um die Vorlagefrage beantworten zu können, griff der Senat auf Rechtsprechung und u.a. auch auf Literatur zum Thema zurück. Damit bekräftigte der Senat seine Ansicht, dass es nicht ausreiche, eine Berufsunfähigkeit allein abstrakt, also ohne Berücksichtigung des tatsächlichen Arbeitsmarkts, zu bestimmen, sondern dieser müsse gleichwohl in die Beurteilung einbezogen werden. Berufsunfähigkeit könne auch dann vorliegen, wenn ein Versicherter gesundheitlich nur eingeschränkt erwerbsfähig sei, der Arbeitsmarkt dem Versicherten aber aufgrund des Fehlens von ausübbarer und zumutbaren Tätigkeiten faktisch verschlossen sei.²⁰⁰⁰

bb. Subsumtion unter § 1246 Abs. 2 RVO a.F.

Der Senat stand nun vor einem beweisrechtlichen Problem, weil generelle Tatsachenfeststellungen zum Vorhandensein von Teilzeitarbeitsplätzen ge-

1996 Reichsversicherungsordnung vom 19.07.1911 (RGBl. 1911, S. 509), in der Fassung vom 11.07.1985 (FNA 820-1), aufgehoben durch Art. 7 des Gesetzes vom 23.10.2012 (BGBl. I, S. 2246).

1997 BSG *Großer Senat*, Beschluss vom 11.12.1969 – GS 4/69, juris-Rn. 21.

1998 A.a.O., Rn. 22 f.

1999 A.a.O., Rn. 22-37.

2000 A.a.O., Rn. 40 ff. und 47 f.

troffen werden mussten und die Sozialgerichte in diesem Zusammenhang angeführt hatten, dass ihnen mit den zur Verfügung stehenden Mitteln der Beweiserhebung (Augenschein, Sachverständigen- und Urkundenbeweis oder Zeugenvernehmung) keine derartige Feststellungen möglich seien.²⁰⁰¹ Der *Große Senat* löste dieses Problem mit der Feststellung von generellen Tatsachen und führte aus, dass für eine statistische Übersicht von Teilzeitarbeitsplätzen für männliche Erwerbsfähige Auskünfte durch die *Bundesanstalt für Arbeit (BA)* als „sachkundige Stelle“ hilfreich seien und holte diese sodann ein.²⁰⁰²

cc. Einordnung

Angemerkt werden muss, dass in diesem Fall ergänzend zu Einzeltatsachen generelle Tatsachen zum Vorhandensein von Teilzeitarbeitsplätzen unter § 1246 Abs. 2 RVO a.F. subsumiert wurden. Die Einzeltatsachen beziehen sich beispielsweise auf den Gesundheitszustand der versicherten Person oder auf die konkreten Tätigkeiten, welche diese Person noch ausführen konnte und welche ihr zuzumuten waren²⁰⁰³. Insofern trifft die oben aufgestellte These zu dem Verständnis von Regeltatsachen als generelle Tatsachen zur Subsumtion zu, welche neben Einzeltatsachen subsumiert werden können²⁰⁰⁴.

b. Gesetzliche Krankenversicherung

aa. Rechtsbegriff des allgemein anerkannten Stands medizinischer Erkenntnisse gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V

Im Krankenversicherungsrecht ergibt sich die Notwendigkeit der Feststellung genereller Tatsachen oftmals im Zusammenhang mit der Prüfung, ob eine Leistung dem allgemein anerkannten Stand medizinischer Erkenntnisse gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V entspricht. Aus diesem Grund werden sich die nachfolgenden Ausführungen überwiegend darauf beziehen.

2001 A.a.O., Rn. 50 f.

2002 A.a.O., Rn. 51-55.

2003 A.a.O., Rn. 3.

2004 F. IV. 2. b. bb. (1) und FVII. 3.

(1) Auslegung des Rechtsbegriffs

Das Ergebnis der Auslegung des Begriffs des allgemein anerkannten Stands der medizinischen Erkenntnisse²⁰⁰⁵ ist eine Mischung aus normativer und tatsächengestützter Auslegung²⁰⁰⁶. So bezieht das BSG z.B. juristische Fachliteratur in die Auslegung mit ein.²⁰⁰⁷ Die neue Rechtsprechung des BSG verweist lediglich auf die ständige Rechtsprechung zur Auslegung dieses Begriffs.²⁰⁰⁸

(2) Subsumtion unter den Rechtsbegriff

Eine Überprüfungs- und Feststellungsbefugnis genereller Tatsachen des BSG wird insbesondere bei der Frage angenommen, ob eine bestimmte Untersuchungs- oder Behandlungsmethode dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspricht und ob eine diesem Standard genügende Behandlung im Inland möglich ist. Fraglich ist in diesem Zusammenhang also, ob in qualitativer Hinsicht eine Versorgungslücke besteht oder nicht. Da Fragen in diesem Zusammenhang nicht von *Landessozialgericht* zu *Landessozialgericht* unterschiedlich beantwortet werden können, ist es erforderlich, eine einheitliche Rechtsprechung herbeizuführen, welche auf alle gleichgelagerten Fälle, in denen über die Leistungspflicht der Krankenkassen zu entscheiden ist, anwendbar ist.²⁰⁰⁹ In Bezug auf diese Feststellungsbefugnis des BSG sind unterschiedliche Fra-

2005 D. I. 1. b. bb. (2).

2006 C. II. 1. b. dd. und F. IV. 2. b. aa.

2007 Beispielsweise: BSG, Urteil vom 16.06.1999 – B 1 KR 4/98 R, juris-Rn. 22.

2008 Beispielsweise: BSG, Urteil vom 16.08.2021 – B 1 KR 18/20 R, juris-Rn. 10 oder BSG, Urteil vom 19.03.2020 – B 1 KR 20/19 R, juris-Rn. 15.

2009 BSG, Urteil vom 16.06.1999 – B 1 KR 4/98 R, juris-Rn. 17 und 23; BSG, Urteil vom 14.02.2001 – B 1 KR 29/00 R, juris-Rn. 17; BSG, Urteil vom 13.12.2005 – B 1 KR 21/04 R, juris-Rn. 18; BSG, Urteil vom 04.04.2006 – B 1 KR 12/05 R, juris-Rn. 31; Schmidt, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 163 Rn. 7 m.w.N.; Fichte, in: Fichte/Jüttner, SGG, § 163 Rn. 7; Heinz, in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 21 f.; Udsching, in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 163 Rn. 3; Düring, in: Jansen, SGG, § 163 Rn. 7; kritisch dazu: Giesbert, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 128 Rn. 68; auch kommt es vor, dass das BSG in diesem Zusammenhang von allgemeinen Tatsachen spricht (BSG, Urteil vom 17.12.2013 – B 1 KR 70/12 R, juris-Rn. 22 f.; BSG, Urteil vom 06.03.2012 – B 1 KR 17/11 R, juris-Rn. 22 f. (Parallelentscheidung: BSG, Urteil vom 06.03.2012 – B 1 KR 18/11 R, juris-Rn. 22 f.)), was aus den oben genannten Gründen (F. III. 2. a.) nicht zielführend ist.

gen herauszuarbeiten: Einerseits kann sich die Frage stellen, ob eine dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Untersuchungs- und Behandlungsmethode für die Behandlung einer bestimmten Erkrankung in Deutschland generell existiert.²⁰¹⁰ Andererseits kann fraglich sein, ob eine vom Versicherten begehrte und nicht zugelassene Behandlung dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspricht.²⁰¹¹ Die generelle Tatsache ist in diesen Fällen konkret die Aussage, dass es eine Mehrheitsmeinung der fachlich mit der Untersuchungsmethode betrauten Ärzte und Wissenschaftler gibt, welche eine bestimmte Behandlungsmethode als geeignet einstuft eine bestimmte Erkrankung wirksam behandeln zu können, oder dass es eine solche Mehrheitsmeinung nicht gibt.²⁰¹² Die Zuordnung dieser generellen Tatsache zu dem in § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V verankerten Tatbestandsmerkmal des allgemein anerkannten Stands der medizinischen Erkenntnisse, also der Subsumtionsschluss, dass die Behandlungsmethode dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspricht²⁰¹³ oder nicht entspricht²⁰¹⁴, stellt die Subsumtion im engeren Sinne dar.

(3) Feststellung von generellen Tatsachen durch das BSG ohne oder mit eigener Beweiserhebung

(i) Feststellung von generellen Tatsachen ohne eigene Beweiserhebung

Die für die Feststellung genereller Tatsachen notwendige medizinische Expertise kann das BSG zum Beispiel medizinischen Gutachten oder Äu-

2010 BSG, Urteil vom 16.06.1999 – B 1 KR 4/98 R, juris-Rn. 17 f.; diese Frage stellt sich auch bei der Prüfung eines Anspruchs auf Versorgung mit Cannabis gemäß § 31 Abs. 6 S. 1 Nr. 1 lit. a) SGB V: BSG, Urteil vom 10.11.2022 – B 1 KR 21/21 R, juris-Rn. 28 f., BSG, Urteil vom 10.11.2022 – B 1 KR 28/21 R, juris-Rn. 22 f., BSG, Urteil vom 10.11.2022 – B 1 KR 9/22 R, juris-Rn. 23, BSG, Urteil vom 10.11.2022 – B 1 KR 19/22 R, juris-Rn. 18 f., BSG, Urteil vom 20.03.2024 – B 1 KR 24/22 R, juris-Rn. 14 f. oder BSG, Urteil vom 29.08.2023 – B 1 KR 26/22 R, juris-Rn. 13.

2011 BSG, Urteil vom 16.06.1999 – B 1 KR 4/98 R, juris-Rn. 21 ff.; BSG, Beschluss vom 07.10.2005 – B 1 KR 107/04 B, juris-Rn. 6.

2012 BSG, Urteil vom 16.06.1999 – B 1 KR 4/98 R, juris-Rn. 17 und 21; BSG, Urteil vom 17.12.2013 – B 1 KR 70/12 R, juris-Rn. 21 und 23; BSG, Urteil vom 13.12.2005 – B 1 KR 21/04 R, juris-Rn. 18 und 22.

2013 Beispielhaft: LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 16.06.2004 – L 4 KR 101/04, juris-Rn. 26 ff.

2014 Beispielhaft: BSG, Urteil vom 16.06.1999 – B 1 KR 4/98 R, juris-Rn. 23 f.

ßerungen von sachverständigen Personen entnehmen, welche bereits Gegenstand der vorinstanzlichen Verfahren waren. Diese Gutachten können ihre Annahmen dann z.B. auf die Auswertung von Fachliteratur oder Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften stützen²⁰¹⁵ und dienen dem BSG als Grundlage für die Feststellung genereller Tatsachen. Die jeweilige vom BSG festgestellte generelle Tatsache kann entweder noch nicht in der Vorinstanz²⁰¹⁶ oder bereits in der gleichen Form vom vorentscheidenden LSG festgestellt worden sein²⁰¹⁷. Ebenso kann das BSG aufgrund von Tatsachenmaterial, welches auch dem jeweiligen LSG vorlag, generelle Tatsachenfeststellen treffen, welche zu den Feststellungen der Vorinstanz abweichen²⁰¹⁸. Auch kann das BSG das Verfahren an das Berufungsgericht, mit dem Hinweis, dieses habe weitere oder noch nicht festgestellte (generelle) Tatsachen festzustellen, zurückverweisen²⁰¹⁹. Das BSG tritt in diesen Fällen also nicht in eine eigenständige Beweiserhebung ein.

(ii) Feststellung von generellen Tatsachen mit eigener Beweiserhebung

Durch das BSG festgestellte generelle Tatsachen können sich z.B. aus medizinischen Fachzeitschriften, welche durch das BSG erhoben und in das Revisionsverfahrens eingebracht wurden, ergeben und vorhandene generelle Feststellungen des vorentscheidenden LSG ergänzen.²⁰²⁰ Die generellen Tatsachen können aber auch aus durch das BSG im Internet recherchierten

2015 BSG, Urteil vom 04.04.2006 – B 1 KR 12/05 R, juris-Rn. 32.

2016 A.a.O., Rn. 31 ff. (vorgehend: LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 24.02.2005 – L 1 KR 13/04, juris-Rn. 18 f.).

2017 Beispielhaft: BSG, Urteil vom 16.06.1999 – B 1 KR 4/98 R, juris-Rn. 17 und 23 (vorgehend: LSG Schleswig-Holstein, Urteil vom 30.09.1997 – L 1 Kr 95/96, juris-Rn. 41 ff.).

2018 Eine Mehrheitsmeinung zu der strittigen Methode ablehnend: BSG, Urteil vom 13.12.2005 – B 1 KR 21/04 R, juris-Rn. 24 ff. (vorgehend, eine Mehrheitsmeinung zu der strittigen Methode bejahend: LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 16.06.2004 – L 4 KR 101/04, juris-Rn. 26 ff. und 31 ff.); ebenso: BSG, Urteil vom 14.02.2001 – B 1 KR 29/00 R, juris-Rn. 17 f. (vorgehend: LSG Niedersachsen, Urteil vom 17.02.1999 – L 4 KR 232/98, juris-Rn. 27 ff.).

2019 BSG, Urteil vom 13.12.2005 – B 1 KR 21/04 R, juris-Rn. 28 ff.; BSG, Urteil vom 17.12.2013 – B 1 KR 70/12 R, juris-Rn. 7 und 23 ff. und BSG, Urteil vom 06.03.2012 – B 1 KR 18/11 R, juris-Rn. 9 und 23.

2020 BSG, Urteil vom 04.04.2006 – B 1 KR 12/05 R, juris-Rn. 35 (vorgehend: LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 24.02.2005 – L 1 KR 13/04, juris-Rn. 18 f.).

Gutachten hervorgehen.²⁰²¹ Dieses Material war dann nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens.

(4) Feststellung von Einzeltatsachen

Die Frage danach, ob eine Behandlungsmethode im Einzelfall für die erkrankte Person in Deutschland auch zugänglich ist, ist eine Frage, welche den Bereich der Ermittlung von Einzeltatsachen betrifft. Diese Frage zielt darauf ab, ob eine Behandlungsmethode auch unter quantitativen Gesichtspunkten verfügbar ist²⁰²² und ob sie der einzelnen Person zugemutet werden kann²⁰²³. Die Feststellung von Einzeltatsachen ist von der Feststellung von generellen Tatsachen zwingend abzugrenzen (§ 163 SGG)²⁰²⁴.

bb. Rechtsbegriffe des § 35 Abs. 1 SGB V

Um die Feststellung genereller Tatsachen zum Zweck der Subsumtion im engeren Sinne unter verschiedene Rechtsbegriffe des § 35 Abs. 1 SGB V beispielhaft darzustellen, kann auf drei Urteile des BSG zu der in Streit stehenden Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel verwiesen werden.²⁰²⁵

(1) Subsumtion unter den Rechtsbegriff des „pharmakologisch-therapeutisch vergleichbaren Wirkstoffs“ (§ 35 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB V)

Für das erste Beispiel ist § 35 Abs. 1 S. 1 SGB V in den Blick zu nehmen, welcher besagt, dass der G-BA in seinen Richtlinien gemäß § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 SGB V bestimmt, für welche Gruppen von Arzneimitteln Festbeträge festgesetzt werden können. § 35 Abs. 1 S. 2 SGB V führt drei konkrete Möglich-

2021 BSG, Urteil vom 04.04.2006 – B 1 KR 12/05 R, juris-Rn. 35 (mit folgendem Hinweis durch das BSG: „www.bundesaerztekammer.de/30/HTA/70b.pdf, im Internet recherchiert am 2. März 2006“).

2022 BSG, Urteil vom 16.06.1999 – B 1 KR 4/98 R, juris-Rn. 18; BSG, Urteil vom 14.02.2001 – B 1 KR 29/00 R, juris-Rn. 19.

2023 BSG, Urteil vom 13.12.2005 – B 1 KR 21/04 R, juris-Rn. 35 und 42; BSG, Urteil vom 17.12.2013 – B 1 KR 70/12 R, juris-Rn. 24.

2024 F. VIII.

2025 BSG, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 7/10 R, juris-Rn. 1 (Parallelentscheidung: BSG, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 13/10 R, juris-Rn. 1); BSG, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 10/10 R, juris-Rn. 1.

keiten der Zusammenfassung von Arzneimitteln in Gruppen auf (§ 35 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-3 SGB V).²⁰²⁶ So nennt § 35 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB V die Gruppe der „pharmakologisch-therapeutisch vergleichbaren Wirkstoffe, insbesondere mit chemisch verwandten Stoffen“. Pharmakologisch-therapeutisch vergleichbar sind Wirkstoffe, welche hinsichtlich ihrer Art oder ihres chemischen Aufbaus und ihrer Wirkungsweise sowie ihrer Anwendungsgebiete eine Gemeinsamkeit aufweisen (pharmakologisch-therapeutische Vergleichbarkeit).²⁰²⁷ In Bezug auf die Anwendung dieses Rechtsbegriffs bzw. die Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Festbetragsgruppenbildung durch den G-BA²⁰²⁸, kann das BSG generelle Tatsachen ermitteln. Dazu können z.B. Feststellungen gehören, dass bestimmte Arzneimittel der entsprechenden Festbetragsgruppe die gleiche chemische Zusammensetzung, die gleiche Zulassung für ein gemeinsames Anwendungsgebiet haben oder auch, dass einzelne Mittel in ihrer Verordnungsfähigkeit im Vergleich zu anderen Mitteln eingeschränkt sind.²⁰²⁹ Diese generellen Tatsachen ergeben sich aus dem Inhalt einer arzneimittelrechtlichen Zulassung, welcher sich wiederum insbesondere aus der Fachinformation des pharmazeutischen Unternehmers gemäß § 11a AMG²⁰³⁰ ergibt.²⁰³¹ Die Subsumtion dieser festgestellten generellen Tatsachen unter § 35 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB V ergibt oder ergibt nicht die pharmakologisch-therapeutische Vergleichbarkeit der entsprechenden Wirkstoffe. Die Rechtsfolge ist die rechtmäßige oder unrechtmäßige Festbetragsgruppeneinteilung durch den G-BA. In Bezug auf die eingangs dieses Kapitels (bb.) genannten drei Urteile des BSG und die dazugehörigen Berufungsurteile ist zu sagen, dass jeweils beide Instanzen bei den generellen Feststellungen zur therapeutischen Vergleichbarkeit bestimmter Arzneimittel maßgeblich auf die Fachinformation bzw. die arznei-

2026 Kraftberger, in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 35 Rn. 9 ff.

2027 Eine Definition dieses Rechtsbegriffs ist bei LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.12.2009 – L 9 KR 8/08, juris-Rn. 124 zu finden.

2028 Zur gerichtlichen Prüfung der aufgrund von § 35 SGB V erlassenen Richtlinien: BSG, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 7/10 R, juris-Rn. 26 f. (Parallelenentscheidung: BSG, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 13/10 R, juris-Rn. 29 f.) und BSG, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 10/10 R, juris-Rn. 37 f.; allgemein zur eingeschränkten gerichtlichen Prüfung der Richtlinien des G-BA: D. I. I. c. aa. (2) (iv).

2029 BSG, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 7/10 R, juris-Rn. 25 ff. und 36 ff. (Parallelenentscheidung: BSG, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 13/10 R, juris-Rn. 28 ff. und 39 ff.); BSG, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 10/10 R, juris-Rn. 36 ff. und 47 ff.

2030 F. II. 3. a.

2031 BSG, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 7/10 R, juris-Rn. 28 (BSG, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 13/10 R, juris-Rn. 31); BSG, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 10/10 R, juris-Rn. 39.

mittelrechtliche Zulassung abstellten und eine pharmakologisch-therapeutische Vergleichbarkeit gleichsam bejahten²⁰³².

- (2) Subsumtion unter den Rechtsbegriff einer möglichen „therapeutischen Verbesserung“ eines Arzneimittels (§ 35 Abs. 1 S. 6, 2. Alt., Abs. 1b SGB V)

Das zweite Beispiel bezieht sich auf § 35 Abs. 1 S. 6 SGB V. Dieser Rechtssatz statuiert eine Ausnahmeregelung für Medikamente mit patentgeschützten Wirkstoffen. Diese werden von der Festbetragsgruppenbildung gemäß § 35 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und 3 SGB V ausgeklammert, wenn die Wirkungsweise des Wirkstoffs entweder „neuartig“ ist (§ 35 Abs. 1 S. 6, 1. Alt. SGB V) oder der Wirkstoff eine „therapeutische Verbesserung“ (§ 35 Abs. 1 S. 6, 2. Alt. SGB V) bedeutet.²⁰³³ Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf das Tatbestandsmerkmal der „therapeutischen Verbesserung“, welches in § 35 Abs. 1b S. 1 SGB V legaldefiniert wird. Grundsätzlich kann gesagt werden, dass eine therapeutische Verbesserung durch ein Medikament dann vorliegt, wenn das Medikament im Vergleich zu anderen Arzneimitteln der gleichen Wirkstoffgruppe einen höheren Nutzen hat und deshalb gegenüber den anderen Präparaten derselben Gruppe grundsätzlich vorrangig einzusetzen ist. Die therapeutische Verbesserung muss sich weiterhin in einem gemeinsamen Anwendungsbiet einstellen (§ 35 Abs. 1b S. 2 SGB V). Interessant ist weiterhin, wie der Nachweis eines höheren Nutzens zu erbringen ist. Gemäß § 35 Abs. 1b S. 4 SGB V sind hierfür wissenschaftliche Erkenntnisse in der Gestalt der Fachinformationen und von klinischen Studien nach methodischen Grundsätzen der EbM²⁰³⁴ ins Feld zu führen.²⁰³⁵ Damit verweist § 35 Abs. 1b S. 4 SGB V auf den allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V. § 35

2032 LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.12.2009 – L 9 KR 8/08, juris-Rn. 114 ff. und 123 (nachgehend: BSG, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 7/10 R, juris); LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.02.2010 – L 9 KR 351/09, juris-Rn. 65 (nachgehend: BSG, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 13/10 R, juris); LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.02.2010 – L 9 KR 104/08, juris-Rn. 84 ff. und 93 (nachgehend: BSG, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 10/10 R, juris).

2033 Von Dewitz, in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGB V § 35 Rn. 13; Barth, in: Spickhoff, Medizinrecht, SGB V § 35 Rn. 5.

2034 D. I. 1. b. bb. (2) (ii).

2035 Kraftberger, in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 35 Rn. 31 ff.; Barth, in: Spickhoff, Medizinrecht, SGB V § 35 Rn. 5.

Abs. 1b S. 5 SGB V besagt weiterhin, welche Studien dabei vorrangig heranzuziehen sind. Demnach sind grundsätzlich klinische Studien in der Form von direkten Vergleichsstudien mit anderen Arzneimitteln dieser Wirkstoffgruppe mit patientenrelevanten Endpunkten, insbesondere Mortalität, Morbidität und Lebensqualität, maßgeblich. Wenn solche direkten Vergleichsstudien nicht vorliegen oder nicht vorliegen können, kann auch auf andere vergleichbare Studien zurückgegriffen werden.²⁰³⁶ Diese Grundlagen genereller Tatsachen zum Nachweis eines höheren Nutzens bzw. einer therapeutischen Verbesserung könnte das BSG selbst ermitteln.²⁰³⁷ Das BSG stützte sich in dem vorliegenden Fall jedoch auf die durch die Vorinstanz ermittelten Beweise, betonte jedoch richtigerweise, dass es zur Feststellung der genannten generellen Tatsachen berechtigt wäre. Das BSG spricht in diesem Fall explizit von einer eigenen Beweiserhebung.²⁰³⁸ Die Unterordnung dieser generellen Tatsachen, welche einen höheren Nutzen des entsprechenden Arzneimittels belegen, unter den Rechtsbegriff der therapeutischen Verbesserung stellt die Subsumtion im engeren Sinne dar.

cc. Einordnung

In Bezug auf die Darstellung und Analyse der Feststellung genereller Tatsachen durch das BSG anhand der in diesem Teil einbezogenen Urteile²⁰³⁹ kann zusammengefasst werden, dass in allen die Gemeinsamkeit besteht, dass gewisse wissenschaftliche Erkenntnisse, welche unter Umständen noch vom BSG zu erheben sind, unter einen bestimmten Rechtsbegriff subsumiert werden. Eine andere Ansicht ist wohl bei *Miriam Meßling* zu finden, welche mit Verweis auf das Urteil des BSG vom 16.06.1999²⁰⁴⁰ von generellen Tatsachen als Rechtstatsachen für die Auslegung spricht²⁰⁴¹. Nach den

2036 BT-Drs. 16/194, S. 8 f.; *Kraftberger*, in: Hänlein/Schuler, LPK-SGB V, § 35 Rn. 34.

2037 BSG, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 7/10 R, juris-Rn. 62 ff. (Parallelentscheidung: BSG, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 13/10 R, juris-Rn. 51 ff.); BSG, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 10/10 R, juris-Rn. 59 ff.

2038 BSG, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 7/10 R, juris-Rn. 76 (Parallelentscheidung: BSG, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 13/10 R, juris-Rn. 65); BSG, Urteil vom 01.03.2011 – B 1 KR 10/10 R, juris-Rn. 73.

2039 G. II. 3. b. aa. und G. II. 3. b. bb.

2040 BSG, Urteil vom 16.06.1999 – B 1 KR 4/98 R, juris, siehe: G. II. 3. b. aa.

2041 *Meßling*, in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 454.

in dieser Arbeit vertretenen Prämissen werden diese Art der generellen Tatsachen jedoch zur Subsumtion festgestellt²⁰⁴².

c. Gesetzliche Unfallversicherung

aa. Wandlung in der Rechtsprechung hinsichtlich der Feststellungsbefugnis

Im für Streitigkeiten aus der gesetzlichen Unfallversicherung zuständigen 2. Senat des BSG wurde in der Vergangenheit noch die Rechtsansicht vertreten, dass das BSG gemäß § 163 SGG daran gehindert sei, Feststellungen der Vorinstanz zum aktuellen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse einer inhaltlichen Prüfung zu unterziehen, diese selbst zu treffen und damit die Feststellungen des vorentscheidenden *Landessozialgerichts* zu ergänzen und/oder zu ersetzen.²⁰⁴³ Diese Ansicht gab der Senat mit seinen beiden Urteilen vom 27.06.2006²⁰⁴⁴ auf. So seien wissenschaftliche Erkenntnisse zu den Möglichkeiten der Krankheitsverursachung durch schädigende Einwirkungen am Arbeitsplatz keine Tatsachen des Einzelfalls, sondern generelle Tatsachen, die für alle einschlägigen Berufskrankheitenfälle gleichermaßen von Bedeutung seien. In diesem Zusammenhang verwendet das BSG den

2042 Insbesondere: F. IV. 2. b. bb. und G. II. 3. b. aa. (2).

2043 BSG, Urteil vom 02.05.2001 – B 2 U 16/00 R, juris-Rn. 23 (mit Verweis auf BSG, Urteil vom 07.08.1975 – 10 RV 313/74, juris-Rn. 19 ff.) und 28 f. (mit Verweis auf BSG, Urteil vom 18.11.1997 – 2 RU 48/96, juris-Rn. 18); BSG, Urteil vom 18.03.2003 – B 2 U 13/02 R, juris-Rn. 19; *Humpert*, in: Jansen, SGG, § 128 Rn. 13; *Fichte*, in: *Fichte/Jüttner*, SGG, § 163 Rn. 6.

2044 Grundlegend: BSG, Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 5/05 R, juris-Rn. 18 f. und BSG, Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 20/04 R, juris-Rn. 23 f. m.w.N.; zu den dazugehörigen Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz, welche sich auf einen veralteten medizinwissenschaftlichen Erkenntnisstand beziehen: *LSG Hessen*, Urteil vom 26.11.2004 – L II U 820/02, juris-Rn. 25 (nachgehend: BSG, Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 5/05 R, juris-Rn. 18) und *LSG Saarland*, Urteil vom 10.09.2003 – L 2 U 54/02, juris-Rn. 46 ff. (nachgehend: BSG, Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 20/04 R, juris-Rn. 22); insbesondere sich an diese Änderung in der Rechtsprechung des 2. Senats anschließend: BSG, Urteil vom 16.03.2021 – B 2 U 11/19 R, juris-Rn. 33 m.w.N.; BSG, Urteil vom 30.03.2017 – B 2 U 6/15 R, juris-Rn. 18; BSG, Urteil vom 23.04.2015 – B 2 U 10/14 R, juris-Rn. 20 und 26 (mit gewissen Einschränkungen, siehe: *Leitsatz* und Rn. 27 und 29, kritisch dazu: *Hauck*, in: *Hennig*, SGG, Band 3, 12/2018, § 163 Rn. 88); BSG, Urteil vom 17.12.2015 – B 2 U 11/14 R, juris-Rn. 17 und 29; BSG, Urteil vom 23.04.2015 – B 2 U 6/13 R, juris-Rn. 20; BSG, Urteil vom 17.12.2013 – B 2 U 131/18 B, juris-Rn. 7; BSG, Urteil vom 02.04.2009 – B 2 U 9/08 R, juris-Rn. 15.

Begriff der Rechtstatsache²⁰⁴⁵, welche für die Auslegung bzw. Bestimmung des Inhalts einer Rechtsnorm, konkret einzelner in der Anlage 1 zur BKV genannter Berufskrankheiten, benötigt werde²⁰⁴⁶. Die Feststellung dieser generellen Tatsachen sei der in § 163 SGG geregelten Bindung an die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz entzogen. Die generellen Tatsachen könnten anhand des aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstands auf ihre Aktualität, Richtigkeit und Vollständigkeit, auch unter Rückgriff auf sachverständigen Rat, überprüft werden.²⁰⁴⁷ Das BSG trat in den beiden genannten Urteilen vom 27.06.2006 auch in die Beweiserhebung ein, indem es ein Merkblatt zu der betreffenden Berufskrankheit²⁰⁴⁸ sowie eine epidemiologische Studie zu dem Zusammenhang zwischen bestimmten Einwirkungen auf den Körper und einer dadurch hervorgerufenen Erkrankung²⁰⁴⁹ ermittelte. Eine vollumfängliche Wandlung in der Rechtsansicht des 2. Senats durch die beiden Urteile vom 27.06.2006 ist damit aber nicht erfolgt. So verwendete der Senat den Begriff der Rechtstatsache bereits vor 2006 in einem Beschluss und bejahte in diesem Zusammenhang auch eine Feststellungsbefugnis des BSG. So könne das BSG wahlweise selbst Ermittlungen durchführen oder den Rechtsstreit an das Tatsachengericht zurückverweisen und diesem Ermittlungen übertragen²⁰⁵⁰. Der Unterschied zu der neuen bzw. aktuellen Rechtsprechung ist, dass das BSG bei der Prüfung der betreffenden Nichtzulassungsbeschwerde²⁰⁵¹ keine Anhaltspunkte dafür sah, dass es in einem möglichen Revisionsverfahren die generellen Tatsa-

2045 In Bezug auf diesen Begriff wird auf die obigen Ausführungen unter F. III. 1. verwiesen.

2046 Siehe dazu bereits: F. II. 3. g.

2047 Hauck, in: Zeihe, SGG, 08/2017, § 163 Rn. 4 dd); Fichte, in: Fichte/Jüttner, SGG, § 163 Rn. 6 f.; Heinz, in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 21; Humpert, in: Jansen, SGG, § 128 Rn. 13; Spellbrink/Karmanski, SGB 2021, S. 543, 546.

2048 BSG, Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 5/05 R, juris-Rn. 18; anzumerken ist, dass diese Merkblätter sowie die bereits oben genannten Quellen (F. II. 3. g.) keine antizipierten Sachverständigengutachten darstellen und demnach für den Rechtsanwender auch nicht verbindlich sind (Bieresborn, SGB 2016, S. 310, 314 f.; Bieresborn, SGB 2016, S. 379, 382; Keller, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 11b; Humpert, in: Jansen, SGG, § 128 Rn. 13); weiterhin in Bezug auf Merkblätter: BSG, Urteil vom 20.03.2018 – B 2 U 5/16 R, juris-Rn. 17 m.w.N. und BSG, Urteil vom 17.12.2015 – B 2 U 11/14 R, juris-Rn. 16; in Bezug auf Konsensempfehlungen: BSG, Urteil vom 23.04.2015 – B 2 U 10/14 R, juris-Rn. 23.

2049 BSG, Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 20/04 R, juris-Rn. 22.

2050 BSG, Beschluss vom 15.06.2004 – B 2 U 71/04 B, juris-Rn. 3 f. (mit Verweis auf BSG, Urteil vom 25.10.1994 – 3 RK 16/94, juris).

2051 BSG, Beschluss vom 15.06.2004 – B 2 U 71/04 B, juris.

chenfeststellungen der Vorinstanz²⁰⁵² korrigieren oder ersetzen müsste. Im Folgenden wird die Feststellung genereller Tatsachen im 2. Senat des BSG zunächst anhand der Tatbestandsmerkmale der Anlage 1 zur BKV (bb.) und sodann anhand von § 9 Abs. 2 SGB VII (cc.) aufgezeigt.

bb. Tatbestandsmerkmale der Anlage 1 zur BKV

(1) Auslegung von Tatbestandsmerkmalen einzelner Berufskrankheiten der Anlage 1 zur BKV

Die in der Anlage 1 zur BKV zu einer bestimmten Berufskrankheit geforderten Voraussetzungen hinsichtlich eines Zusammenhangs zwischen schädlichen Einwirkungen und einer Erkrankung werden mit Hilfe von generellen Tatsachen bestimmt.²⁰⁵³ So kann ein genereller Kausalzusammenhang zwischen einer schädigenden Einwirkung und einer Erkrankung erst ab einer bestimmten Einwirkungs-dosis bestehen, welcher mit Hilfe von generellen Tatsachen, also anhand des aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstands, belegt werden kann.²⁰⁵⁴

(2) Subsumtion des Lebenssachverhalts unter Tatbestandsmerkmale einzelner Berufskrankheiten der Anlage 1 zur BKV

In der „neuen“ Rechtsprechung des 2. Senats sind außerdem Hinweise zu finden, welche die zwei weiter oben aufgestellten Thesen untermauern. Damit ist zum einen die These gemeint, dass die Subsumtion zur Rechtsanwendung gehört²⁰⁵⁵ und zum anderen, dass die Subsumtion von generellen Tatsachen ebenfalls zum Rechtsanwendungsakt und demnach zur Rechtsfrage gehört²⁰⁵⁶. So führt das BSG aus, dass dieses dazu berechtigt sei, die richtige Zuordnung des ermittelten Sachverhalts durch das

2052 Konkret ging es um allgemein anerkannte medizinische Erkenntnisse zu der Verursachung einer Krankheit durch schädliche berufsbedingte Einwirkungen (*LSG Hessen*, Urteil vom 31.10.2003 – L 11/3 U 740/02 ZVW, juris-Rn. 23 ff.).

2053 BSG, Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 5/05 R, juris-Rn. 16.

2054 So z.B. in Bezug auf die Tagesdosis der Ganzkörperschwingungen als Ursache einer bandscheibenbedingten Erkrankung: BSG, Urteil vom 27.06.2006 – B 2 U 20/04 R, juris-Rn. 18 und 22.

2055 C. II. 1. a. bb. (2) (ii) und C. III. 2. c.

2056 F. IV. 2. b. cc.

Tatsachengericht unter den einschlägigen generellen Erkenntnisstand zu überprüfen²⁰⁵⁷. Hierbei handelt es sich um die Nachprüfung der vom LSG vorgenommenen Subsumtion, also der Unterordnung des konkreten Lebenssachverhalts unter eine mittels des aktuellen medizinischen Erkenntnisstands ausgelegte Rechtsnorm, in diesem Fall der BKV. Subsumiert werden in diesem Fall keine generellen Tatsachen, sondern Einzeltatsachen.

cc. „Wie-Berufskrankheit“ gemäß § 9 Abs. 2 SGB VII

Hinsichtlich einer eigenständigen Beweiserhebung mittels der Einholung eines Sachverständigengutachtens durch das BSG zur Feststellung genereller Tatsachen ist auf ein Verfahren vom 22.06.2023 hinzuweisen. In diesem Revisionsverfahren war zu prüfen, ob eine nicht in der Berufskrankheitenliste der BKV genannte posttraumatische Belastungsstörung gemäß § 9 Abs. 2 SGB VII eine Wie-Berufskrankheit darstellt und damit als Versicherungsfall anzuerkennen ist. Dazu fordern § 9 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 SGB VII neben weiteren Voraussetzungen, dass eine bestimmte Personengruppe durch ihre Tätigkeit in erheblich höherem Grade als die übrige Bevölkerung besonderen Einwirkungen ausgesetzt ist, welche nach neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen der Medizin abstrakt-generell geeignet sind, eine bestimmte Erkrankung zu verursachen.²⁰⁵⁸

(1) Auslegung von § 9 Abs. 2 SGB VII

Die normative Auslegung von § 9 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 SGB VII nach Wortlaut sowie Sinn und Zweck durch das BSG ergab, dass es für die Anerkennung einer Wie-Berufskrankheit nicht darauf ankomme, dass eine Erkrankung innerhalb einer bestimmten Personengruppe im Vergleich zur übrigen Bevölkerung häufiger vorkomme. Ausreichend sei lediglich der Nachweis eines erhöhten Einwirkungsgrads (generelles Gefährdungspoten-

2057 BSG, Urteil vom 06.09.2018 – B 2 U 10/17 R, juris-Rn. 27; BSG, Urteil vom 23.04.2015 – B 2 U 10/14 R, juris-Rn. 23; kritisch dazu: Giesbert, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 128 Rn. 68.

2058 BSG, Urteil vom 22.06.2023 – B 2 U 11/20 R, juris-Rn. 11-14 und 26.

tial). Ergänzend bezog das BSG Fachliteratur²⁰⁵⁹ in die Auslegung mit ein.²⁰⁶⁰

(2) Subsumtion unter § 9 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 SGB VII

Die so konkretisierte Rechtsnorm des § 9 Abs. 2, Abs. 1 S. 2 SGB VII wurde sodann durch die Subsumtion genereller Tatsachen verwirklicht. So stellte der Sachverständige in seinem Gutachten, welches vom BSG in Auftrag gegeben wurde²⁰⁶¹, zum einen generell fest, dass die Berufsgruppe der Rettungssanitäter in einem erhöhten Umfang bestimmten traumatischen Ereignissen ausgesetzt seien.²⁰⁶² Hierbei wurde vom BSG ergänzend auf Literatur²⁰⁶³ verwiesen.²⁰⁶⁴ Zum anderen wurde festgestellt, dass die schädigenden Ereignisse abstrakt-generell geeignet seien, das Erkranken an einer posttraumatischen Belastungsstörung zu verursachen. Dieser naturwissenschaftlich-medizinische, abstrakt-generelle Ursachenzusammenhang ergebe sich insbesondere aus den Diagnosewerken der ICD und bestimmten Leitlinien der AWMF²⁰⁶⁵, welche den aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstand repräsentierten.²⁰⁶⁶

(3) Einordnung

Das BSG ergänzte in dem vorliegenden Fall mit einer eigenen Beweiserhebung die generellen Feststellungen des vorentscheidenden *Landessozialgerichts*, dass keine gesicherten neuen medizinischen Erkenntnisse vorlägen, welche ein deutlich erhöhtes Risiko bei Rettungssanitätern belegten, eine beruflich verursachte posttraumatische Belastungsstörung zu entwickeln. Zudem stellte das Tatsachengericht fest, dass wissenschaftlich nicht belegt werden könne, dass die wiederkehrende Konfrontation der Rettungssani-

2059 Beispielsweise: *Kranig*, Reform des deutschen Berufskrankheitenrechts – von Europa lernen?, in: Devetzi/Janda, FS Eichenhofer, S. 359, 380.

2060 BSG, Urteil vom 22.06.2023 – B 2 U 11/20 R, juris-Rn. 28 ff.

2061 A.a.O., Rn. 5 und 15.

2062 A.a.O., Rn. 5 und 21 ff.

2063 *Molkentin*, SGB 2019, S. 200, 205 und *Pitz/Strametz*, SGB 2021, S. 405, 411.

2064 BSG, Urteil vom 22.06.2023 – B 2 U 11/20 R, juris-Rn. 21.

2065 Zu beachten ist, dass die Leitlinien der AWMF keine antizipierten Sachverständigengutachten darstellen (*Bieresborn*, SGB 2016, S. 310, 314 f.) und im Gegensatz zu den Richtlinien des G-BA nicht verbindlich sind (*Kruse*, MedSach 2010, S. 74, 77).

2066 BSG, Urteil vom 22.06.2023 – B 2 U 11/20 R, juris-Rn. 25 und 32 ff.

täter mit traumatischen Ereignissen, welchen andere Personen ausgesetzt seien, generell geeignet sei, eine solche Erkrankung zu verursachen.²⁰⁶⁷ Die in diesem Zusammenhang zudem unter § 9 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 SGB VII zu subsumierenden Einzeltatsachen, wie z.B. die Feststellung, dass die versicherte Person an einer posttraumatischen Belastungsstörung leidet und die konkreten traumatisierenden Ereignisse, welchen diese ausgesetzt ist, sind nicht vom BSG feststellbar. Diese Einzeltatsachen sind für die rechtliche Beurteilung der haftungsbegründenden Kausalität im Einzelfall erforderlich, welche von der rechtlichen Beurteilung der generellen haftungsbegründenden Kausalität²⁰⁶⁸ zu trennen und ebenfalls zu prüfen ist.²⁰⁶⁹ Hier und auch bereits bei der Darstellung der Entscheidung des *Großen Senats* wird deutlich, dass festgestellte generelle Tatsachen die Subsumtion von Einzeltatsachen ergänzen bzw. unterstützen und daneben subsumiert werden können.²⁰⁷⁰

dd. Zwischenergebnis

Anhand der Rechtsprechung des 2. Senat kann sehr gut aufgezeigt werden, wie ein umfassender Begründungsprozess (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG)²⁰⁷¹ bei der Feststellung genereller Tatsachen sowie deren Einbezug in die Rechtsanwendung aussehen kann. So wird vom Gericht darauf hingewiesen, wenn es generelle Tatsachen feststellt. Außerdem ist für den Leser sehr gut ersichtlich, in welchem konkreten Normbezug die generellen Tatsachen stehen und was die Erkenntnisgrundlage der generellen Tatsachen ist.

2067 LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 13.12.2019 – L 8 U 4271/18, juris-Rn. 28.

2068 F. II. 3. g.

2069 BSG, Urteil vom 22.06.2023 – B 2 U 11/20 R, juris-Rn. 35 und 42 (vorgehend: LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 13.12.2019 – L 8 U 4271/18, juris-Rn. 2); BSG, Urteil vom 27.04.2010 – B 2 U 13/09 R, juris-Rn. 29.

2070 G. II. 3. a. cc.

2071 F. VII. 2. b.

d. Spezielle Gebiete der gesetzlichen Krankenversicherung

Auch im 3. Senat des *BSG* spielt die Feststellung genereller Tatsachen auch mit eigener Beweiserhebung²⁰⁷² eine Rolle.²⁰⁷³ In Bezug auf die Frage, ob Behandlungsmethoden oder Hilfsmittel dem allgemein anerkannten Stand medizinischer Erkenntnisse entsprechen, sind durchaus unterschiedliche Herangehensweise zu beobachten. So behandelte das Gericht in seiner älteren Rechtsprechung die Frage, ob eine Behandlungsmethode dem medizinischen Standard entspricht, noch als vom *LSG* zu ermittelnde Einzel Tatsache²⁰⁷⁴. In seinem Urteil vom 12.08.2009 verwertete das *BSG* ein vom vorentscheidenden *LSG* in Auftrag gegebenes Gutachten zu der Wirksamkeit einer bestimmten Behandlungsmethode dann als generelle Tatsache und stellte fest, dass Studien dazu nicht vorlägen²⁰⁷⁵. Generelle Tatsachen sind daneben auch in Bezug auf die vom *BSG* feststellbare Studienlage hinsichtlich eines Zusammenhangs zwischen Behandlungsmenge und Behandlungsqualität bei der Versorgung mit Knieendoprothesen (Kniegelenk-TEP) von Bedeutung²⁰⁷⁶. Weiterhin kann im Zusammenhang mit der Feststellung genereller Tatsachen durch das *BSG* auf das im Hilfsmittelrecht bedeutsame Grundbedürfnis einer behinderten Person auf Bewegung im Nahbereich der Wohnung und das damit verknüpfte generelle Mobilitäts- und Bewegungsverhalten der Bevölkerung verwiesen werden. Generelle Erkenntnisse zum Mobilitäts- und Bewegungsverhalten in der deutschen Bevölkerung²⁰⁷⁷ kann das *BSG* selbst erheben und Tatsachen hierzu selbst feststellen²⁰⁷⁸.

2072 Beispielsweise in Bezug auf die Anhörung von Sachverständigen: *BSG*, Urteil vom 23.06.1993 – 9/9a RVs 1/91, juris-Rn. 19.

2073 *Giesbert*, in: *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 128 Rn. 68.

2074 *BSG*, Urteil vom 19.11.1997 – 3 RK 6/96, juris-Rn. 19.

2075 *BSG*, Urteil vom 12.08.2009 – B 3 KR 10/07 R, juris-Rn. 27.

2076 *BSG*, Urteil vom 12.09.2012 – B 3 KR 10/12 R, juris-Rn. 55 ff.

2077 Beispielsweise: *BMDV*, Mobilität in Deutschland – MiD, S. 7 ff. und 15.

2078 *BSG*, Urteil vom 18.04.2024 – B 3 KR 13/22 R, juris-Rn. 19, Rn. 22 und 29.

aa. Rechtsbegriff der „Erforderlichkeit“ i.S.v. § 33 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V

(1) Auslegung von § 33 Abs. 1 S. 1 SGB V und Subsumtion unter § 33 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V

In einem weiteren Urteil des 3. Senats des BSG ging es u.a. um die Prüfung der „Erforderlichkeit“ eines Hilfsmittels (antiallergene Matratzenspannbezüge) i.S.v. § 33 Abs. 1 S. 1 SGB V.²⁰⁷⁹ Die Auslegung des BSG, auch unter Rückgriff auf Gesetzeskommentare, ergab, dass sich die objektive Erforderlichkeit eines Hilfsmittels nach dem allgemein anerkannten Stand medizinischer Erkenntnisse (§ 2 Abs. 1 S. 3 SGB V) beurteilt. Festzustellen ist also eine generelle Mehrheitsmeinung einschlägiger Fachleute, welche den Hilfsmittleinsatz bei der Behandlung der entsprechenden Erkrankung befürworten²⁰⁸⁰, welche dann unter den Rechtsbegriff der Erforderlichkeit i.S.v. § 33 Abs. 1 S. 1 SGB V subsumiert wird. Die davon abzugrenzenden Einzeltatsachen beziehen sich dann z.B. auf Feststellungen zur konkreten Krankheitssituation, zum Einfluss dieses Hilfsmittels auf die Erkrankung, die Symptome und den Medikamentenverbrauch der einzelnen Person (subjektive Erforderlichkeit)²⁰⁸¹.

(2) Einordnung

Das BSG hätte in dem vorliegenden Fall die von der Vorinstanz nicht ausreichend festgestellten Tatsachen zum allgemein anerkannten medizinischen Erkenntnisstand zur objektiven Erforderlichkeit des betreffenden Hilfsmittels²⁰⁸² im Rahmen der Feststellung von generellen Tatsachen ergänzen können. Hinsichtlich der festzustellenden konkret-individuellen Tatsachen hätte das BSG den Streit an das LSG zurückverweisen können.

2079 BSG, Urteil vom 15.03.2012 – B 3 KR 2/11 R, juris-Rn. 18 ff.; zum vom BSG in diesem Zusammenhang verwendeten Begriff der Rechtstatsache (Rn. 23): F. III. 1.

2080 BSG, Urteil vom 15.03.2012 – B 3 KR 2/11 R, juris-Rn. 21; siehe ebenso oben: G. II. 3. b. aa. (2).

2081 BSG, Urteil vom 15.03.2012 – B 3 KR 2/11 R, juris-Rn. 31 f.

2082 Laut BSG reiche die vom LSG herabgezogene Fachliteratur und der eingeholte ärztliche Befundbericht nicht aus, um den allgemein anerkannten medizinischen Erkenntnisstand zur objektiven Erforderlichkeit bzw. eine Mehrheitsmeinung zu rechtfertigen (a.a.O., Rn. 22); siehe dazu: LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 07.10.2010 – L 10 KR 17/06, juris-Rn. 31.

Das BSG unterließ dies jedoch und verwies den Fall gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG an die Vorinstanz zurück, diese habe neben Einzeltatsachen auch generelle Tatsachen festzustellen²⁰⁸³. Weiterhin nicht nachvollziehbar ist, dass das BSG neben dem Begriff der generellen Tatsache, denjenigen der Rechtstatsache verwendet und ausführt, es handele sich um Rechtstatsachen, die für die Auslegung, also die Bestimmung des Inhalts einer Rechtsnorm benötigt würden²⁰⁸⁴. Wie gezeigt wurde, werden die betreffenden generellen Tatsachen unter § 33 Abs. 1 S. 1 SGB V subsumiert²⁰⁸⁵. Diese Kritik wurde vom Autor bereits im Krankenversicherungsrecht geäußert²⁰⁸⁶.

bb. Rechtsbegriff der „Barrierefreiheit“ gemäß § 4
Behindertengleichstellungsgesetz (BGG)

(1) „Barrierefreiheit“ als generelle Tatsache

Im weiteren Verlauf wird auf ein Urteil des BSG eingegangen, in welchem es vordergründig um die Hilfsmittelversorgung eines Rollstuhlfahrers mit einer Treppensteighilfe gemäß § 33 Abs. 1 SGB V ging.²⁰⁸⁷ Konkret wird auf den in dieser Entscheidung thematisierten Aspekt der Barrierefreiheit von Gebäuden Bezug genommen. So stellte das BSG in der genannten Entscheidung die generelle Tatsache fest, dass die Barrierefreiheit öffentlicher und vieler ziviler Bauten in Deutschland zwar noch nicht vollständig hergestellt, aber fortschreitend sei. Zu dieser These gelangte das BSG, indem es einerseits ausführte, dass öffentliche und private Gebäude mit Publikumsverkehr, also z.B. Behörden, Supermärkte, Kliniken, Apotheken oder Arztpraxen, in aller Regel, also generell einen ebenerdigen Zugang hätten und dass bei Gebäuden mit mehreren Geschossen ein Fahrstuhl vorhanden sei. Andererseits existierten insbesondere §§ 4 und 8 Behinder-

2083 BSG, Urteil vom 15.03.2012 – B 3 KR 2/11 R, juris-Rn. 9 und 31; ebenso kritisch, jedoch die Möglichkeit einer praktischen Trennung zwischen generellen Tatsachen und Einzeltatsachen ablehnend: *Rixen*, SGB 2013, S. 140, 145; zu der Subsumtion von Einzeltatsachen, zusammen mit generellen Tatsachen bereits: G. II. 3. a. cc. und G. II. 3. c. cc. (3).

2084 BSG, Urteil vom 15.03.2012 – B 3 KR 2/11 R, juris-Rn. 23.

2085 G. II. 3. d. aa. (1).

2086 G. II. 3. b. cc.

2087 BSG, Urteil vom 07.10.2010 – B 3 KR 13/09 R, juris-Rn. 1 und 13.

tengleichstellungsgesetz (BGG²⁰⁸⁸), woraus gefolgert werden könne, dass nur bei vor Erlass dieser Regelungen errichteten privaten Gebäuden ohne Publikumsverkehr, also z.B. Wohngebäuden, gelegentlich noch keine Barrierefreiheit vorhanden sei. In der Folge lehnte das BSG u.a. deshalb einen Anspruch auf Übernahme der Kosten des betreffenden Hilfsmittels durch die Krankenkasse ab.²⁰⁸⁹

(2) Einordnung

Die dargestellten generellen Tatsachen wurden vom BSG ohne Angabe einer Erkenntnisgrundlage festgestellt (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG). Zudem wurde vom BSG aus einem „Sollen“ (§§ 4, 8 BGG) auf ein „Sein“ geschlossen²⁰⁹⁰. Korrekt ist, dass Barrierefreiheit einerseits normativ bestimmt werden kann (Rechtsfrage). Andererseits muss jedoch auch erforscht werden, ob ein Gebäude tatsächlich barrierefrei ist. Hierfür sind wiederum auf der einen Seite die spezielle Situation des behinderten Menschen, auf der anderen Seite aber auch externer technischer Sachverstand in der Form von z.B. DIN-Normen²⁰⁹¹ (generelle Tatsachen) entscheidend²⁰⁹². Wie die Evaluation des novellierten BGG im Jahr 2022 u.a. gezeigt hat, ist ein solcher, wünschenswerter Zustand zumindest in Bezug auf öffentliche Gebäude auch in neuerer Zeit noch nicht Realität geworden²⁰⁹³.

2088 Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen vom 27.04.2002 (BGBl. I, S. 1467, 1468), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes vom 23.05.2022 (BGBl. I, S. 760).

2089 BSG, Urteil vom 07.10.2010 – B 3 KR 13/09 R, juris-Rn. 34.

2090 Dazu ebenso: *Welti*, Fachbeitrag D8-2016, S. 5.

2091 Siehe zu diesen Regelwerken bereits im Verwaltungsrecht: G. II. 2. c.

2092 Zu der Frage, inwieweit Barrierefreiheit gemäß § 4 BGG Tatbestandsmerkmale enthält, welche einerseits normativ und andererseits mit technischem Sachverstand überprüft werden können: *Welti*, Diskussionsbeitrag Nr. 18/2013, S. 1 ff.

2093 BT-Drs. 20/4440, S. 266 und 357 (Bericht der Bundesregierung über die Wirkungen der Novellierung des Gesetzes zur Weiterentwicklung des Behindertengleichstellungsrechts); ebenso verfügbar in: *BMAS*, Forschungsbericht zur Evaluierung des novellierten Behindertengleichstellungsgesetzes (BGG), S. 258 und 349.

e. Gesetzliche Rentenversicherung

Im Rentenversicherungsrecht sind generelle Tatsachen insbesondere im Zusammenhang mit (rechts-)historischen Begebenheiten interessant.²⁰⁹⁴ Dazu passend ging es in dem nachfolgend zu analysierenden Revisionsverfahren²⁰⁹⁵ um die Frage, ob Verpflegungsgeld, welches an Mitarbeiter der Zollverwaltung der DDR gezahlt wurde, als Arbeitsentgelt i.S.v. § 6 Abs. 1 S. 1 Anspruchs- und Anwartschaftsüberführungsgesetz (AA-ÜG²⁰⁹⁶) i.V.m. § 14 SGB IV²⁰⁹⁷ einzustufen ist.²⁰⁹⁸ Bei dieser Frage ist die Beurteilung des Zwecks einer staatlich gewährten Zahlung (Verpflegungsgeld) anhand des dafür maßgeblichen und damals geltenden „DDR-Rechts“ in der Form der sogenannten Besoldungs- und Verpflegungsordnungen der DDR²⁰⁹⁹ erforderlich.²¹⁰⁰ Darauf gilt es nachfolgend näher einzugehen (aa. bis cc.).

aa. Ehemaliges Recht der DDR als generelle Tatsachen

Laut dem für die gesetzliche Rentenversicherung zuständigen 5. Senat des BSG lasse sich die weiter oben dargestellte Frage²¹⁰¹ nur unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten der DDR beantworten, zu welchen die Besoldungs- und Verpflegungsordnungen der Zollverwaltung der DDR

2094 Siehe dazu bereits oben: F. IV. 1. b.

2095 BSG, Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris.

2096 Gesetz zur Überführung der Ansprüche und Anwartschaften aus Zusatz- und Sondersversorgungssystemen des Beitrittsgebiets vom 25.07.1991 (BGBl. I, S. 1606, 1677), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 06.10.2020 (BGBl. I, S. 2072).

2097 Viertes Buch Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung – in der Fassung der Bekanntmachung vom 12.11.2009 (BGBl. I, S. 3710, 3973; BGBl. 2011 I, S. 363), zuletzt geändert durch Art. 62 des Gesetzes vom 23.10.2024 (BGBl. I, Nr. 323).

2098 Dankelmann, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB VI, 21.03.2025, § 256a Rn. 99; Lau, jurisPR-SozR 2/2020, Anm. 4.

2099 Die Besoldungs- und Verpflegungsordnungen werden über Nr. 3 der Anlage 2 zum AAÜG als Sondersversorgung der Angehörigen der Zollverwaltung der DDR eingestuft.

2100 LSG Sachsen, Urteil vom 08.09.2022 – L 7 R 773/19 ZV, juris-Rn. 198; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 15.03.2018 – L 3 R 209/16 WA, juris-Rn. 43 ff.; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 25.02.2016 – L 22 R 731/12, juris-Rn. 51 ff. und 136 ff.

2101 G. II. 3. e.

gehörten. Diese seien als generelle Tatsachen einzustufen.²¹⁰² Das BSG konstatierte, dass die Besoldungs- und Verpflegungsordnungen als „faktischer Bestandteil der damaligen "Normalität"“ die damals vorherrschende Verwaltungs- und Lebenspraxis widerspiegeln. Diese Bestimmungen trügen zur Tatsachenfeststellung bei und mit ihrer Hilfe könne deshalb im Rahmen der Beweiswürdigung auf Tatsachen, faktische Abläufe und übliche Verhaltensweisen der damaligen Zeit geschlossen werden.²¹⁰³ Widersprüchlich ist deshalb, dass die Besoldungs- und Verpflegungsordnungen der DDR vom BSG sodann wie Rechtsnormen nach objektiven Auslegungskriterien, insbesondere unter Beachtung ihres Wortlauts, ausgelegt wurden.²¹⁰⁴ Tatsächliche Abläufe und Verhaltensweisen in der Form von generellen Tatsachen sind nicht wie Rechtsnormen auszulegen, sondern zu würdigen²¹⁰⁵ und entweder für die Rechtsauslegung oder die Subsumtion im engeren Sinne festzustellen²¹⁰⁶. Die davon abzugrenzenden Einzeltatsachen beziehen sich z.B. darauf, ob die betreffende Person tatsächlich Mitarbeiter der Zollverwaltung der DDR war oder welche Bezüge tatsächlich gezahlt wurden²¹⁰⁷. Im nächsten Abschnitt wird darauf eingegangen, wie diese generellen Tatsachen vom BSG in die Rechtsanwendung einbezogen wurden (bb.).

2102 BSG, Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 13 f., Rn. 17 und 32; Anschlussrechtsprechung: BSG, Urteil vom 09.12.2020 – B 5 RS 3/20 R, juris-Rn. 13 und BSG, Urteil vom 09.12.2020 – B 5 RS 1/20 R, juris-Rn. 13; ebenso: BSG, Beschluss vom 16.01.2020 – B 5 RS 7/19 B, juris-Rn. 7; zur alten Rechtsprechung des Senats, in welcher dieser die Besoldungs- und Verpflegungsordnungen noch als das BSG bindende „Anknüpfungstatsachen“ bezifferte, z.B.: BSG, Urteil vom 18.10.2007 – B 4 RS 28/07 R, juris-Rn. 18 ff., BSG, Beschluss vom 18.01.2017 – B 5 RS 44/16 B, juris-Rn. 10, BSG, Urteil vom 30.10.2014 – B 5 RS 1/13 R, juris-Rn. 16 (Parallelentscheidung: BSG, Urteil vom 30.10.2014 – B 5 RS 3/14 R, juris-Rn. 17) oder BSG, Urteil vom 30.10.2014 – B 5 RS 2/14 R, juris-Rn. 16; ebenso zu dem Begriff der „Anknüpfungstatsachen“: Keller, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 118 Rn. 111 m.w.N. oder Rudisile/Ulrich, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 01/2024, § 98 Rn. 129 m.w.N.

2103 BSG, Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 17; BSG, Urteil vom 09.12.2020 – B 5 RS 3/20 R, juris-Rn. 42.

2104 BSG, Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 32.

2105 Siehe: C. II. 1. b. aa.

2106 F. IV. 2. b.

2107 LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 15.03.2018 – L 3 R 209/16 WA, juris-Rn. 2 ff.

bb. Rechtsanwendung von § 6 Abs. 1 S. 1 AAÜG i.V.m. § 14 SGB IV

Zunächst wurde der Begriff des Arbeitsentgelts unter Heranziehung von § 14 SGB IV und § 1 der Verordnung über die Bestimmung des Arbeitsentgelts in der Sozialversicherung (Arbeitsentgeltverordnung – ArEV²¹⁰⁸) ausgelegt. § 14 SGB IV definiert, was unter Arbeitsentgelt zu verstehen ist. § 1 ArEV a.F. normierte, dass einmalige Einnahmen, laufende Zulagen, Zuschläge, Zuschüsse sowie ähnliche Einnahmen, die *zusätzlich* (Hervorhebung durch den Verfasser) zu Löhnen oder Gehältern gewährt werden, nicht dem Arbeitsentgelt zuzurechnen sind, soweit sie *lohnsteuerfrei* (Hervorhebung durch den Verfasser) sind.²¹⁰⁹ Unter Auswertung der Besoldungs- und Verpflegungsordnungen kam das BSG zu dem Ergebnis, dass das Verpflegungsgeld nicht zu der Besoldung gehöre und als laufende Einnahmen *zusätzlich* zu Löhnen oder Gehältern gezahlt worden sei.²¹¹⁰ Um zu prüfen, ob das Verpflegungsgeld auch lohnsteuerfrei war bzw. welche Einkünfte der Besteuerung unterlagen, wurde ehemals geltendes Steuerrecht²¹¹¹ unter Bezugnahme auf höchstrichterliche finanzgerichtliche Rechtsprechung ausgelegt. Die Auslegung ergab, dass die im Rahmen einer betriebsfunktionalen Zielsetzung erfolgten Zahlungen keinen Arbeitslohn darstellten.²¹¹² Anhand der Besoldungs- und Verpflegungsordnungen wurde dann generell festgestellt, dass das Verpflegungsgeld als betriebliche Maßnahme mit dem übergeordneten Zweck der Funktionsfähigkeit und der Erfüllung der Aufgaben der Zollverwaltung ohne Entlohnungsabsicht gezahlt wurde. Dafür spreche auch, dass den Besoldungs- und Verpflegungsordnungen ernährungswissenschaftliche und medizinische Erkenntnisse für eine optimale Versorgung der Mitarbeiter der Zollverwaltung mit Verpflegung zugrunde lägen. Um diese generellen Tatsachenfeststellung zu erhärten, griff das BSG zudem auf weitere generelle Tatsachen in der

2108 Verordnung über die Bestimmung des Arbeitsentgelts in der Sozialversicherung in der Fassung der Bekanntmachung vom 18.12.1984 (BGBl. I, S. 1642, 1644), geändert durch Art. 9 des Gesetzes vom 29.06.2006 (BGBl. I, S. 1402), aufgehoben durch Art. 4 der Verordnung vom 21.12.2006 (BGBl. I, S. 3385).

2109 BSG, Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 30 f. und 34.

2110 A.a.O., Rn. 35-39.

2111 Maßgeblich war das am 01.08.1991 geltende Steuerrecht. Zu diesem Zeitpunkt trat das AAÜG in Kraft.

2112 BSG, Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 31 und 40 ff.

Form eines Fachlexikons²¹¹³ zurück.²¹¹⁴ Die genannten generellen Tatsachen wurden also unter das maßgebliche Steuerrecht subsumiert, um daraus zu schließen, dass das Verpflegungsgeld keinen Arbeitslohn darstellt und demnach *lohnsteuerfrei* gezahlt wurde. Verpflegungsgeld stellt somit kein Arbeitsentgelt i.S.v. § 6 Abs. 1 S. 1 AAÜG i.V.m. § 14 SGB IV und § 1 ArEV a.F. dar²¹¹⁵.

cc. Einordnung

Grundsätzlich ging es in dem dargestellten Revisionsverfahren vom 27.06.2019 um die Prüfung von § 6 Abs. 1 S. 1 AAÜG. Hierfür wurden die Besoldungs- und Verpflegungsordnungen der DDR als generelle Tatsachen in die Rechtsanwendung einbezogen.²¹¹⁶ Durch die Qualifizierung der Besoldungs- und Verpflegungsordnungen als generelle Tatsachen durch das BSG und der daraus folgenden fehlenden Bindungswirkung gemäß § 163 SGG sowie eigenständigen Ermittlungsbefugnis kann das Revisionsgericht in Zukunft verhindern, dass die Frage, ob Verpflegungsgeld als Arbeitsentgelt einzuordnen ist, von den jeweiligen *Landessozialgerichten* unterschiedlich beantwortet wird.²¹¹⁷ In diesem Zusammenhang führte das BSG aus, dass die von den *Landessozialgerichten* aus den Besoldungs- und Verpflegungsordnungen abgeleitete Zweckbestimmung in Zukunft mit der Sachrüge als falsche Rechtsanwendung von § 6 Abs. 1 S. 1 AAÜG i.V.m. § 14 SGB IV und damit als Rechtsverletzung i.S.v. § 162 SGG geltend gemacht werden könne. Das gelte, obwohl die Besoldungs- und Verpflegungsordnungen kein revisibles Bundesrecht darstellten (§ 162 SGG).²¹¹⁸

(1) Korrektur der Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz durch das BSG

Mit den unter G. II. 3. e. bb. dargestellten Feststellungen korrigierte das BSG die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz. So urteilte das vorent-

2113 *Kunz et al.*, Lexikon des Arbeitsrechts der Deutschen Demokratischen Republik, Berlin 1972.

2114 BSG, Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 45-57; *Lau*, NZS 2020, S. 144, 150.

2115 BSG, Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 33.

2116 *A.a.O.*, Rn. 15.

2117 *Lau*, jurisPR-SozR 2/2020, Anm. 4.

2118 BSG, Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 20.

scheidende LSG im Gegensatz zum BSG, dass das Verpflegungsgeld zum Arbeitsentgelt i.S.v. § 6 Abs. 1 S. 1 AAÜG i.V.m. § 14 SGB IV zähle. So stelle dieses eine laufende Einnahme aus der Beschäftigung des Klägers bei der Zollverwaltung der DDR dar, sei mit dem Gehalt gezahlt worden und wie das Gehalt selbst Gegenleistung für die erbrachte Arbeit gewesen.²¹¹⁹ Weiterhin sei dieses *nicht steuerfrei* gezahlt worden, weil ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der Gewährung der kostenlosen Verpflegung (betriebsfunktionale Zielsetzung) nicht bewiesen sei.²¹²⁰ Hierfür griff das LSG, wie auch das BSG, neben weiteren Materialien auf die Besoldungsordnungen zurück.

In Bezug auf die Einordnung der Besoldungs- und Verpflegungsordnungen als zu subsumierende generelle Tatsachen ist abschließend eine Möglichkeit aufzuzeigen, diese Einordnung auf eine rechtliche Grundlage zurückzuführen ((2)).

(2) Anwendung von § 202 S. 1 SGG i.V.m. § 293 ZPO?

Die Feststellung der Existenz und des Inhalts von ausländischem Recht, also unter gewissen Voraussetzungen auch DDR-Recht²¹²¹, ist grundsätzlich zur Rechtsanwendung zu zählen.²¹²² Jedoch ordnet § 202 S. 1 SGG i.V.m. § 293 S. 1 ZPO die Ermittlung von ausländischen Rechtsnormen dem Beweisrecht zu. Danach ist unbekanntes ausländisches Recht beweisbedürftig und kann vom Gericht ermittelt werden.²¹²³ Damit wird ausländisches Recht wie eine Tatsache behandelt.²¹²⁴ Daher ist die Prüfung über das Bestehen und den Inhalt von ausländischem Recht in diesem Sinne auch Tatsachenfrage, welche grundsätzlich eine Bindungswirkung für das BSG

2119 LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 15.03.2018 – L 3 R 209/16 WA, juris-Rn. 35 und 40-73.

2120 A.a.O., Rn. 74-84.

2121 Hinsichtlich der Einordnung von früherem DDR-Recht als ausländisches Recht, siehe bereits oben: E. III. 4. a. dd.

2122 BSG, Urteil vom 11.05.2011 – B 5 R 22/10 R, juris-Rn. 23; BSG, Urteil vom 24.05.2007 – B 1 KR 18/06 R, juris-Rn. 39; May, Die Revision, VI. B. Rn. 330.

2123 BSG, Urteil vom 24.05.2007 – B 1 KR 18/06 R, juris-Rn. 39; BSG, Urteil vom 11.05.2011 – B 5 R 22/10 R, juris-Rn. 23; Spickhoff, ZZP 1999, S. 265, 266; Fastrich, ZZP 1984, S. 423, 425.

2124 BSG, Urteil vom 06.05.2004 – B 4 RA 52/03 R, juris-Rn. 21; ebenso in Bezug auf das tunesische Krankenversicherungsrecht: BSG, Urteil vom 24.05.2007 – B 1 KR 18/06 R, juris-Rn. 39 und in Bezug auf das Schweizer Krankenversicherungsrecht: BSG, Urteil vom 27.05.2014 – B 5 RE 8/14 R, juris-Rn. 43.

zur Folge hat (§ 163 SGG).²¹²⁵ Fraglich ist, ob § 293 ZPO auch bei „ausländischem DDR-Recht“²¹²⁶, zumindest auf nicht mehr in der BRD fortgeltendem Recht, einschlägig und ggf. analog anwendbar ist.²¹²⁷ Diese Prüfung ist anhand des Einzelfalls vorzunehmen und wird an dieser Stelle nicht erfolgen. In Bezug auf § 293 ZPO ist nebenbei noch zu sagen, dass die Norm widersprüchliche Aussagen trifft, weil ausländische Rechtsnormen für den rechtsanwendenden Richter gültiges Gesetzesrecht und keine Tatsachen darstellen. Rechtsnormen werden mit den Mitteln der juristischen Methodik angewandt (Rechtsfrage²¹²⁸) und sind nicht beweisfähig und beweisbedürftig (Tatsachenfrage²¹²⁹)²¹³⁰.

f. Vertragsarztrecht

Auch im Vertragsarztrecht spielt die Feststellung genereller Tatsachen eine Rolle. So z.B. beim generellen, maximal zulässigen zeitlichen Umfang einer Nebenbeschäftigung einer Psychotherapeutin, welche die Zulassung als Vertragspsychotherapeutin begehrt und neben dieser Beschäftigung gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 und § 20 Abs. 1 Zulassungsverordnung für Vertragsärzte

2125 BSG, Beschluss vom 04.01.2001 – B II AL 167/00 B, juris-Rn. 6; BSG, Urteil vom 07.07.1998 – B 5 RJ 2/98 R, juris-Rn. 15; BSG, Urteil vom 10.07.2012 – B 13 R 105/11 R, juris-Rn. 40; Fichte, in: Fichte/Jüttner, SGG, § 162 Rn. 16; Schmidt, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 6c m.w.N.; Schmidt, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 103 Rn. 3; Keller, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 118 Rn. 4; Kummer, Die Nichtzulassungsbeschwerde, Rn. 330.

2126 Dazu, dass die Situation der Einordnung von DDR-Recht als Tatsache (damals noch „Anknüpfungstatsachen“) mit der Situation vergleichbar sei, in welcher „ausländische“ Tatsachen unter (nach Bundesrecht selbst als bloße Tatsache zu verstehendes) „ausländisches Recht“ subsumiert würden: BSG, Urteil vom 18.10.2007 – B 4 RS 28/07 R, juris-Rn. 18 ff. m.w.N.

2127 Dazu: Bacher, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 293 Rn. 9.2; Prütting, in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 1, ZPO § 293 Rn. 21; Saenger, in: Saenger, ZPO, § 293 Rn. 3 und 6; Spickhoff, ZJP 1999, S. 265, 268.

2128 Siehe dazu: C. III. 2. a. und C. III. 2. c.

2129 Siehe dazu: C. III. 2. b.

2130 BGH, Urteil vom 04.07.2013 – V ZB 197/12, juris-Rn. 19; Berchtold, in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 5 und 16; Prütting, in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 1, ZPO § 293 Rn. 1 und 14; Saenger, in: Saenger, ZPO, § 293 Rn. 9; Geimer, in: Zöller, ZPO, § 293 Rn. 14; Spickhoff, ZJP 1999, S. 265, 286 ff.; Fastrich, ZJP 1984, S. 423, 425 (Fußnote 9); ebenso in diese Richtung deutend: Gruber, ZRP 1992, S. 6, 7.

(Ärzte-ZV²¹³¹) für die Versorgung der Versicherten „im erforderlichen Maße zur Verfügung“ stehen muss²¹³². Weiterhin ist eine generelle Tatsache, ob das Mitteilungsblatt einer KÄV ein bestimmtes Erscheinungsdatum nennt, welches gleichsam den Beginn einer Frist markiert²¹³³. Auch können generellen Tatsachen durch das BSG festgestellt werden, welche für die Beurteilung der Wirksamkeit von Änderungen am BMV (§ 82 Abs. 1 SGB V) durch die Vertragspartner erforderlich sind²¹³⁴. Im Folgenden ist auf ein Urteil des BSG unter Einbezug des Urteils des vorentscheidenden Berufungsgerichts näher einzugehen, in welchem generelle Tatsachen eine entscheidende Rolle gespielt haben (aa. und bb.)²¹³⁵.

aa. Rechtsbegriff der „Notfallversorgung“

Im Vertragsarztrecht gilt die Besonderheit, dass in diesem Spruchkörper gemäß § 40 S. 1 i.V.m. § 33 und § 12 Abs. 3 SGG ehrenamtliche Richter aus dem Kreis der Ärzte- bzw. Zahnärzteschaft mitwirken²¹³⁶. Damit wird bei Streitigkeiten in diesem Rechtsgebiet medizinisches Fachwissen durch die ehrenamtlichen Richter eingebracht.²¹³⁷ In diesem Zusammenhang ist auf ein interessantes Urteil des 6. Senats hinzuweisen. Dieser hatte zu entscheiden, ob bestimmte Laboruntersuchungen, u.a. zur Bestimmung der Blutalkoholkonzentration, im Rahmen einer Notfall-Erstversorgung vom Krankenhaus gegenüber der Krankenkasse abgerechnet werden kön-

2131 Zulassungsverordnung für Vertragsärzte in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 8230-25, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 22.03.2024 (BGBl. I, Nr. 101); die Ermächtigungsgrundlage für die Ärzte-ZV als Rechtsverordnung ist in § 98 SGB V normiert. Die Ärzte-ZV trifft Regelungen über die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung, die Sicherstellung der Bedarfsplanung und die Beschränkung von Zulassungen (§ 98 Abs. 1 S. 1 SGB V). Die Verordnung enthält die in § 98 Abs. 2 SGB V genannten Inhalte.

2132 BSG, Urteil vom 30.01.2002 – B 6 KA 20/01 R, juris-Rn. 31.

2133 BSG, Urteil vom 19.10.2011 – B 6 KA 20/11 R, juris-Rn. 26.

2134 BSG, Urteil vom 03.08.2016 – B 6 KA 42/15 R, juris-Rn. 20 f.

2135 BSG, Urteil vom 12.12.2012 – B 6 KA 5/12 R, juris (vorgehend: LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 17.11.2010 – L II KA 41/07, juris).

2136 E. I. 3.

2137 Wenner, Ehrenamtliche Richterinnen und Richter in den Kammern und Senaten für Vertragsarztrecht, in: Jacobs et al., FS Plagemann, S. 263, 267; BSG, Urteil vom 12.12.2012 – B 6 KA 5/12 R, juris-Rn. 21.

nen.²¹³⁸ Grundlage für eine solche Abrechnung sind die dreiseitigen Verträge gemäß § 115 SGB V zwischen den *Landesverbänden der Krankenkassen*, den *KÄVen* und der *Landeskrankenhausgesellschaft*, in welchen u.a. Regelungen zu der Vergütung von, durch die Krankenhäuser ambulant erbrachten, medizinischen Notfallleistungen enthalten sind (§ 115 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB V).²¹³⁹ Um die Rechtsfrage zu klären, ob die fraglichen Laboruntersuchungen zur „Notfallerversorgung“ gehört hatten und abrechenbar gewesen waren, wurde durch das Berufungsgericht zunächst der Begriff der „Notfallversorgung“ ausgelegt. Zu einer solchen zählten demnach lediglich Leistungen, die erforderlich seien, um akute Gefahren für den die Notfallambulanz aufsuchenden Versicherten zu erkennen bzw. auszuschließen. Weiterhin bestehe dringende Behandlungsbedürftigkeit, wenn aus einer ex-ante-Betrachtung heraus ohne sofortige Behandlung Gefahren für Leib und Leben bestünden oder Schmerzen unzumutbar lange dauerten.²¹⁴⁰ Sodann wurde vom *LSG* generell festgestellt, dass die Schwere einer Alkoholvergiftung im Rahmen einer Notfallversorgung unabhängig von bestimmten Laborbestimmungen bzw. -untersuchungen anhand spezifischer Symptome zuverlässig und (jedenfalls) ausreichend feststellbar sei.²¹⁴¹ Die Grundlage dieser Feststellung war die Berufserfahrung und Sachkunde der ehrenamtlichen Richter im Senat²¹⁴² sowie medizinische Fachliteratur²¹⁴³. Die Subsumtion dieser generellen Tatsache unter den ausgelegten Begriff der Notfallversorgung ergab, dass die strittigen Laborbestimmungen bzw. -untersuchungen zur Einordnung der Schwere einer Blutvergiftung keine erforderlichen Leistungen im Rahmen der Notfallbehandlung waren und darüber hinausgingen²¹⁴⁴. Daran anschließend, hatte das *BSG* u.a. darüber zu entscheiden, ob die durch das vorentscheidende *LSG* festgestellte generelle Tatsache verfahrensrechtlich zu beanstanden war, weil dieses die dafür erforderliche medizinische Sachkunde nicht in ausreichendem Maß nachgewiesen hatte²¹⁴⁵. Das *BSG* konstatierte, dass die Feststellung der entsprechenden generellen Tatsache anhand allgemein zugänglicher medizinischer

2138 *BSG*, Urteil vom 12.12.2012 – B 6 KA 5/12 R, juris-Rn. 1 und 8.

2139 *Becker*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 115 Rn. 9 m.w.N.

2140 *LSG Nordrhein-Westfalen*, Urteil vom 17.11.2010 – L 11 KA 41/07, juris-Rn. 26 f. m.w.N.

2141 *A.a.O.*, Rn. 28 und 37.

2142 *A.a.O.*, Rn. 28 und 62.

2143 *A.a.O.*, Rn. 28-36.

2144 *A.a.O.*, Rn. 27 f. und 49.

2145 *BSG*, Urteil vom 12.12.2012 – B 6 KA 5/12 R, juris-Rn. 21.

Erkenntnisse möglich sei. Weiterhin sei für diese Feststellung keine größere ärztliche Sachkunde erforderlich und dieses Wissen sei „ohnein in jedem kassenärztlichen Spruchkörper“ vorhanden. Hieraus folge weiterhin, dass das LSG kein Sachverständigengutachten habe einholen müssen²¹⁴⁶.

bb. Einordnung

(1) Eigene Sachkunde des Gerichts

Das Berufungsgericht kann zwar darauf verzichten, ein Sachverständigen-gutachten einzuholen, hat jedoch auf die eigene Sachkunde bzw. generellen Tatsachen hinzuweisen und diese den Prozess einzuführen (Art. 103 Abs. 1 GG; § 128 Abs. 2 SGG). Das gilt zumindest dann, wenn mit der Einbeziehung der Sach- und Fachkunde bzw. der generellen Tatsachen nicht gerechnet werden muss oder wenn die Sachkunde als alleinige Entscheidungsgrundlage herangezogen wird.²¹⁴⁷ In den Entscheidungsgründen sind die entsprechenden generellen Tatsachen darzulegen (§ 128 Abs. 1 S. 2 SGG).²¹⁴⁸ So kann in einem solchen Fall nicht ohne Weiteres davon gesprochen werden, dass das medizinische Wissen „ohnein im Spruchkörper des LSG“ vorhanden sei. In den Entscheidungsgründen des LSG-Urteils sind jedoch keine Anhaltspunkte dafür zu finden, dass dieses gegen die genannten formellrechtlichen Grundlagen verstoßen hat.

(2) Berücksichtigung von Einzeltatsachen

Der Annahme des LSG, die Beurteilung der Schwere einer Alkoholvergiftung könne unabhängig von der Blutalkoholkonzentration im Einzelfall generell anhand bestimmter in der Regel auftretender Symptome beurteilt werden, kann nicht ausnahmslos gefolgt werden. Vielmehr sollte unter bestimmten Umständen der Einzelfall mit berücksichtigt werden²¹⁴⁹. So kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Symptomatik einer Alko-

2146 A.a.O., Rn. 21 f.; siehe dazu: E. II. 2. a. aa. (5) (ii).

2147 Siehe: E. II. 2. a. aa. (5) (ii), E. II. 2. b. bb. (1) und E. II. 2. b. cc. (4) (v) β.

2148 E. II. 2. b. bb. (2) und E. II. 2. b. cc. (4) (v) β.

2149 So auch die Argumentation des klagenden Krankenhauses: *LSG Nordrhein-Westfalen*, Urteil vom 17.11.2010 – L 11 KA 41/07, juris-Rn. 38; siehe oben zu einer ähnlichen Konstellation im für das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung zuständigen Senat des BSG: G. II. 3. b. aa. (4).

holvergiftung von Mensch zu Mensch gleich verläuft. Zudem hängt die Schwere einer Alkoholvergiftung auch von der körperlichen Konstitution des einzelnen Menschen ab. Auch das BSG erkennt diesen Umstand an. Die Erforderlichkeit einer Laboruntersuchung im Einzelfall wäre dann aber vom Krankenhaus dezidiert zu begründen²¹⁵⁰.

g. Grundsicherung für Arbeitssuchende

Nachfolgend wird auf zwei Urteile aus dem Grundsicherungsrecht nach dem SGB II eingegangen, in welchen die Feststellung von generellen Tatsachen zum einen durch die Tatsacheninstanz (aa.) und zum anderem durch die Revisionsinstanz (bb.) im Fokus steht.

aa. Mehrbedarf aufgrund einer kostenaufwändigen Ernährung gemäß § 21 Abs. 5 SGB II

Das BSG hatte in seinem Urteil vom 14.02.2013 zu prüfen, ob ein Anspruch auf höhere Leistungen der Grundsicherung aufgrund eines Mehrbedarfs wegen einer kostenaufwändigen Ernährung infolge einer Laktoseintoleranz gemäß § 21 Abs. 5 SGB II besteht.²¹⁵¹

(1) Rechtsanwendung von § 21 Abs. 5 SGB II

Das dem Revisionsgericht vorentscheidende *Sozialgericht Freiburg* leitete aus § 21 Abs. 5 SGB II ab, dass für die Gewährung eines Mehrbedarfs ein Zusammenhang zwischen einer Erkrankung und einer Ernährungsweise bestehen müsse, deren Kosten aufwändiger seien als dies für Personen ohne diese Einschränkung der Fall sei.²¹⁵² Das Gericht zog für die Subsumtion unter die ausgelegte Norm einerseits die Empfehlungen des *Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e.V.* für die Gewährung einer kos-

2150 BSG, Urteil vom 12.12.2012 – B 6 KA 5/12 R, juris-Rn. 17 f.

2151 BSG, Urteil vom 14.02.2013 – B 14 AS 48/12 R, juris-Rn. 1.

2152 SG Freiburg, Urteil vom 13.01.2012 – S 20 AS 1559/11, juris-Rn. 15; ebenso: BSG, Urteil vom 14.02.2013 – B 14 AS 48/12 R, juris-Rn. 12 m.w.N.

tenaufwändigen Ernährung²¹⁵³ und andererseits ein Gutachten eines „Prof. Dr. H.“²¹⁵⁴ heran. Aufgrund der Auswertung dieser Erkenntnisgrundlagen traf das SG die Aussage, dass einer Laktoseintoleranz generell dadurch begegnet werden könne, indem bestimmte Nahrungsmittel vermieden und durch andere vom Regelbedarf gemäß § 20 SGB II abgedeckte Grundnahrungsmittel ersetzt werden könnten. Damit begründe eine Laktoseintoleranz generell keinen höheren Kostenaufwand.²¹⁵⁵ Das BSG beanstandete die Vorgehensweise des SG, mittels der Feststellung genereller Tatsachen einen einzelfallabhängigen Mehrbedarf gemäß § 21 Abs. 5 SGB II begründen zu wollen. So ziele der Anwendungsbereich des § 21 Abs. 5 SGB II auf Einzeltatsachen ab, welche vom SG festzustellen seien.²¹⁵⁶

(2) Einordnung

Dem BSG ist zuzustimmen, weil für die Prüfung von § 21 Abs. 5 SGB II Einzeltatsachen festgestellt werden müssen, welche sich auf das Vorliegen einer Erkrankung und ein damit zusammenhängendes Bedürfnis auf eine bestimmte kostenaufwändige Ernährungsweise beziehen.²¹⁵⁷ Das Problem ist, dass sich das SG ohne die Berücksichtigung von Einzeltatsachen (§ 103 SGG) allein auf generelle Tatsachen gestützt und anhand dieser pauschal einen Mehrbedarf ausgeschlossen hatte. Zu sagen ist, dass beide Tatsachenarten, also generelle Tatsachen und Einzeltatsachen, vom Tatsachengericht grundsätzlich gleichwertig in die freie richterliche Beweiswürdigung gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG einzubeziehen sind²¹⁵⁸. Möglich ist jedoch, dass sich die Rechtsfrage allein mit der Ermittlung und Subsumtion von Einzeltatsa-

2153 Damals in der Fassung vom 01.10.2008 (Löher, NDV 2008, S. 503, 503); siehe zur aktuell überarbeiteten Fassung vom 10.11.2023: F. II. 3. i.

2154 Else Kröner-Fresenius-Zentrum für Ernährungsmedizin, Essen und Trinken bei Laktoseintoleranz, S. 1 ff. (diese Quelle wurde vom Autor dieser Arbeit im Internet recherchiert (siehe am Ende dieser Arbeit unter Materialien II); das BSG führt dazu aus, dass sich für dieses vom SG Freiburg genannte Gutachten eines "Prof. Dr. H." eine Quelle nicht finden lasse (BSG, Urteil vom 14.02.2013 – B 14 AS 48/12 R, juris-Rn. 17).

2155 SG Freiburg, Urteil vom 13.01.2012 – S 20 AS 1559/11, juris-Rn. 16 f.

2156 BSG, Urteil vom 14.02.2013 – B 14 AS 48/12 R, juris-Rn. 14-17.

2157 A.a.O., Rn. 13 und 15.

2158 E. II. 2. b. aa. (1); siehe z.B. ebenso im 2. Senat zur generellen haftungsbegründenden Kausalität und zur haftungsbegründenden Kausalität im Einzelfall (G. II. 3. c. cc.) oder im 3. Senat zur objektiven und subjektiven Erforderlichkeit (G. II. 3. d. aa.).

chen beantworten lässt. Aktuell ist die Laktoseintoleranz Bestandteil der Empfehlungen des *Deutschen Vereins*. Danach wird ein Mehrbedarf weiterhin ausgeschlossen²¹⁵⁹. Lediglich im Säuglings- und Kleinkindalter kann im Einzelfall eine davon abweichende Prüfung erforderlich sein²¹⁶⁰. Das ändert jedoch nichts an der Unverbindlichkeit dieser Regelwerke²¹⁶¹ und der Aufklärungspflicht im Einzelfall. Hinsichtlich der Einhaltung der Vorgaben aus § 128 Abs. 1 S. 2 SGG²¹⁶² ist zu sagen, dass, entgegen der Ansicht des BSG²¹⁶³, das SG in seinen Entscheidungsgründen die Grundlagen für die Feststellung genereller Tatsachen offenlegt.

bb. Rechtsbegriff der „Geeignetheit“ eines Anbieters für Leistungen für Bildung und Teilhabe gemäß §§ 28 ff. SGB II

In seinem Urteil vom 14.12.2021 hatte das BSG über einen Anspruch auf die Anerkennung von Bedarfen für Bildung und Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben in der Gemeinschaft für Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene gemäß § 19 Abs. 2 i.V.m. §§ 28 ff. SGB II zu entscheiden. Konkret wurde die Erstattung der Kosten für die Teilnahme an einem Sommercamp des Jugendverbands "REBELL" der Marxistisch-Leninistischen Partei Deutschlands (MLPD) geltend gemacht.²¹⁶⁴ Fraglich war, ob dieser Anbieter zur Leistungserbringung von Leistungen gemäß §§ 28 ff. SGB II „geeignet“ i.S.v. § 4 Abs. 2 S. 2 SGB II ist.²¹⁶⁵

2159 *Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V.*, Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Gewährung des Mehrbedarfs bei kostenaufwändiger Ernährung gemäß § 30 Abs. 5 SGB XII, S. 10.

2160 *A.a.O.*, S. 15.

2161 Dazu, dass diese Regelwerke keine antizipierten Sachverständigengutachten darstellen: BSG, Urteil vom 14.02.2013 – B 14 AS 48/12 R, juris-Rn. 16; BSG, Urteil vom 20.02.2014 – B 14 AS 65/12 R, juris-Rn. 19; BSG, Urteil vom 27.02.2008 – B 14/7b AS 32/06 R, juris-Rn. 39; BSG, Urteil vom 27.02.2008 – B 14/7b AS 64/06 R, juris-Rn. 26; BSG, Urteil vom 22.11.2011 – B 4 AS 138/10 R, juris-Rn. 18; Keller, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 128 Rn. 11b; Spellbrink, info also 2009, S. 99, 104; a.A.: LSG Bayern, Urteil vom 10.08.2011 – L 16 AS 403/09, juris-Rn. 37.

2162 E. II. 2. b. bb. (2).

2163 A.A. insofern: BSG, Urteil vom 14.02.2013 – B 14 AS 48/12 R, juris-Rn. 17.

2164 BSG, Urteil vom 14.12.2021 – B 14 AS 21/20 R, juris-Rn. 3 und 11 f.

2165 *A.a.O.*, Rn. 26 ff.

(1) Rechtsanwendung von §§ 28 ff. i.V.m. § 4 Abs. 2 S. 2 SGB II

(i) Revisionsinstanz

Die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Geeignetheit“ (§ 4 Abs. 2 S. 2 SGB II) durch das BSG, welcher keinen Beurteilungsspielraum enthalte, ergab, dass ein Anbieter dann nicht geeignet sei, wenn von diesem Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung ausgingen und dieser deshalb tragende Verfassungsgrundsätze zu beseitigen versuche. Die Auslegung erfolgte unter Einbezug von verfassungsgerichtlicher und verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung sowie tatsächengestützt²¹⁶⁶, unter Rückgriff auf Empfehlungen des *Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e.V.*²¹⁶⁷, rechtswissenschaftliche Gesetzeskommentare und Gesetzesmaterialien.²¹⁶⁸ Dem BSG folgend können Erkenntnisquellen für die Feststellung, ob ein Anbieter bzw. der Jugendverband „REBELL“ verfassungsfeindliche Zwecke verfolgt, die allgemein zugänglichen Verfassungsschutzberichte des Bundes und der Länder sowie das Parteiprogramm der MLPD sein.²¹⁶⁹ Unter Auswertung dieser Erkenntnisgrundlagen stellte das BSG generelle Tatsachen fest. So wurde z.B. anhand der Verfassungsschutzberichte festgestellt, dass der „REBELL“ und auch die MLPD „[...] die Errichtung einer kommunistischen Gesellschaft [...]“ zum Ziel hätten oder dass Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass diese Gruppierungen in ihrer Gesamtschau verfassungsfeindliche Ziele verfolgten und als extremistische Gruppierungen einzustufen seien²¹⁷⁰. Anhand des Parteiprogramms der MLPD wurde u.a. weiterhin festgestellt, dass die MLPD zusammen mit ihrem Jugendverband „REBELL“ „[...] die Masse der Jugend als praktische Avantgarde des Kampfs um den echten Sozialismus [...]“ gewinne. Zudem müsse zur „[...] Zerschlagung des bürgerlichen Staatsapparats die Arbeiterklasse unter Führung ihrer Partei gegebenenfalls [...]“ auch Waffen einsetzen²¹⁷¹. Diese generellen Tatsachen wurden vom BSG unter § 4 Abs. 2 S. 2

2166 C. II. 1. b. ff. und F. IV. 2. b. aa.

2167 *Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V.*, Vierte Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Umsetzung der Leistungen für Bildung und Teilhabe, S. 32.

2168 BSG, Urteil vom 14.12.2021 – B 14 AS 21/20 R, juris-Rn. 28-37.

2169 A.a.O., Rn. 38 und 43.

2170 A.a.O., Rn. 44.

2171 A.a.O., Rn. 46.

i.V.m. §§ 28 ff. SGB II subsumiert²¹⁷². So sei ein solcher Anbieter generell ungeeignet, Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft für Kinder und Jugendliche zu erbringen.²¹⁷³

(ii) Tatsacheninstanz

Das vorentscheidende LSG lehnte eine Kostenübernahme ebenso wie das BSG ab. Für die Argumentation des Berufungsgerichts war jedoch die Frage nach der Verfassungsfeindlichkeit des betreffenden Jugendverbands unerheblich. So stellte das Gericht bei seiner Entscheidung auf den Begriff der Freizeit i.S.v. § 28 Abs. 7 S. 1 Nr. 3 SGB II ab. Demnach handele es sich bei einem Sommercamp des genannten Jugendverbandes einer politischen Partei, mit dem auch parteipolitisch orientierte Zwecke verfolgt würden, nicht um eine Freizeit i.S.v. § 28 Abs. 7 S. 1 Nr. 3 SGB II.²¹⁷⁴

(2) Einordnung

Anzumerken ist, dass sich das Berufungsgericht über die Frage nach der Verfassungsfeindlichkeit des Jugendverbands keine eigene Überzeugung gebildet, also diesbezüglich keine Tatsachenfeststellungen getroffen hatte (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG). Die genannten Erkenntnisgrundlagen genereller Tatsachen waren für den Rechtsstandpunkt des LSG *Nordrhein-Westfalen* also nicht entscheidend. Das BSG verwies den Rechtsstreit jedoch nicht gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG zurück, sondern ergänzte die Beweiswürdigung des LSG mit der Feststellung von generellen Tatsachen. Hierfür erhob das BSG nicht selbst Beweis, sondern griff auf bereits vorhandenes Material aus den vorangegangenen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren²¹⁷⁵ zurück.²¹⁷⁶ Hinsichtlich der Einordnung der Tatsachenfeststellungen in Bezug auf das Parteiprogramm der MLPD als generelle Tatsachen ist zu sagen, dass auch darüber nachgedacht werden könnte, diese als allgemeinkundige Tatsachen

2172 Zu der These, dass generelle Tatsachen allein unter normative Tatbestände subsumiert werden: F. IV. 2. b. bb.

2173 BSG, Urteil vom 14.12.2021 – B 14 AS 21/20 R, juris-Rn. 43-47.

2174 LSG *Nordrhein-Westfalen*, Urteil vom 07.11.2019 – L 19 AS 1204/18, juris-Rn. 48 ff. und 60 ff.

2175 In Bezug auf das Berufungsverfahren: LSG *Nordrhein-Westfalen*, Urteil vom 07.11.2019 – L 19 AS 1204/18, juris-Rn. 1 ff.

2176 BSG, Urteil vom 14.12.2021 – B 14 AS 21/20 R, juris-Rn. 47.

zu charakterisieren.²¹⁷⁷ So spricht das BSG in diesem Zusammenhang von „allgemein zugänglichen Veröffentlichungen“, dann aber gleichzeitig von generellen Tatsachen.²¹⁷⁸ Das Parteiprogramm der MLPD ist zwar nicht als wissenschaftliche Quelle einzuordnen, im Ergebnis handelt es sich aber dennoch um eine Grundlage genereller Tatsachen. Das ist damit zu begründen, dass für die Verwertung des Parteiprogramms als Erkenntnisgrundlage genereller Tatsachen und deren Feststellung bzw. kritischen Einordnung bestimmtes Spezialwissen über die im Parteiprogramm dargelegten Ansichten, welche auf der „[...] Grundlage [...] der Lehren der internationalen marxistisch-leninistischen, revolutionären und Arbeiterbewegung [...]“²¹⁷⁹ basieren, erforderlich ist²¹⁸⁰. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass dieses Wissen für jedermann frei und ohne spezielle Expertise zugänglich ist.

h. Sozialhilfe

Streitgegenstand des nachfolgend zu analysierenden Gerichtsverfahrens war der erfolglose Antrag auf Leistungen der Sozialhilfe von einer im Ausland (Bulgarien) lebenden, minderjährigen und deutschen Person.²¹⁸¹ Entscheidende Rechtsgrundlage für einen solchen Fall stellt § 24 SGB XII dar. So erhalten Deutsche, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben, grundsätzlich keine Leistungen (§ 24 Abs. 1 S. 1 SGB XII). Davon gibt es Ausnahmen, welche in § 24 Abs. 1 S. 2 SGB XII normiert sind. So können im Einzelfall auch Leistungen im Ausland gewährt werden, wenn dies wegen einer außergewöhnlichen Notlage unabweisbar ist und zugleich nachgewiesen wird, dass eine Rückkehr in das Inland aus verschiedenen Gründen nicht möglich ist. Einen Grund hierfür stellt z.B. die Pflege und Erziehung eines Kindes dar, das aus rechtlichen Gründen im Ausland bleiben muss (§ 24 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB XII).²¹⁸²

2177 Siehe dazu: F. III. 2. a.

2178 BSG, Urteil vom 14.12.2021 – B 14 AS 21/20 R, juris-Rn. 46 f.

2179 MLPD, Programm der Marxistisch-Leninistischen Partei Deutschlands, S. 11.

2180 Ähnlich in Bezug auf medizinische Fachkunde: BSG, Urteil vom 05.03.2002 – B 2 U 27/01 R, juris-Rn. 22.

2181 BSG, Urteil vom 26.10.2017 – B 8 SO 11/16 R, juris-Rn. 2 und 7 f.

2182 A.a.O., Rn. 8 und 10.

aa. Auslegung von § 24 Abs. 1 S. 2 SGB XII

Zunächst galt es zu klären, wie § 24 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB XII zu verstehen ist, wenn ein deutsches Kind, welches im Ausland zusammen mit den Eltern oder dem sorgeberechtigten Elternteil lebt, Leistungen begehrt. So seien die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB XII erfüllt, wenn bei Vorliegen einer „außergewöhnlichen Notlage“ und der „Unabweisbarkeit von Sozialhilfeleistungen“ dem minderjährigen Kind aufgrund des gewöhnlichen Aufenthalts seiner Eltern und deshalb wegen seiner eigenen Pflege und Erziehung im Ausland die Rückkehr in das Inland rechtlich nicht möglich ist. Diese Auslegung erfolgte unter Rückgriff auf rechtswissenschaftliche Literatur.²¹⁸³ Weiterhin waren die Begriffe der „außergewöhnlichen Notlage“ und der daraus folgenden „Unabweisbarkeit von Sozialhilfeleistungen“ auszulegen.²¹⁸⁴ Demzufolge sei der Begriff der „außergewöhnlichen Notlage“ verfassungskonform auszulegen. So liege eine solche auch dann vor, wenn einem schulpflichtigen, deutschen, im Ausland lebenden Kind die notwendigen finanziellen Mittel, etwa zur Entrichtung von Schulgeld oder zum Erwerb notwendiger Schulmaterialien, wie Schulbücher, Schulhefte oder Taschenrechner, fehlten, um sich seine Teilhabe an einer nach den dortigen Verhältnissen angemessenen Schulbildung zu sichern. Fraglich war daran anknüpfend, welche Schulbildung in diesem Zusammenhang angemessen ist. So stelle der Besuch einer bestimmten Schule im Ausland eine angemessene Schulbildung dar, wenn es sich dabei um eine öffentliche Schule handle. Zudem müsse damit die Schulpflicht im Ausland erfüllt werden können und es dürfe keine kostenfreie öffentliche Schule als zumutbare Alternative bestehen.²¹⁸⁵

bb. Subsumtion unter § 24 Abs. 1 S. 2 SGB XII

Die genannten und unter § 24 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB XII zu subsumierenden tatsächlichen Umstände im Zusammenhang mit der Prüfung, ob der Besuch der Schule im Ausland einer angemessenen Schulbildung dient²¹⁸⁶, kann das BSG im Rahmen der Feststellung genereller Tatsachen ermit-

2183 A.a.O., Rn. 13.

2184 A.a.O., Rn. 12 und 14 ff.

2185 A.a.O., Rn. 15.

2186 G. II. 3. h. aa.

teln.²¹⁸⁷ Die davon abzugrenzenden, ebenfalls zu subsumierenden, Einzel-tatsachen²¹⁸⁸ beziehen sich z.B. auf die Staatsangehörigkeit des Kindes, auf die Frage nach dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen, auf die tatsächlichen Bedarfe im Zusammenhang mit dem Schulbesuch oder auf vorhandenes Einkommen in der Form von Kindergeld oder Unterhalt.²¹⁸⁹

cc. Einordnung

Das BSG verwies die Rechtssache gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG an die vorentscheidende Tatsacheninstanz zurück, obwohl es die genannten generellen Tatsachen selbst hätte feststellen können. Stattdessen übertrug es die Feststellung von diesen Tatsachen zusammen mit weiteren zu ermittelnden Einzeltatsachen dem Berufungsgericht.²¹⁹⁰ Die hier in Rede stehenden generellen Tatsachen sind wie im Grundsicherungsrecht²¹⁹¹ von allgemeinkundigen Tatsachen²¹⁹² abzugrenzen, weil Ermittlungen erforderlich sind, welche die Besonderheiten des Schulsystems in Bulgarien betreffen.

i. Soziales Entschädigungsrecht und Schwerbehindertenrecht

Im Folgenden werden zwei Urteile des für das soziale Entschädigungsrecht und Schwerbehindertenrecht zuständigen 9. Senats des BSG analysiert, um die Feststellung genereller Tatsachen zur Rechtsauslegung exemplarisch zu veranschaulichen (aa. und bb.).

aa. Rechtsbegriff der „Wegstrecken, die üblicherweise noch zu Fuß zurückgelegt werden“ gemäß § 60 Abs. 1 S. 1 SchwbG a.F.

Zunächst ist auf ein Urteil des BSG aus dem Jahr 1987 einzugehen. Gestritten wurde um die Anerkennung einer erheblichen Bewegungsbeeinträchtigung im Straßenverkehr mit dem Merkmal "G" gemäß den damals

2187 BSG, Urteil vom 26.10.2017 – B 8 SO 11/16 R, juris-Rn. 15.

2188 Dazu bereits: G. II. 3. a. cc., G. II. 3. c. cc. (3) und G. II. 3. d. aa. (2).

2189 BSG, Urteil vom 26.10.2017 – B 8 SO 11/16 R, juris-Rn. 11, Rn. 17 und 19.

2190 A.a.O., Rn. 7 und 15.

2191 G. II. 3. g. bb. (2).

2192 F. III. 2. a.

gültigen §§ 57 ff. des Gesetzes zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft (Schwerbehindertengesetz – SchwbG²¹⁹³).²¹⁹⁴

(1) Auslegung des Rechtsbegriffs

§ 58 Abs. 1 S. 1²¹⁹⁵ bzw. ab 01.08.1986 § 60 Abs. 1 S. 1²¹⁹⁶ SchwbG a.F. definierten damals, welche Personen in ihrer „Bewegungsfähigkeit im Straßenverkehr erheblich beeinträchtigt“ waren. Dieser Norm zufolge war in seiner Bewegungsfähigkeit erheblich beeinträchtigt, wer infolge einer Einschränkung des Gehvermögens oder von Störungen der Orientierungsfähigkeit nicht ohne erhebliche Schwierigkeiten oder nicht ohne Gefahren für sich oder andere Wegstrecken im Ortsverkehr zurückzulegen vermag, die üblicherweise noch zu Fuß zurückgelegt werden. Gemäß § 59 Abs. 1 SchwbG a.F.²¹⁹⁷ waren diese Personen im öffentlichen Personenverkehr unentgeltlich zu befördern²¹⁹⁸. Diese Legaldefinition der Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit im Straßenverkehr warf die Frage auf, was unter „Wegstrecken, die üblicherweise noch zu Fuß von nicht-behinderten Personen zurückgelegt werden“, konkret zu verstehen war. Das vorentscheidende *LSG Baden-Württemberg*²¹⁹⁹ hatte dazu die generelle Tatsachenfeststellung getroffen, dass diese Wegstrecke mit zwei Kilometern bei einer Fußwegdauer von einer halben Stunde zu bemessen sei²²⁰⁰.

2193 Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft (Schwerbehindertengesetz – SchwbG) vom 16.06.1953 (BGBl. I, S. 389), aufgehoben durch Art. 63 des Gesetzes vom 19.06.2001 (BGBl. I, S. 1046), mit Wirkung vom 01.07.2001.

2194 BSG, Urteil vom 10.12.1987 – 9a RVs 11/87, juris-Rn. 1 f.

2195 Neufassung des Gesetzes zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft vom 08.10.1979 (BGBl. I, S. 1649), geändert durch Art. 20 des Gesetzes über Maßnahmen zur Entlastung der öffentlichen Haushalte und zur Stabilisierung der Finanzentwicklung in der Rentenversicherung sowie über die Verlängerung der Investitionshilfeabgabe (Haushaltsbegleitgesetz) vom 22.12.1983 (BGBl. I, S. 1532).

2196 Änderung des SchwbG durch das erste Gesetz zur Änderung des Schwerbehindertengesetzes vom 24.07.1986 (BGBl. I, S. 1110), in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.08.1986 (BGBl. I, S. 1421).

2197 In der Fassung des SchwbG vom 26.08.1986 (BGBl. I, S. 1421).

2198 BSG, Urteil vom 10.12.1987 – 9a RVs 11/87, juris-Rn. 8.

2199 *LSG Baden-Württemberg*, Urteil vom 20.10.1986 – L 11 Vs 1890/85 (nicht in juris und beck veröffentlicht).

2200 BSG, Urteil vom 10.12.1987 – 9a RVs 11/87, juris-Rn. 13 ff.

(2) Einordnung

Das BSG überprüfte diese generelle Tatsachenfeststellung des LSG zu den tatsächlichen Gehgewohnheiten der Bevölkerung mit Hilfe der Feststellung genereller Tatsachen²²⁰¹. Dazu bediente sich das BSG verschiedener empirischer Erkenntnisse in der Form von Verkehrserhebungen und Veröffentlichungen, um die Feststellung der Vorinstanz und deren Auslegung zu bestätigen.²²⁰² Jedoch muss darauf hingewiesen werden, dass sich das Mobilitäts- und Bewegungsverhalten in der Bevölkerung in der Zwischenzeit gewandelt hat²²⁰³ und demnach veränderte Werte hinsichtlich der Wegstrecken, die üblicherweise noch zu Fuß zurückgelegt werden, zugrunde zu legen sind. Diese Werte ergeben sich aus aktuellen Mobilitätsstudien^{2204, 2205}.

bb. Rechtsbegriff der „Auswirkungen auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft“ gemäß § 69 Abs. 1 und 3 SGB IX a.F.

(1) Auslegung des Rechtsbegriffs

In dem Revisionsverfahren vom 24.04.2008²²⁰⁶ war streitig, ob eine neben anderen Erkrankungen an Diabetes mellitus erkrankte Person einen Anspruch auf die Feststellung eines bestimmten GdB hatte. Rechtsgrundlage hierfür war § 69 Abs. 1 und 3 SGB IX²²⁰⁷ i.V.m. den AHP^{2208, 2209}. In § 69 Abs. 1 S. 3 SGB IX a.F. war geregelt, dass als GdB die „Auswirkungen auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft“ nach Zehnergraden abgestuft

2201 Zur Befugnis des BSG diese generellen Tatsachen nachzuprüfen: *Dreher*, ZfS 1986, S. 65, 71.

2202 BSG, Urteil vom 10.12.1987 – 9a RVs 11/87, juris-Leitsatz Nr. 3, Rn. 16 und 23-31.

2203 Auf die Änderung bzw. Wandlung des Mobilitäts- und Bewegungsverhaltens der Bevölkerung im Laufe der Zeit hatte das BSG auch bereits 1987 hingewiesen: BSG, Urteil vom 10.12.1987 – 9a RVs 11/87, juris-Rn. 27.

2204 BMDV, Mobilität in Deutschland – MiD, S. 7 und 15.

2205 Siehe dazu bereits oben im 3. Senat: G. II. 3. d. (BSG, Urteil vom 18.04.2024 – B 3 KR 13/22 R, juris-Rn. 22 und 29).

2206 BSG, Urteil vom 24.04.2008 – B 9/9a SB 10/06 R, juris.

2207 Neuntes Buch Sozialgesetzbuch – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen – vom 19.06.2001 (BGBl. I, S. 1046), aufgehoben durch Art. 26 Abs. 1 S. 2 des Gesetzes vom 23.12.2016 (BGBl. I, S. 3234).

2208 E. II. 2. a. aa. (6) (ii).

2209 BSG, Urteil vom 24.04.2008 – B 9/9a SB 10/06 R, juris-Rn. 1 f. und 19; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16.08.2006 – L 3 SB 2251/05, juris-Rn. 2.

festgestellt werden. Weiterhin regelte § 69 Abs. 3 S. 1 SGB IX a.F., dass der GdB beim Vorliegen von mehreren Beeinträchtigungen der „Teilhabe am Leben in der Gesellschaft“ nach den Auswirkungen der Beeinträchtigungen in ihrer Gesamtheit unter Berücksichtigung ihrer wechselseitigen Beziehungen festgestellt wird.²²¹⁰ Die damals gültigen AHP sahen vor, dass je schlechter die Einstellungsqualität, also die Stoffwechsellage bei der behinderten Person war, desto höher der GdB, also die Teilhabebeeinträchtigung, ausfiel. Der Therapieaufwand der einzelnen Person bei der Einstellung des Diabetes, also der Aufwand bei der Vermeidung einer Überzuckerung oder einer Unterzuckerung, spielte eine untergeordnete Rolle.²²¹¹ Das BSG trat in die Beweiserhebung ein, um zu prüfen, ob die geschilderten Annahmen in den AHP noch dem herrschenden Kenntnisstand der sozialmedizinischen Wissenschaft entsprachen. So wurden hierfür Stellungnahmen des BMAS und der *Deutschen Diabetes Gesellschaft (DDG)* eingeholt und sachverständige Personen angehört.²²¹² Die Beweiswürdigung (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG) des BSG ergab u.a.²²¹³, dass mit der Einstellbarkeit eines Diabetes zum einen die Stoffwechsellage des Menschen mit Behinderung und zum anderen auch der Therapieaufwand beurteilt werde. Deshalb sei es bei der GdB-Bewertung des Diabetes i.S.v. § 69 Abs. 1 und 3 SGB IX a.F. notwendig, den jeweiligen Therapieaufwand in die Beurteilung miteinzubeziehen, wenn sich dieser auf die Teilhabe des behinderten Menschen am Leben in der Gesellschaft nachteilig auswirke.²²¹⁴

(2) Einordnung

Das vorentscheidende *LSG Baden-Württemberg* war der Ansicht, dass die damals geltenden AHP den herrschenden wissenschaftlichen Erkenntnisstand repräsentierten.²²¹⁵ Das BSG stellte generelle Tatsachen mit eigener Beweiserhebung und Beweiswürdigung fest, um zu dem Ergebnis zu kommen, dass einzelne Annahmen in den AHP nicht mehr mit dem allgemein anerkannten Stand in der Medizin übereinstimmten. Damit korrigierte

2210 BSG, Urteil vom 24.04.2008 – B 9/9a SB 10/06 R, juris-Rn. 22 f.

2211 A.a.O., Rn. 29 ff., Rn. 35 und 39.

2212 A.a.O., Rn. 31.

2213 Zu der nicht sinnvollen Unterscheidung zwischen verschiedenen Diabetes-Typen (Typ I und Typ II): a.a.O., Rn. 32-36.

2214 A.a.O., Rn. 37-40.

2215 LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16.08.2006 – L 3 SB 2251/05, juris-Rn. 25 ff.

das BSG gleichzeitig die Beweiswürdigung der Vorinstanz und nahm eine Konkretisierung von § 69 Abs. 1 und 3 SGB IX a.F. vor. Hinsichtlich der noch festzustellenden Einzeltatsachen, insbesondere in Bezug auf den Gesundheitszustand der behinderten Person und deren konkreten Therapieaufwand bei der Einstellung des Diabetes, verwies das BSG das Verfahren gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG zu weiteren Ermittlungen an die Tatsacheninstanz zurück²²¹⁶. Seit dem 01.01.2009 gilt die VersMedV als Nachfolgevorschrift zu den AHP. In der aktuell geltenden Anlage zu § 2 VersMedV werden unter Teil B: GdS-Tabelle (15.1 Zuckerkrankheit (Diabetes mellitus)) verschiedene Stufen des Therapieaufwands bei der Überwachung einer Diabetes-Erkrankung unterschiedlichen Graden der Schädigungsfolgen (GdS) bzw. Graden der Behinderung (GdB) zugeordnet²²¹⁷.

j. Arbeitslosenversicherung

Im Recht der Arbeitslosenversicherung wird beispielhaft auf ein Urteil vom 25.06.2002²²¹⁸ zurückgegriffen. In diesem wurde geprüft, ob ein Arbeitnehmer einen Anspruch auf höheres Arbeitslosengeld hatte. Rechtsgrundlagen für die Berechnung des Arbeitslosengeldes waren der damals geltende § 111 Arbeitsförderungsgesetz (AFG²²¹⁹) bzw. ab 01.01.1998 die §§ 129 und 136 SGB III^{2220, 2221}.

aa. Rechtsbegriff des „gewöhnlichen Entgeltabzugs“ i.S.v. § 136 Abs. 2 S. 1 SGB III a.F. bzw. § 111 Abs. 1 AFG a.F.

So normierte § 129 SGB III a.F., welcher im Grunde dem heutigen § 149 SGB III entspricht, dass sich die Höhe des Arbeitslosengeldes nach einem

2216 BSG, Urteil vom 24.04.2008 – B 9/9a SB 10/06 R, juris-Rn. 41 f.

2217 Dazu beispielsweise: BSG, Urteil vom 16.12.2014 – B 9 SB 2/13 R, juris-Rn. 9 ff.

2218 BSG, Urteil vom 25.06.2002 – B II AL 55/01 R, juris.

2219 Arbeitsförderungsgesetz vom 25.06.1969 (BGBl. I, S. 582), in der Fassung des Art. 1 Nr. 74 des Gesetzes vom 21.12.1993 (BGBl. I, S. 2353); das AFG wurde aufgehoben durch Art. 82 des Gesetzes vom 24.03.1997 (BGBl. I, S. 594) sowie Art. 8 Nr. 2 i.V.m. Art. 32 Abs. 1 des Gesetzes vom 16.12.1997 (BGBl. I, S. 2390).

2220 Drittes Buch Sozialgesetzbuch – Arbeitsförderung – (Art. 1 des Gesetzes vom 24.03.1997, BGBl. I, S. 594), zuletzt geändert durch Art. 60 des Gesetzes vom 23.10.2024 (BGBl. I, Nr. 323).

2221 BSG, Urteil vom 25.06.2002 – B II AL 55/01 R, juris-Rn. 1 und 15.

bestimmten Prozentsatz des pauschalierten Nettoentgelts (Leistungsentgelt) berechnet, das sich aus dem Bruttoentgelt ergibt. Weiterhin regelten § 136 Abs. 1 SGB III a.F. bzw. davor § 111 Abs. 1 AFG a.F., dass für die Berechnung des Leistungsentgelts pauschal zu berücksichtigende Entgeltabzüge, also insbesondere Steuern und die Beiträge zur Sozialversicherung (§ 136 Abs. 2 S. 1 SGB III a.F.), vom Bruttoentgelt in Abzug zu bringen sind. Hierfür war für die Kirchensteuer die Steuer nach dem im Vorjahr in den Ländern geltenden niedrigsten Kirchensteuerhebesatz zugrunde zu legen (§ 136 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 SGB III a.F. bzw. davor § 111 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 AFG a.F.). Dabei wurde gemäß § 136 Abs. 2 S. 1 SGB III a.F. bzw. § 111 Abs. 1 AFG a.F. der Kirchensteuerhebesatz als „gewöhnlicher Entgeltabzug“ eingeordnet.²²²² Der Kläger machte im betreffenden Revisionsverfahren geltend, dass bei ihm das Arbeitslosengeld ohne Abzug des Kirchensteuerhebesatzes vom Bruttoentgelt zu berechnen sei.²²²³

bb. Einordnung

Aus der vorstehend geschilderten Rechtslage erwuchs eine verfassungsrechtlich bedeutsame Problematik²²²⁴, die auch Gegenstand weiterer Revisionsverfahren²²²⁵ war. Diese entzündete sich an der dargestellten Berechnung des Arbeitslosengeldes unter Zugrundelegung eines pauschalen Kirchensteuerhebesatzes als „gewöhnlicher Entgeltabzug“ unabhängig von einer Kirchen-Mitgliedschaft.²²²⁶ Das *BVerfG* hatte die entsprechenden Regelungen als verfassungskonform eingeordnet. Jedoch führte es in diesem Zusammenhang auch aus, dass die Kirchensteuer nicht mehr als gewöhnlicher Entgeltabzug gesehen werden könne, also der Gesetzgeber handeln müsse, wenn statistische Erkenntnisse vorlägen, welche bewiesen, dass nicht mehr eine „deutliche Mehrheit“ von Arbeitnehmern Mitglieder einer kirchensteuerpflichtigen Kirche seien.²²²⁷ Diese „deutliche Mehrheit“

2222 A.a.O., Rn. 13 ff.

2223 A.a.O., Rn. 1.

2224 BVerfG, Beschluss vom 23.03.1994 – 1 BvL 8/85, juris.

2225 BSG, Urteil vom 10.11.1993 – 11 RAr 47/93, juris-Rn. 36; BSG, Urteil vom 27.06.1996 – 11 RAr 1/96, juris-Orientierungssätze Nr. 1 und 2; BSG, Urteil vom 10.08.2000 – B 11 AL 37/00 R, juris-Orientierungssätze 1-3; BSG, Urteil vom 08.11.2001 – B 11 AL 43/01 R, juris-Rn. 22; BSG, Urteil vom 21.03.2002 – B 7 AL 18/01 R, juris-Orientierungssatz.

2226 BSG, Urteil vom 25.06.2002 – B 11 AL 55/01 R, juris-Rn. 16.

2227 BVerfG, Urteil vom 23.03.1994 – 1 BvL 8/85, juris-Rn. 44-49.

wurde im Rahmen der Feststellung genereller Tatsachen durch das BSG ermittelt. Die generelle Tatsache besagte, dass 57,6 % der Arbeitnehmer in Deutschland einer zur Erhebung von Kirchensteuer ermächtigten Kirchengemeinde angehörten. Dies sei eine deutliche Mehrheit und demnach sei der pauschale Kirchensteuerabzug ein gewöhnlich anfallender Entgeltabzug. Erkenntnisgrundlage dieser generellen Tatsache war eine Auskunft des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung (BMA) vom 06.11.2001, welche aus einem anderen Revisionsverfahren vor dem BSG²²²⁸ in das Revisionsverfahren vom 25.06.2002 eingeführt wurde. Das BSG hatte in diesem Zusammenhang also keine Beweise selbst erhoben. Ergänzend dazu holte das BSG selbst eine Auskunft des BMA ein, welche jedoch keine weiteren Erkenntnisse einbrachte.²²²⁹ Die durch das BSG festgestellten generellen Tatsachen hatten in der gerichtlichen Vorinstanz noch keine Berücksichtigung gefunden. So verwies das vorentscheidende LSG auf ältere Rechtsprechung²²³⁰, welche sich wiederum auf älteres Zahlenmaterial bezog.²²³¹

k. Beitragsrecht und Mitgliedschaftsrecht der Krankenversicherung, der Pflegeversicherung, der Rentenversicherung und der Arbeitslosenversicherung

aa. Rechtsauslegung mittels Gesetzesmaterialien

In der Rechtsprechung des 12. Senats des BSG ist die zu diskutierende Aussage zu finden, dass es sich bei der „Verwertung der BT-Drucks 16/3100 nicht um eine Tatsache“ i.S.v. § 128 Abs. 2 SGG handele.²²³² Die entsprechende Bundestagsdrucksache wurde im vorliegenden Fall vom vorentscheidenden *Tatsachengericht* herangezogen und ausgewertet, um Ausführungen darin in seine Rechtsanwendung einzubeziehen. Die Drucksache wurde jedoch zuvor weder von den Beteiligten noch vom Berufungsgericht gemäß § 128 Abs. 2 SGG in das Verfahren eingeführt.²²³³ Das BSG ist der Ansicht, dass das LSG dadurch nicht § 128 Abs. 2 SGG verletzt habe. Das

2228 BSG, Urteil vom 21.03.2002 – B 7 AL 18/01 R, juris-Rn. 10 und 14.

2229 BSG, Urteil vom 25.06.2002 – B 11 AL 55/01 R, juris-Rn. 10 f. und 17-21.

2230 BSG, Urteil vom 10.08.2000 – B 11 AL 37/00 R, juris-Rn. 20.

2231 LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 05.02.2001 – L 1 AL 75/00, juris-Rn. 17-19.

2232 BSG, Urteil vom 04.09.2013 – B 12 KR 13/11 R, juris-Rn. 14.

2233 Ebd.; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 10.09.2010 – L 4 KR 915/08, juris-Rn. 26.

wird damit begründet, dass sich § 128 Abs. 2 SGG nur auf zu subsumierende Tatsachen beziehe und dass die Auswertung einer BT-Drs. der Rechtsfindung zuzurechnen sei²²³⁴ bzw. der Bestimmung des Inhalts einer Norm diene.²²³⁵

bb. Einordnung

Der These des BSG, dass die Würdigung und Feststellung von generellen Tatsachen dem Zweck der Rechtsanwendung dienen kann, ist zuzustimmen.²²³⁶ Auch ist dem BSG zu folgen, wenn es ausführt, dass § 128 Abs. 2 SGG keine Hinweispflicht zu den Erwägungen der tatsächlichen und rechtlichen Überzeugungsbildung des Gerichts umfasst, außer die Beteiligten würden von einer Beweiswürdigung oder Rechtsauffassung überrascht werden.²²³⁷ Jedoch wird hinsichtlich der Annahme des BSG, dass die Auswertung von Gesetzesmaterialien der Rechtsfindung zuzurechnen sei und demnach § 128 Abs. 2 SGG in diesem Fall nicht greife, vom Autor eine andere Ansicht vertreten. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Grundlage genereller Tatsachen in der Form einer Bundestagsdrucksache.²²³⁸, welche in die Rechtsfindung, hier in die (tatsachengestützte) Auslegung von Rechtsbegriffen, einbezogen wird²²³⁹. Die Drucksache bleibt dabei aber eine festzustellende Tatsache²²⁴⁰. Der Aussagesatz über das positive Recht²²⁴¹, dass dieses auf eine bestimmte Art und Weise verstanden werden muss, stellt die Rechtsauslegung mit Hilfe der Bundestagsdrucksache dar. Dieser Aussagesatz kann in dieser Form ausgesprochen werden, weil entsprechendes Wissen durch die Würdigung der Drucksache erlangt

2234 Ebenso: *BVerwG*, Urteil vom 28.10.1970 – VI C 48.68, juris-Rn. 63 m.w.N.; dazu, dass das Revisionsgericht zur Auswertung von Gesetzesmaterialien befugt sei: *BVerwG*, Urteil vom 30.11.1978 – II C 6.75, juris-Rn. 26; *BVerwG*, Urteil vom 11.02.1977 – VI C 135.74, juris-Rn. 37; *Neumann/Korbmacher*, in: *Sodan/Ziekow*, *VwGO*, § 137 Rn. 133 (mit der Einordnung der Auswertung der Materialien als Rechtsanwendung).

2235 *BSG*, Urteil vom 04.09.2013 – B 12 KR 13/11 R, juris-Rn. 14; *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, *SGG*, § 128 Rn. 17.

2236 F. IV. 2. b.

2237 *BSG*, Urteil vom 04.09.2013 – B 12 KR 13/11 R, juris-Rn. 15; siehe dazu oben: E. II. 2. b. bb. (1) (ii).

2238 F. II. 3. d.

2239 C. II. 1. b. ff. und F. IV. 2. b. aa.

2240 F. IV. 1. c. bb., F. IV. 2. b. cc. und F. VIII.

2241 C. I. 3. a.

wurde. Die Würdigung und Feststellung der generellen Tatsachen (Tatsachenfrage)²²⁴² und die Auslegungstätigkeit (Rechtsfrage)²²⁴³ fallen hier grundsätzlich zusammen²²⁴⁴. Das bedeutet jedoch nicht, dass § 128 Abs. 2 SGG in diesem Fall nicht greift. So muss die BT-Drs. als Tatsache ggf. erhoben bzw. ermittelt werden, was mit den Mitteln der juristischen Methodik nicht möglich ist²²⁴⁵. Damit ist sie gemäß § 128 Abs. 2 SGG den Beteiligten grundsätzlich bekannt zu geben. Es handelt sich also nicht um die Offenlegung der beabsichtigten tatsächlichen oder der rechtlichen Beweiswürdigung bzw. Überzeugungsbildung, sondern um die Hinweispflicht auf die Grundlage der generellen Tatsache i.S.v. § 128 Abs. 2 SGG. Das gilt zumindest dann, wenn die Beteiligten nicht mit deren Einbezug rechnen müssen²²⁴⁶.

4. Strafgerichtsbarkeit

Im weiteren Verlauf sind wissenschaftliche Erfahrungssätze im Strafrecht zu thematisieren (a.). Daran anschließend wird auf die Überprüfung der Beweiswürdigung des Tatsachengerichts durch die Revisionsinstanz (b.) und auf die Feststellung von Einzeltatsachen eingegangen (c.).

a. Wissenschaftliche Erfahrungssätze

Grundsätzlich entscheidet das Gericht darüber, ob und wie eine Straftat begangen wurde und ob die angeklagte Person bestraft wird, also ob die Rechtsfolge einer strafrechtlichen Norm ausgelöst wird. Dabei sind wissenschaftliche Erkenntnisse, aus welchen generelle Tatsachen abgeleitet werden können²²⁴⁷, von großer Bedeutung. So ist für den Beweis einer Tathandlung einer Person, also für den Nachweis einer Straftat, auch der entsprechende empirische Erfahrungssatz oder das Erfahrungsgesetz durch das entscheidende Gericht zu beachten. Für die Feststellung dieses in der Wissenschaft anerkannten Erfahrungswissens sind grundsätz-

2242 C. III. 2. b. und E. II. 2. b. aa. (1).

2243 C. III. 2. a. aa.

2244 F. IV. 2. b. cc.

2245 C. III. 2. b. bb.

2246 E. II. 2. b. cc. (4) (v) β.

2247 Siehe dazu im Sozialrecht: F. I. und F. II. 2. d.

lich Sachverständige hinzuzuziehen. Diese wissenschaftlichen Erkenntnisse oder empirischen Erfahrungssätze bestätigen also Tatsachenfeststellungen im Einzelfall. Diese generellen Tatsachen können aber auch zu den Einzeltatsachen im Widerspruch stehen. Das kann z.B. der Fall sein, wenn wissenschaftliche Erkenntnisse belegen, dass eine Tathandlung nicht den eingetretenen Erfolg herbeigeführt haben kann. In einem solchen Fall ist das Urteil rechtsfehlerhaft.²²⁴⁸ Im Strafrecht bestehen unterschiedliche Arten von Erfahrungssätzen, welche einerseits als gesichert gelten²²⁴⁹, weil sie in den entsprechenden Fachkreisen allgemein und zweifelsfrei als zutreffend anerkannt sowie empirisch bewiesen sind und damit zu zwingenden Folgerungen führen. Mit anderen Worten kann auch von auf naturwissenschaftlicher Grundlage fußenden Gesetzmäßigkeiten gesprochen werden. Andererseits gibt es im Strafrecht Erfahrungssätze, welche lediglich auf bestimmte Wahrscheinlichkeiten schließen lassen.²²⁵⁰ Für das Tatsachengericht besteht die Herausforderung, zu ermitteln, ob der jeweilige Erfahrungssatz in der jeweiligen Wissenschaft gesichert ist.²²⁵¹ Im sozialgerichtlichen Verfahren haben die Instanzgerichte die damit vergleichbare Aufgabe, den allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft zu ermitteln.²²⁵²

b. Überprüfung der Beweiswürdigung des Tatsachengerichts durch die Revisionsinstanz

aa. Freie Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO

Im strafgerichtlichen Verfahren entscheidet der Strafrichter gemäß § 261 StPO über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien Überzeu-

2248 Gärditz, Gerichtliche Feststellung genereller Tatsachen (legislative facts) im Öffentlichen Recht, in: Paeffgen et al., FS Puppe, S. 1557, 1559; Puppe, JZ 1994, S. 1147, 1147; Knauer/Kudlich, in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 3, § 337 Rn. 39; Eschelbach, in: Graf, BeckOK StPO, § 261 Rn. 66.

2249 BGH, Urteil vom 18.09.2008 – 5 StR 224/08, juris-Rn. 15.

2250 BGH, Urteil vom 16.05.2002 – 1 StR 40/02, juris-Rn. 20; BGH, Beschluss vom 07.06.1982 – 4 StR 60/82, juris-Rn. 8 ff.; Bartel, in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 2, § 261 Rn. 35 und 94 ff. m.w.N.; Knauer/Kudlich, in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 3, § 337 Rn. 39; Eschelbach, in: Graf, BeckOK StPO, § 261 Rn. 39 ff.; Beckemper, in: Gercke/Temming/Zöllner, StPO, § 261 Rn. 9 m.w.N.; Eisenberg, NStZ 2010, S. 125, 127; Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, § 20 Rn. 13; Puppe, JZ 1994, S. 1147, 1150.

2251 Bartel, in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 2, § 261 Rn. 97.

2252 E. II. 2. a. aa. (5) (ii).

gung bzw. seiner persönlichen Gewissheit. Weiterhin gilt, dass diese persönliche Überzeugung oder die persönliche Gewissheit eines Richters für eine Entscheidung allein nicht ausreicht. Vielmehr muss eine tragfähige objektive Tatsachengrundlage dargelegt werden, welche nachvollziehbar bzw. einleuchtend im Hinblick auf die im Einzelfall einschlägige(n) Norm(en) gewürdigt werden kann. Eine objektive Tatsachengrundlage können z.B. die oben erwähnten wissenschaftlichen Erkenntnisse²²⁵³ darstellen.²²⁵⁴

bb. Grundsatz der Bindung des Revisionsgerichts an die
Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz gemäß § 337 Abs. 1 StPO

Im strafgerichtlichen Verfahren gilt grundsätzlich der Strengbeweis. Danach sind Tatsachen, welche für den Inhalt der Sachentscheidung, also für die Bestimmung der Schuld- und Straffrage, maßgeblich sind, anhand eines abschließenden Beweismittelkatalogs zu ermitteln (§§ 244 ff. StPO).²²⁵⁵ Im deutschen Strafprozess existiert weiterhin gemäß § 155 Abs. 2, 1. Hs. i.V.m. § 244 Abs. 2 und § 384 Abs. 3 StPO die sogenannte *Offizialmaxime*. Das Gericht ermittelt den Sachverhalt danach von Amts wegen²²⁵⁶.²²⁵⁷ Für die Frage, welche gerichtliche Instanz im Strafprozess für die Feststellung von Einzeltatsachen zuständig ist, kann § 337 Abs. 1 StPO²²⁵⁸ herangezogen werden. Diese Norm besagt, dass die Revision nur auf eine Verletzung des Gesetzes durch die Vorinstanz gestützt werden kann. Aus § 337 Abs. 1 StPO

2253 G. II. 4. a.

2254 *BVerfG*, Stattgebender Kammerbeschluss vom 30.04.2003 – 2 BvR 2045/02, juris-Rn. 36 m.w.N.; *BGH*, Urteil vom 19.01.1999 – 1 StR 171/98, juris-Rn. 28 m.w.N.; *BGH*, Urteil vom 25.03.1987 – 3 StR 574/86, juris-Rn. 16; *Schwarz*, in: *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Rn. 602 ff.; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 23 Rn. 55 f. und 61 ff.; *Albrecht*, NSTz 1983, S. 486, 489; zur Beweismittelwürdigung gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG im sozialgerichtlichen Verfahren: E. II. 2. b. aa. (1).

2255 *Trüg/Habetha*, in: *Knauer/Kudlich/Schneider*, MünchKomm StPO, Band 2, § 244 Rn. 34; *König*, in: *Dölling et al.*, Gesamtes Strafrecht, StPO § 244 Rn. 11; *Töbels*, NSTz 1982, S. 184, 184.

2256 Zum Amtsermittlungsgrundsatz im Sozialrecht gemäß § 103 SGG: E. I. 1.

2257 *Teßmer*, in: *Knauer/Kudlich/Schneider*, MünchKomm StPO, Band 2, § 155 Rn. 13; *Pfordte*, in: *Dölling et al.*, Gesamtes Strafrecht, StPO § 155 Rn. 3; *Monka*, in: *Graf, BeckOK StPO*, § 155 Rn. 2; *Bachler*, in: *Graf, BeckOK StPO*, § 244 Rn. 13; *Daimagüler*, in: *Knauer/Kudlich/Schneider*, MünchKomm StPO, Band 3, § 384 Rn. 6 f.

2258 Zu § 162 SGG im sozialgerichtlichen Revisionsverfahren: E. III. 4.

lässt sich also grundsätzlich ableiten, dass die Revision auf die Überprüfung von Rechtsverletzungen beschränkt und an die Beweiswürdigung und Tatsachenfeststellungen (§ 261 StPO) der Vorinstanz gebunden ist.²²⁵⁹ Im Folgenden ist aufzuzeigen, dass die Beweiswürdigung des Tatsachengerichts Grenzen hat und unter bestimmten Voraussetzungen vom Revisionsgericht überprüft werden kann (cc.).²²⁶⁰

cc. Grenzen der Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO

(1) Überprüfung der Beweiswürdigung

Von der in § 337 Abs. 1 StPO statuierten Bindung an die Beweiswürdigung und die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz gibt es also Ausnahmen. Eine Ausnahme bezieht sich auf wissenschaftliche Erfahrungssätze. Diese ist auf die revisionsgerichtliche Prüfung ausgerichtet, ob das Tatsachengericht bei seiner Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO (allgemein anerkannte) wissenschaftliche Erkenntnisse oder empirische Erfahrungssätze fehlerhaft nicht²²⁶¹ oder einen nicht existierenden Erfahrungssatz angewandt hat²²⁶². Erfahrungssätze müssen demnach begründet und ihre Erkenntnisgrundlage muss offengelegt werden²²⁶³ (§ 267 StPO)^{2264, 2265}. Neben dem bereits genannten Strengbeweis²²⁶⁶ existiert der sogenannte Freibeweis,

2259 Wiedner, in: Graf, BeckOK StPO, Stand: 01.01.2025, § 337 Rn. 1 ff.; Rackow, in: Dölling et al., Gesamtes Strafrecht, StPO § 337 Rn. 1; Knauer/Kudlich, in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 3, § 337 Rn. 2 und 4; Temming, in: Gercke/Temming/Zöller, StPO, § 337 Rn. 1; zu § 163 SGG im sozialgerichtlichen Revisionsverfahren: E. III. 6.

2260 Bartel, in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 2, § 261 Rn. 1, Rn. 5 und 89; Eschelbach, in: Graf, BeckOK StPO, § 261 Rn. 37 ff.; Wiedner, in: Graf, BeckOK StPO, Stand: 01.01.2025, § 337 Rn. 152.

2261 BGH, Beschluss vom 27.09.2001 – 1 StR 349/01, juris-Rn. 5 ff.; BGH, Urteil vom 18.03.1954 – 3 StR 87/53, juris-Rn. 5 ff.

2262 BGH, Urteil vom 29.03.1988 – 5 StR 65/88, juris-Rn. 3.

2263 Albrecht, NSTZ 1983, S. 486, 489 f. m.w.N.

2264 Siehe zur Begründungspflicht im sozialgerichtlichen Verfahren: E. II. 2. b. bb. (2) und E. II. 2. b. cc. (4) (v) β.

2265 Wiedner, in: Graf, BeckOK StPO, Stand: 01.01.2025, § 337 Rn. 152; Bartel, in: Knauer/Kudlich/Schneider, MünchKomm StPO, Band 2, § 261 Rn. 1, Rn. 5, Rn. 89 und 94 ff.; Eschelbach, in: Graf, BeckOK StPO, § 261 Rn. 39 ff. und 71; Schwarz, in: Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Rn. 617 f.; Gericke, in: Barthe/Gericke, KK-StPO, StPO § 337 Rn. 29.

2266 G. II. 4. b. bb.

welcher nicht in der StPO geregelt ist und im Gegensatz zum Strengbeweis keine gesetzlichen Beweisregeln vorsieht, wenn es um die Art der Beweisaufnahme oder um die konkreten Erkenntnisgrundlagen geht.²²⁶⁷ Auf dieses Freibeweisverfahren wird sich in der Literatur vereinzelt bezogen, um zu begründen, dass das Revisionsgericht natur(wissenschaftliche) Erkenntnisse auch mit eigener Beweiserhebung entgegen von § 337 Abs. 1 StPO im Strafprozess selbst feststellen darf.²²⁶⁸ Nachfolgend werden Beispiele aufgezeigt, in welchen der BGH in Strafsachen wissenschaftliche Erfahrungssätze in strafgerichtlichen Verfahren festgestellt hat oder feststellen könnte ((2)).

(2) Feststellung von wissenschaftlichen Erfahrungssätzen durch den BGH in Strafsachen

So hatte der BGH z.B. Beweis hinsichtlich der Frage erhoben und den entsprechenden Erfahrungssatz festgestellt, dass der aktuelle medizinische Erkenntnisstand belege, dass ein gesunder Kraftfahrer stets deutliche Zeichen der Ermüdung an sich wahrnehme oder wenigstens wahrnehmen könne bevor es zu einem Sekundenschlaf komme.²²⁶⁹ Ein solcher Erfahrungssatz kann herangezogen werden, um eine fahrlässige Tathandlung gemäß § 222 StGB²²⁷⁰ zu stützen.²²⁷¹ Eine weitere naturwissenschaftlich-medizinische Erkenntnis stellt die Tatsache dar, dass ein Kraftfahrzeugführer bei einer Blutalkoholkonzentration von 1,1 Promille absolut fahruntüchtig i.S.v. § 315c Abs. 1 Nr. 1a und § 316 Abs. 1 StGB²²⁷² sei.²²⁷³ Ein weiteres Beispiel

2267 König, in: Dölling et al., *Gesamtes Strafrecht*, StPO § 244 Rn. 12 f.; Többens, *NStZ* 1982, S. 184, 184; zu den durch das Revisionsgericht ebenfalls im sogenannten Freibeweis zu ermittelnden, verfahrensrechtlich relevanten Tatsachen (sogenannte Verfahrenstatsachen): Többens, *NStZ* 1982, S. 184, 184 ff. und Temming, in: Gercke/Temming/Zöller, StPO, § 337 Rn. 3.

2268 Wiedner, in: Graf, BeckOK StPO, Stand: 01.01.2025, § 337 Rn. 152.1; Temming, in: Gercke/Temming/Zöller, StPO, § 337 Rn. 3 (mit der Begrenzung auf „allgemeingültige Erfahrungssätze“).

2269 BGH, Beschluss vom 18.11.1969 – 4 StR 66/69, juris-Leitsatz und Rn. 36 ff.

2270 Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 (BGBl. I, S. 3322), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes vom 07.11.2024 (BGBl. I, Nr. 351).

2271 Eschelbach, in: Kudlich/von Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, § 222 Rn. 16.

2272 Pegel, in: Erb/Schäfer, MünchKomm StGB, Band 6, § 316 Rn. 37; Pegel, in: Erb/Schäfer, MünchKomm StGB, Band 6, § 315c Rn. 31; Kudlich, in: Kudlich/von Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, § 316 Rn. 1.

2273 BGH, Urteil vom 09.04.2015 – 4 StR 401/14, juris-Rn. 10; BGH, Beschluss vom 14.03.1969 – 4 StR 183/68, juris-Rn. 9 und 14; BGH, Beschluss vom 13.04.2023

stellt die Ermittlung des *BGH* bei der Frage dar, ob anhand einschlägiger Literatur eine bestimmte wissenschaftliche Methode in der Rechtsmedizin überwiegend anerkannt ist.²²⁷⁴ In diesem Zusammenhang sind auch die Regeln der ärztlichen Kunst zu nennen, welche bei der Anwendung von Therapiemethoden zu beachten sind und welche bei Nichtbeachtung durch einen Arzt den Tatbestand der fahrlässigen Tötung bekräftigen können.²²⁷⁵ Im Hinblick auf generelle Kausalzusammenhänge, welche durch Kausalgesetze bzw. empirische Gesetze belegbar sind²²⁷⁶, können Fälle aus der strafrechtlichen Produkthaftung angeführt werden. In diesem Kontext ist die Entscheidung des *Landgerichts (LG) Aachen* aus dem Jahr 1970 zur Contergan-Katastrophe zu nennen, in welcher zu untersuchen war, ob die Einnahme eines bestimmten Wirkstoffs während der Schwangerschaft bestimmte Gesundheitsschäden beim ungeborenen Kind verursachte.²²⁷⁷ Auch bei der Prüfung, ob ein Wirkungszusammenhang zwischen der Verwendung eines Holzschutzmittels und bestimmten Gesundheitsschäden bestand, waren empirisch nachgewiesene Kausalzusammenhänge wichtig.²²⁷⁸ Abzugrenzen von den genannten wissenschaftlichen Erfahrungssätzen sind Einzeltatsachen (c.).

c. Feststellung von Einzeltatsachen

Hinsichtlich der Notwendigkeit der Ermittlung von Einzeltatsachen kann z.B. die ständige Rechtsprechung des *BGH* zur Beurteilung der Schuldfähigkeit einer angeklagten Person (§§ 20, 21 StGB)²²⁷⁹ dienen, wenn diese während der Tat stark alkoholisiert war. So gebe es keinen gesicherten medizinisch-statistischen Erfahrungssatz, dass ab einer bestimmten Höhe

– 4 StR 439/22, juris-Rn. 5 f.; *BGH*, Beschluss vom 28.06.1990 – 4 StR 297/90, juris-Rn. 9 ff. und 22.

2274 *BGH*, Beschluss vom 12.01.1994 – 5 StR 620/93, juris-Rn. 4 ff.

2275 *BGH*, Urteil vom 13.12.2006 – 5 StR 211/06, juris-Rn. 20 ff. (wenngleich der *BGH* in diesem Urteil die betreffenden Erkenntnisse nicht selbst feststellte, sondern auf die Feststellungen des vorentscheidenden *LG Hamburg* verwies (*LG Hamburg*, Urteil vom 07.12.2005 – 606 KLS 7200 Js 91/99 (21/03) (nicht in juris veröffentlicht))).

2276 *Gärditz*, Gerichtliche Feststellung genereller Tatsachen (legislative facts) im Öffentlichen Recht, in: Paeffgen et al., FS Puppe, S. 1557, 1559.

2277 *LG Aachen*, Entscheidung vom 18.12.1970 – 4 KMs 1/68, 15 115/67, JZ 1971, S. 507, 507 ff.; *Puppe*, JZ 1994, S. 1147, 1147 f.

2278 *BGH*, Urteil vom 02.08.1995 – 2 StR 221/94, juris-Rn. 32 ff.; kritisch dazu: *Puppe*, JZ 1996, S. 315, 318 ff.

2279 *Eschelbach*, in: Kudlich/von Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, § 21 Rn. 1 und 9.

der Blutalkoholkonzentration regelmäßig von einer verminderten Steuerungsfähigkeit auszugehen sei. Vielmehr seien neben der Höhe der Blutalkoholkonzentration die im konkreten Einzelfall feststellbaren psychodiagnostischen Kriterien, also Hinweise darauf, ob der Täter sein Hemmungsvermögen bei der Tat erhalten konnte oder nicht, in die Beurteilung der Schuldfähigkeit einzubeziehen.²²⁸⁰

5. Auswertung

Anhand der in diesem Kapitel einbezogenen Beispielfälle aus der Rechtsprechung des öffentlichen Rechts können die nachstehenden Thesen entwickelt werden.

a. Bundesverfassungsgericht

Das *BVerfG* ist grundsätzlich eine Tatsacheninstanz und kann Einzeltatsachen und generelle Tatsachen selbst feststellen (§ 26 *BVerfGG*). Mit § 33 Abs. 2 *BVerfGG* besteht hingegen eine Norm, welche es dem *BVerfG* ermöglicht, seiner Entscheidung die tatsächlichen Feststellungen der vorhergehenden gerichtlichen Entscheidung zugrunde zu legen.²²⁸¹

b. Verwaltungsgerichtsbarkeit

aa. Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BVerwG*

Wie im sozialgerichtlichen Prozessrecht²²⁸² existieren auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahrensrecht Normen, welche eine Aufgabenteilung zwischen Revisionsinstanz und Tatsacheninstanz regeln. Damit ist z.B. § 137 Abs. 1 und 2 *VwGO* angesprochen. Weiterhin sind in § 108 Abs. 1 *VwGO* die Beweiswürdigung (Abs. 1 S. 1)²²⁸³ und die Begründungspflicht (Abs. 1

2280 *BGH*, Beschluss vom 22.06.2021 – 2 StR 168/21, juris-Rn. 8 ff.; *BGH*, Urteil vom 29.04.1997 – 1 StR 511/95, juris-Leitsatz; *BGH*, Beschluss vom 29.05.2012 – 1 StR 59/12, juris-Rn. 19 ff. m.w.N.

2281 G. II. 1.

2282 E. III. 9.

2283 Siehe dazu im sozialgerichtlichen Verfahren: E. II. 2. b. aa.

S. 2)²²⁸⁴ verankert.²²⁸⁵ In Bezug auf die Feststellung genereller Tatsachen in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist festzuhalten, dass in Literatur und Rechtsprechung wohl Einigkeit darüber besteht, dass diese zur Auslegung durch das *BVerwG* festgestellt werden dürfen.²²⁸⁶ Damit zusammenhängend besteht weiterer Forschungsbedarf z.B. dahingehend, ob das *BVerwG* generelle Tatsachen auch zur Subsumtion selbst feststellen darf.²²⁸⁷ Weiterhin ist zu untersuchen, in welchem Verhältnis generelle Tatsachen zu speziellen Erfahrungssätzen stehen²²⁸⁸ und ob das einschlägige Beweisrecht bei der Feststellung von generellen Tatsachen durch das *BVerwG* Anwendung findet²²⁸⁹.

bb. Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften

Die Untersuchung der im Umweltrecht verbreiteten technischen Regelwerke der TA Luft und der TA Lärm ergab, dass diese als generelle Tatsachen einzuordnen und keine Rechtsnormen sind.²²⁹⁰ Im Sozialrecht gibt es diese Regelwerke auch. So ist dort neben normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften²²⁹¹ auch die Rede von normergänzenden Verwaltungsvorschriften²²⁹², welche mit normkonkretisierenden Vorschriften vergleichbar sind.

2284 Siehe dazu im sozialgerichtlichen Verfahren: E. II. 2. b. bb. (2).

2285 G. II. 2. a.

2286 G. II. 2. b.

2287 Siehe dazu im sozialgerichtlichen Revisionsverfahren: F. IV. 2.

2288 Siehe dazu im Sozialrecht: F. I. und F. II.

2289 Mit § 141 VwGO existiert im Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine zu § 165 SGG identische Regelung (siehe zu § 165 SGG: F. VII).

2290 G. II. 2. c.

2291 Zur Konkretisierung von § 35a Abs. 6 SGB IV: BSG, Urteil vom 20.03.2018 – B 1 A 1/17 R, juris-Rn. 11 ff.

2292 BSG, Urteil vom 30.09.2009 – B 9 VS 3/09 R, juris-Rn. 35 m.w.N. (ebenfalls mit einer Übersicht der einzelnen Arten von Verwaltungsvorschriften in Rn. 33 ff.); BSG, Urteil vom 02.04.2003 – B 6 KA 30/02 R, juris-Rn. 21; Heinz, in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 162 Rn. 23.

c. Sozialgerichtsbarkeit

aa. Feststellung von generellen Tatsachen durch das BSG

In der sozialgerichtlichen Rechtsprechung des BSG konnte hinsichtlich der Frage, ob das BSG zur Feststellung genereller Tatsachen befugt ist, gezeigt werden, dass zwei Senate ihre Rechtsprechungspraxis hierzu geändert haben.²²⁹³ Auf die Feststellung genereller Tatsachen wird vom BSG zurückgegriffen, um Rechtsbegriffe auszulegen²²⁹⁴ oder um generelle Tatsachen unter diese zu subsumieren²²⁹⁵. Gesagt werden muss, dass in Bezug auf die hier ausgewerteten Urteile die Subsumtion genereller Tatsachen überwiegt. Deutlich wurde auch, dass bei der Feststellung genereller Tatsachen zur Auslegung und zur Subsumtion jeweils die tatsächliche Beweiswürdigung (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG) mit der Auslegung und der Subsumtion zusammenfällt²²⁹⁶. Generelle Tatsachen können weiterhin eingesetzt werden, um die Subsumtion von Einzeltatsachen zu ergänzen bzw. zu unterstützen²²⁹⁷. Davon abzugrenzen ist die Konstellation, in welcher der Tatbestand einer Norm auf generelle Tatsachen abzielt und diese allein zu subsumieren sind²²⁹⁸. Hinsichtlich des bereits angesprochenen Konkurrenzverhältnisses zwischen *Revision* und *Berufung*²²⁹⁹ ist zu sagen, dass das BSG generelle Tatsachen feststellt, um die festgestellten, unvollständigen festgestellten oder nicht festgestellten generelle Tatsachen der Vorinstanz zu bestätigen²³⁰⁰, zu ergänzen²³⁰¹ und/oder zu ersetzen²³⁰². Auch konnte gezeigt werden, dass das BSG generelle Tatsachen mit eigener Beweiserhebung feststellt²³⁰³. Hinsichtlich der Vorgehensweise bei der Feststellung genereller Tatsachen zwischen den einzelnen Senaten des BSG kann keine einheitliche Linie verzeichnet werden. So konnte herausgearbeitet werden, dass generelle Tatsachen durch das BSG festgestellt und die Feststellung der

2293 G. II. 3. c. und G. II. 3. d.

2294 Z.B.: G. II. 3. c. bb. (1) oder G. II. 3. i. aa.

2295 Z.B.: G. II. 3. a. bb., G. II. 3. b. aa. (2), G. II. 3. b. bb., G. II. 3. c. cc., G. II. 3. d. aa., G. II. 3. e. oder G. II. 3. g. bb.

2296 Siehe zu dieser bereits oben aufgestellten These: F. IV. 2. b. cc.

2297 G. II. 3. a. cc., G. II. 3. c. cc. (3), G. II. 3. d. aa. (2) oder G. II. 3. h. bb.

2298 G. II. 3. g. bb. (1) (i).

2299 F. IV. 2. a.

2300 Z.B.: G. II. 3. i. aa. (2).

2301 Z.B.: G. II. 3. b. aa. (3), G. II. 3. g. bb. oder G. II. 3. j.

2302 Z.B.: G. II. 3. e. oder G. II. 3. i. bb.

2303 Z.B.: G. II. 3. b. aa. (3) (ii), G. II. 3. c. cc., G. II. 3. d. oder G. II. 3. i.

Einzeltatsachen der Berufungsinstanz übertragen wurden²³⁰⁴. Gleichzeitig konnten Fälle identifiziert werden, in denen das BSG generelle Tatsachen hätte feststellen können, dies jedoch unterlassen hat und den Rechtsstreit insbesondere hierfür an die Tatsacheninstanz gemäß § 170 Abs. 2 S. 2 SGG zurückverwiesen hat²³⁰⁵.

bb. Erkenntnisgrundlagen genereller Tatsachen

Hinsichtlich der Erkenntnisquellen genereller Tatsachen wird deutlich, dass sich generelle Tatsachen nicht nur aus wissenschaftlichem (empirischem) Erkenntnismaterial²³⁰⁶ der Medizin²³⁰⁷ oder aus medizinischen Sachverständigengutachten²³⁰⁸ ergeben. Generelle Tatsachen können auch auf rechtswissenschaftliches Material²³⁰⁹ zurückzuführen sein. Des Weiteren sind (Fach-)Informationen aus dem Internet²³¹⁰, Merkblätter²³¹¹, Stellungnahmen oder Auskünfte von Behörden²³¹² sowie bestimmte Empfehlungen²³¹³ Quellen genereller Tatsachen. Auch die Sachkunde von ehrenamtlichen Richtern dient als Grundlage genereller Tatsachen²³¹⁴. Die aus diesen Quellen, welche einen unterschiedlich starken wissenschaftlichen oder keinen wissenschaftlichen Anspruch haben, abgeleiteten generellen Tatsachen als Erfahrungssätze treffen Aussagen über unterschiedlich hohe Wahrscheinlichkeiten²³¹⁵. Das jeweils zuständige Gericht hat sich im Rahmen seiner freien richterlichen Beweiswürdigung gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 SGG ein Bild von der Überzeugungskraft der einzelnen Beweismittel, ggf. auch durch die Anhörung von Sachverständigen, zu verschaffen und zu prüfen, ob die zugrunde liegenden Fakten allgemein anerkannt oder lediglich Indizien für das Vorhandensein von Tatsachen sind²³¹⁶.

2304 Z.B.: G. II. 3. c. cc. (3) oder G. II. 3. i. bb. (2).

2305 Z.B.: G. II. 3. d. aa. (2) oder G. II. 3. h. cc.

2306 G. II. 3. i. aa.

2307 G. II. 3. b. aa. (3), G. II. 3. b. bb. oder G. II. 3. d. aa.

2308 G. II. 3. b. aa. (3) (i) oder G. II. 3. c. cc.

2309 G. II. 3. k.

2310 G. II. 3. b. aa. (3) (ii) oder G. II. 3. g. bb.

2311 G. II. 3. c. aa.

2312 G. II. 3. a. bb., G. II. 3. i. bb. oder G. II. 3. j.

2313 G. II. 3. g. aa.

2314 G. II. 3. f.

2315 E. II. 2. b. cc. (4) und F. II. 2. d.

2316 E. II. 2. b. aa. (1).

d. Strafgerichtsbarkeit

In der Rechtsprechung der Strafgerichtsbarkeit sind, wie in der Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit auch²³¹⁷, im Zusammenhang mit der Feststellung genereller Tatsachen wissenschaftliche Erkenntnisse von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Die aus diesen Erkenntnissen zu ziehenden Erfahrungssätze, für deren Feststellung das Gericht grundsätzlich sachverständige Personen hinzuzuziehen hat, können auf unterschiedliche Wahrscheinlichkeiten schließen lassen.²³¹⁸ Die Kausalgesetze bzw. empirischen Gesetze, welche Erfahrungssätze bestätigen²³¹⁹, werden in der Praxis wie Rechtsnormen behandelt, was zu kritisieren ist.²³²⁰ Dieses Problem der Gleichstellung von Tatsachen mit Rechtsnormen konnte auch bereits in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit²³²¹ und derjenigen der Sozialgerichtsbarkeit²³²² identifiziert werden. § 337 Abs. 1 StPO statuiert eine Bindung des Revisionsgerichts an die Beweiswürdigung und Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz²³²³. Diese hat jedoch Grenzen, welche vom Revisionsgericht dahingehend überprüft werden können, ob das Tatsachengericht bei seiner Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO gegen Erfahrungssätze verstoßen hat²³²⁴. Die Bindung der Revision an die festgestellten Tatsachen (§ 163 SGG)²³²⁵ und die Grenzen der Beweiswürdigung (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG)²³²⁶ sind auch im sozialgerichtlichen Verfahrensrecht zu finden. Die Analyse hat gezeigt, dass auch der BGH in Strafsachen generelle Tatsachen feststellt²³²⁷. Dazu gibt es in der Literatur Meinungen, welche befürworten, dass das Revisionsgericht generelle Tatsachen auch mit eigener Beweiserhebung entgegen § 337 Abs. 1 StPO feststellen darf²³²⁸. Hier knüpfen weitergehende rechtswissenschaftliche Forschungsfragen an, welche auf die Auswertung des einschlägigen Prozessrechts und der Rechtsprechung abzielen.

2317 G. II. 5. c. bb.

2318 G. II. 4. a.

2319 G. II. 4. b. cc. (2).

2320 Puppe, JZ 1994, S. 1147, 1150.

2321 G. II. 2. c. bb. (3).

2322 F. IV. 1. c. cc.

2323 G. II. 4. b. bb.

2324 G. II. 4. b. cc. (1).

2325 E. III. 6.

2326 E. II. 2. b. cc.

2327 G. II. 4. b. cc. (2).

2328 G. II. 4. b. cc. (1).

III. Zivilrecht

In diesem Kapitel ist zu untersuchen, inwiefern generelle Tatsachen oder ähnliche Arten von Tatsachen im Zivilrecht eine Rolle spielen und vom BGH in Zivilsachen bei der Rechtsanwendung eingesetzt werden. Dazu wird zunächst überblicksartig auf die Überprüfung der Beweiswürdigung des Tatsachengerichts durch die Revisionsinstanz eingegangen (1.). In diesem Zusammenhang ist zu fragen, welche Rolle sogenannte Normtatsachen und Erfahrungssätze spielen und in welchem Umfang der BGH in Zivilsachen auf die eigenständige Ermittlung dieser Tatsachen zurückgreift und zurückgreifen darf (2.).

1. Überprüfung der Beweiswürdigung des Tatsachengerichts durch die Revisionsinstanz

Die rechtlichen Grundlagen zur Würdigung und Feststellung von Tatsachen durch die Tatsachengerichte sowie zur Bindung der Revisionsinstanz an diese Feststellungen sind für den Zivilprozess insbesondere in den §§ 286 Abs. 1 (a.) und 559 Abs. 2 ZPO (b.) verankert. Die Beweiswürdigung des Tatsachengerichts hat weiterhin Grenzen und kann demnach von der Revisionsinstanz in einem bestimmten Umfang kontrolliert werden²³²⁹ (c.).

a. Freie Beweiswürdigung gemäß § 286 Abs. 1 ZPO

Gemäß § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme (§ 355-370 ZPO)²³³⁰ nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. Aufgrund der erhobenen Beweise hat der Richter also im Rahmen seiner Beweiswürdigung zu entscheiden, ob eine Tatsache erfolgreich bewiesen wurde oder nicht. Dabei zielt § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO auf die

2329 Bacher, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 286 Rn. 12 f.; Foerste, in: Musielak, ZPO, § 286 Rn. 10 f.

2330 Zu einer Übersicht des Beweisrechts der ZPO: Prütting, in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 1, ZPO § 284 Rn. 1 f.

Überzeugung des jeweiligen Richters ab und klammert objektive Kriterien aus.²³³¹

b. Grundsatz der Bindung des Revisionsgerichts an die
Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz gemäß § 559 Abs. 2 ZPO

Daran anknüpfend regelt § 559 Abs. 2 ZPO, dass die Revisionsinstanz an die freie Beweiswürdigung und die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz gebunden ist (Abs. 2, 1. Hs.), außer die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz werden mit einer Verfahrensrüge (§ 551 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b) ZPO) erfolgreich angegriffen (Abs. 2, 2. Hs.).²³³²

c. Grenzen der Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO

Der Umfang der revisionsgerichtlichen Überprüfung der Entscheidung der Vorinstanz ist darauf beschränkt, ob diese auf der Verletzung revisiblen Rechts beruht (§ 545 Abs. 1 ZPO).^{2333, 2334} Die Beweiswürdigung des Tatsachengerichts wird von der Revisionsinstanz hingegen nur eingeschränkt dahingehend kontrolliert, ob die gesetzlichen Voraussetzungen und Grenzen von § 286 ZPO eingehalten wurden.²³³⁵ So ist in ständiger Rechtsprechung anerkannt, dass das Revisionsgericht die Beweiswürdigung der

2331 Prütting, in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 1, ZPO § 286 Rn. 1; Adolphsen, Zivilprozessrecht, § 23 Rn. 36; siehe zum Einbezug von objektiven Kriterien in die freie Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO im strafgerichtlichen Verfahren: G. II. 4. b. aa.

2332 Feskorn, in: Zöller, ZPO, § 559 Rn. 11; Kessal-Wulf, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 559 Rn. 9; Ball, in: Musielak, ZPO, § 559 Rn. 20 f.; Krüger, in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 2, ZPO § 559 Rn. 9 f. und 15; Prütting, in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 1, ZPO § 286 Rn. 23; Adolphsen, Zivilprozessrecht, § 31 Rn. 2; Koch, in: Saenger, ZPO, § 559 Rn. 18; eine Ausnahme von der Bindung besteht z.B. für Prozessvoraussetzungen: BGH, Urteil vom 14.12.1959 – V ZR 197/58, juris-Leitsatz; Kessal-Wulf, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 559 Rn. 9; Kessal-Wulf, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 557 Rn. 7 f.; zu § 163 im sozialgerichtlichen Revisionsverfahren: E. III. 6.

2333 Zu § 162 SGG im sozialgerichtlichen Revisionsverfahren: E. III. 4.

2334 Ball, in: Musielak, ZPO, § 545 Rn. 1; Nober, in: Anders/Gehle, ZPO, § 545 Rn. 4 ff.; Kessal-Wulf, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 545 Rn. 1 ff.; Krüger, in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 2, ZPO § 545 Rn. 1 f.

2335 Prütting, in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 1, ZPO § 286 Rn. 23.

Vorinstanz lediglich daraufhin überprüft, ob diese vollständig und rechtlich möglich ist sowie nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt.²³³⁶

2. Feststellungsbefugnis des BGH in Zivilsachen für Normtatsachen und Erfahrungssätze

Im zivilgerichtlichen Verfahren sind anstelle des Begriffs der generellen Tatsache die Begriffe der „Normtatsache“ und des „Erfahrungssatzes“ zu finden. Nachfolgend ist der Frage nachzugehen, inwiefern Normtatsachen (a.) und Erfahrungssätze (b.) durch das Revisionsgericht festgestellt werden und festgestellt werden dürfen. Hierfür ist jeweils Rechtsprechung auszuwerten. Zudem sind dazu Ansichten in der Literatur miteinzubeziehen.

a. Normtatsachen

Normtatsachen werden im Zivilrecht für die Konkretisierung einzelner Rechtsbegriffe benötigt. Damit sind z.B. die Begriffe der „Verkehrssitte“ bzw. der „Verkehrsanschauung“ (§§ 157, 242 BGB) oder des „Handelsbrauchs“ (§ 346 Handelsgesetzbuch (HGB²³³⁷)) angesprochen.²³³⁸ Hierbei handelt es sich um Sitten und Gepflogenheiten in einem bestimmten Gewerbe oder einer bestimmten Branche.²³³⁹

2336 Beispielhaft: BGH, Urteil vom 26.05.2020 – VI ZR 213/19, juris-Rn. 27; BGH, Urteil vom 28.08.2018 – VI ZR 509/17, juris-Rn. 18; BGH, Urteil vom 11.11.2014 – VI ZR 76/13, juris-Rn. 13; BGH, Urteil vom 16.04.2013 – VI ZR 44/12, juris-Rn. 13; BGH, Urteil vom 19.07.2019 – V ZR 255/17, juris-Rn. 26; BGH, Urteil vom 06.07.2010 – VI ZR 198/09, juris-Rn. 14; BGH, Urteil vom 17.5.2000 – VIII ZR 216/99, juris-Rn. 25; Feskorn, in: Zöller, ZPO, § 559 Rn. 11; Ball, in: Musielak, ZPO, § 559 Rn. 21; Koch, in: Saenger, ZPO, § 559 Rn. 18; Saenger, in: Saenger, ZPO, § 286 Rn. 37; Nober, in: Anders/Gehle, ZPO, § 559 Rn. 19; Kessal-Wulf, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 546 Rn. 19.

2337 Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-I, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. I des Gesetzes vom 23.10.2024 (BGBl. I, Nr. 323).

2338 Foerste, in: Musielak, ZPO, § 284 Rn. 3; Heinze, RabelsZ 2016, S. 254, 264 f.

2339 BGH, Urteil vom 17.06.2004 – VII ZR 75/03, juris.

aa. Verwandte Begriffe

Im Zusammenhang mit dem Begriff der Normtatsache tauchen auch die Begriffe der „Normpräzisierungstatsache“²³⁴⁰ oder der „Rechtsfortbildungstatsache“²³⁴¹ auf. Diesbezüglich macht zunächst *Hugo Seiter* mit Hinweis auf die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung darauf aufmerksam, dass es Tatsachenbehauptungen gebe, welche nicht der Subsumtion unter den Tatbestand einer Rechtsnorm dienen, sondern Bestandteil der Gewinnung einer neuen Rechtsregel im Wege einer richterlichen Rechtsfortbildung seien. Auch *Seiter* verwendet den Begriff der legislative facts²³⁴², spricht aber auch von „rechtsfortbildungserheblichen Tatsachen“, „Rechtsfortbildungstatsachen“ und „Rechtsgewinnungstatsachen“²³⁴³.

bb. Feststellungsbefugnis des *BGH* für Normtatsachen

(1) Ansichten in der Rechtsprechung

In Bezug auf die eigständige Feststellungsbefugnis von Normtatsachen ist in der Rechtsprechung des *BGH* in Zivilsachen keine einheitliche Linie zu beobachten.²³⁴⁴ Einerseits wird die Verkehrsanschauung regelmäßig selbst festgestellt.²³⁴⁵ Dabei wird nicht immer nachgewiesen, woher das Gericht sein Wissen über die jeweilige Verkehrsanschauung bezieht.²³⁴⁶ Andererseits wird die Ermittlung solcher Tatsachen der Kompetenz des Tatsachengerichts zugesprochen, welches in der Regel Beweis erheben

2340 *Heinze*, *RabelsZ* 2016, S. 254, 263 ff. (auch von generellen Tatsachen sprechend).

2341 *Hergenröder*, *Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung*, S. 349 f. („Rechtsfortbildungstatsachen“ als generelle Tatsachen); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, § 112 Rn. 22; *Lames*, *Rechtsfortbildung als Prozeßzweck*, S. 56; *Heinze*, *RabelsZ* 2016, S. 254, 269 ff.

2342 Siehe: F. I.

2343 *Seiter*, *Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung*, in: *Grunsky et al.*, *FS Baur*, S. 573, 573 f.

2344 *Heinze*, *RabelsZ* 2016, S. 254, 265.

2345 *BGH*, Urteil vom 12.12.2001 – X ZR 192/00, juris-Rn. 23 ff.; *BGH*, Urteil vom 26.07.2004 – VIII ZR 281/03, juris-Rn. 15 und 20 f.; *BGH*, Urteil vom 15.07.2009 – VIII ZR 340/08, juri-Rn. 19; *BGH*, Urteil vom 15.07.2011 – V ZR 171/10, juris-Rn. 5-8.

2346 Z.B. *BGH*, Urteil vom 12.12.2001 – X ZR 192/00, juris-Rn. 26; näher dazu: *Oestmann*, *JZ* 2003, S. 285, 285 f.

soll.²³⁴⁷ So wird beispielsweise für die Feststellung von Handelsbräuchen grundsätzlich ein Gutachten der *Industrie- und Handelskammer (IHK)* einzuholen sein.²³⁴⁸ Hinsichtlich möglicher beim Tatsachengericht vorhandener eigener Sachkunde bei der Ermittlung einer Verkehrsauffassung oder eines Handelsbrauchs kann sich das Gericht, anstatt eine Beweiserhebung vorzunehmen, auf diese stützen, wenn die entscheidenden Richter z.B. dem jeweiligen Fachkreis angehören.²³⁴⁹ Ob das Tatsachengericht diese eigene Sachkunde vorweisen kann, die Beteiligten darüber informiert²³⁵⁰ (Art. 103 Abs. 1 GG²³⁵¹; § 139 Abs. 1-3 ZPO²³⁵²) und diese im Urteil dargelegt hat (§ 286 ZPO)²³⁵³, obliegt revisionsgerichtlicher Nachprüfung²³⁵⁴. Die Nichteinhaltung dieser Pflichten verletzt Verfahrensrecht und kann als Verfahrensfehler gerügt werden.

(2) Ansichten in der Literatur

In der Literatur ist die verbreitete Meinung zu finden, welche Normtatsachen auch durch das Revisionsgericht im Rahmen des Freibeweises²³⁵⁵ als

2347 Verkehrssitte: *BGH*, Beschluss vom 19.01.2012 – V ZR 141/11, juris-Rn. 9 f. m.w.N. und *BGH*, Urteil vom 17.06.2004 – VII ZR 75/03, juris-Rn. 11 und 20 ff.; Verkehrsanschauung: *BGH*, Versäumnisurteil vom 20.11.2008 – IX ZR 180/07, juris-Rn. 28; Verkehrsauffassung: *BGH*, Urteil vom 18.10.2001 – I ZR 193/99, juris-Rn. 27; Handelsbrauch: *BGH*, Urteil vom 27.11.1985 – IVa ZR 68/84, juris-Rn. 9 und *BGH*, Urteil vom 16.12.2008 – VI ZR 48/08, juris-Rn. 14 m.w.N.; *BGH*, Urteil vom 14.12.2005 – IV ZR 45/05, juris-Rn. 11.

2348 *Pabst*, in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 3, GVG § 114 Rn.1; *Wagner*, NJW 1969, S. 1282, 1283.

2349 *BGH*, Urteil vom 19.01.1995 – I ZR 197/92, juris-Rn. 56 f.; *BGH*, Urteil vom 02.10.2003 – I ZR 150/01, juris-Rn. 20; zur Besetzung der Zivilsenate bei den *Oberlandesgerichten*: § 122 Abs. 1 GVG; zu dieser Thematik im sozialgerichtlichen Verfahren: E. II. 2. a. aa. (5) (ii) und G. II. 3. f. bb.

2350 *BGH*, Urteil vom 15.12.1994 – I ZR 121/92, juris-Rn. 27.

2351 Siehe zum rechtlichen Gehör im Verfassungsrecht: B. II. 4. b.

2352 Siehe zum rechtlichen Gehör im sozialgerichtlichen Verfahren gemäß § 128 Abs. 2 SGG: E. II. 2. b. bb. (1) und E. II. 2. b. cc. (4) (v) β.

2353 Zur Begründungspflicht gemäß § 128 Abs. 1 S. 2 SGG im sozialgerichtlichen Verfahren: E. II. 2. b. bb. (2) und E. II. 2. b. cc. (4) (v) β.

2354 *BGH*, Urteil vom 02.10.2003 – I ZR 150/01, juris-Rn. 19 m.w.N.; *BGH*, Urteil vom 12.12.1990 – VIII ZR 332/89, juris-Rn. 24; *BGH*, Urteil vom 22.02.2011 – II ZR 146/09, juris-Rn. 25.

2355 Siehe dazu bereits in der Rechtsprechung der Strafgerichtsbarkeit: G. II. 4. b. cc. (1).

feststellbar ansieht.²³⁵⁶ Das schließe auch eine eigene Beweiserhebung mit ein, welche jedoch im Ermessen des Gerichts liege. *Horst Konzen* plädiert in diesem Fall für eine Pflicht für das Revisionsgericht, die entsprechende Beweiserhebung für Normtatsachen selbst durchzuführen und den Rechtsstreit nicht an das Tatsachengericht zurückzuverweisen.²³⁵⁷ Die Begründungen zur eigenständigen Ermittlungsbefugnis von Normtatsachen durch den *BGH* variieren. Im Grunde genommen haben sie aber gemeinsam, dass Normtatsachen mit den sogleich zu behandelnden Erfahrungssätzen²³⁵⁸ gleichzusetzen seien²³⁵⁹, bei welchen anerkannt sei, dass der *BGH* diese feststellen darf. Damit zusammenhängend vertritt *Peter Oestmann* die Ansicht, dass § 293 ZPO²³⁶⁰ hier analog anwendbar sei und Normtatsachen als Normen im Sinne von § 293 ZPO zu behandeln und vom Revisionsgericht selbständig zu ermitteln seien²³⁶¹.

b. Erfahrungssätze

In diesem Unterkapitel ist zunächst eine Begriffsbestimmung von Erfahrungssätzen vorzunehmen (aa.). Sodann ist auf die Feststellungsbefugnis des *BGH* in Zivilsachen für allgemeine und fachspezifische Erfahrungssätze einzugehen (bb.). Abschließend wird der Fokus in diesem Zusammenhang speziell auf medizinische Erfahrungssätze gelegt (cc.).

2356 *Oestmann*, JZ 2003, S. 285, 285 und 289 f.; *Konzen*, Normtatsachen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: *Schilken/Becker-Eberhard/Gerhardt*, FS Gaul, S. 335, 351 f. und 356; *Pohlmann*, Ökonomische Normtatsachen im Kartellzivilprozess – Am Beispiel der Kosten-Preis-Schere, in: *Bruns et al.*, FS Stürner, I. Teilband, S. 435, 448, 450 und 453 (dem zustimmend, aber die Feststellung von Normtatsachen im Freibeweisverfahren ablehnend); *Seiter*, Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung, in: *Grunsky et al.*, FS Baur, S. 573, 592 (Rechtsfortbildungstatsachen); *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozeßzweck, S. 72; unter Einschränkungen zustimmend: *Foerste*, in: *Musielak*, ZPO, § 284 Rn. 3; a.A.: *Feskorn*, in: *Zöller*, ZPO, § 546 Rn. 20 und *Kessal-Wulf*, in: *Vorwerk/Wolf*, BeckOK ZPO, § 546 Rn. 8.

2357 *Konzen*, Normtatsachen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: *Schilken/Becker-Eberhard/Gerhardt*, FS Gaul, S. 335, 356.

2358 G. III. 2. b.

2359 *Heinze*, RabelsZ 2016, S. 254, 266 f.

2360 Siehe zu dieser Norm und der Kritik daran bereits: G. II. 3. e. cc. (2).

2361 *Oestmann*, JZ 2003, S. 285, 289 f.

aa. Begriffsbestimmung

Erfahrungssätze beruhen auf allgemeiner Lebenserfahrung oder fachlichem Erfahrungswissen aus Wissenschaft, Kunst, Handwerk, Gewerbe, Handel und Verkehr sowie sonstigem fachspezifischen Wissen²³⁶². Im Zivilrecht wird vom Bestehen verschiedener Arten von Erfahrungssätzen ausgegangen. Zum einen existieren zwingende Erfahrungssätze, welche ausnahmslos gelten²³⁶³. Daneben bestehen Erfahrungsgrundsätze bzw. allgemeine Erfahrungssätze, welche mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zutreffen und den neuesten Stand der Erfahrung abbilden²³⁶⁴. Diese sind zur Führung eines Anscheinsbeweises geeignet. Auf unterster Stufe befinden sich einfache Erfahrungssätze, welche lediglich eine geringere Wahrscheinlichkeit belegen.²³⁶⁵ Erfahrungssätze sind mit den bereits behandelten Normtatsachen²³⁶⁶ eng verknüpft.²³⁶⁷ So kann gesagt werden, dass Erfahrungssätzen Normtatsachen, welche ggf. noch zu erheben sind, zugrunde liegen. Der Erfahrungssatz ist dann in der Schlussfolgerung aus der Normtatsache zu sehen.²³⁶⁸ Um dies zu verdeutlichen, kann folgendes Beispiel herangezogen werden: ein Erfahrungssatz ist demnach in der Aussage zu sehen, dass auszuschließen sei, dass ein Käufer ein Fahrzeug erwerbe, dem eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung drohe und bei dem im Zeitpunkt des Erwerbs in keiner Weise absehbar sei, ob dieses Problem behoben werden könne. Ein solcher Erfahrungssatz kann z.B. aus rechtswissenschaftlicher

2362 *McCorkle*, Allgemeinkundigkeit, S. 27 und 31 f.; *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozeßzweck, S. 53; *Heinze*, *RabelsZ* 2016, S. 254, 267; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, § 112 Rn. 10; *Anders*, in: *Anders/Gehle*, ZPO, Vor § 284 Rn. 36.

2363 *Prütting*, in: *Krüger/Rauscher*, *MünchKomm ZPO*, Band 1, ZPO § 286 Rn. 59; *Greger*, in: *Zöller*, ZPO, § 286 Rn. 13e.

2364 *Prütting*, in: *Krüger/Rauscher*, *MünchKomm ZPO*, Band 1, ZPO § 286 Rn. 60 f.; *Walter*, *ZZP* 1977, S. 270, 279 ff.

2365 *Foerste*, Zum Umgang des Revisionsgerichts mit Erfahrungssätzen, in: *Meller-Hannich et al.*, *FS Schilken*, S. 261, 261 f.; *Foerste*, in: *Musielak*, ZPO, § 284 Rn. 4; *Prütting*, in: *Krüger/Rauscher*, *MünchKomm ZPO*, Band 1, ZPO § 286 Rn. 59 ff.

2366 G. III. 2. a.

2367 *Heinze*, *RabelsZ* 2016, S. 254, 267; *Foerste*, in: *Musielak*, ZPO, § 284 Rn. 4.

2368 *Konzen*, Normtatsachen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: *Schilken/Becker-Eberhard/Gerhardt*, *FS Gaul*, S. 335, 342 f.; siehe zur Wissensgrundlage genereller Tatsachen im Sozialrecht: F. I. und F. II. sowie G. II. 5. c. bb.

Literatur²³⁶⁹ (Normtatsache) gezogen werden und für die Prüfung von Schadensersatzansprüchen gemäß § 826 BGB festgestellt werden.²³⁷⁰

bb. Feststellungsbefugnis des *BGH* für allgemeine und fachspezifische Erfahrungssätze

Im Folgenden ist aufzuarbeiten, ob die Revisionsinstanz im zivilgerichtlichen Verfahren Erfahrungssätze feststellt und feststellen darf. Hierzu sind wieder Ansichten in Rechtsprechung ((1)) und Literatur ((2)) gegenüberzustellen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob neben Erfahrungssätzen aus der allgemeinen Lebenserfahrung auch solche Erfahrungssätze durch den *BGH* festgestellt werden dürfen, welche fachspezifisches Wissen z.B. aus Handwerk, Gewerbe und Wissenschaft erfordern.

(1) Ansichten in der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung des *BGH* in Zivilsachen ist seit einem Grundsatzurteil aus dem Jahr 1993 anerkannt, dass die Feststellung, ob ein allgemeiner Erfahrungssatz existiert und welchen Inhalt dieser besitzt, der Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterfalle, weil er die Natur von Normen²³⁷¹ habe.²³⁷² Darüber hinaus sind Tendenzen aus neuerer Rechtsprechung dahingehend zu erkennen, dass das Revisionsgericht sich auch als dazu befugt ansieht, Erfahrungssätze festzustellen, welche auf besonderer Sach- und Fachkunde beruhen. Begründet wird diese Feststellungsbefugnis allgemein mit der (einschränkten) Befugnis der Revision zur Überprüfung der Beweiswürdigung der Tatsacheninstanz²³⁷³. Diese neuere Rechtsprechung ordnet Erfahrungssätze zwar nicht mehr explizit als Normen ein, verweist jedoch dennoch auf das genannte grundlegende Urteil aus 1993.²³⁷⁴

2369 Heese, JZ 2020, S. 178, 181 f.

2370 *BGH*, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris-Rn. 49 ff. m.w.N.

2371 Siehe zu der Ablehnung dieser Aussage bereits oben: F. IV. 1. c. bb.

2372 Grundlegend: *BGH*, Urteil vom 15.01.1993 – V ZR 202/91, juris-Rn. 6 m.w.N.; daran anschließend z.B.: *BGH*, Urteil vom 07.11.2022 – VIa ZR 325/21, juris-Rn. 20 m.w.N.

2373 G. III. 1. c.

2374 Z.B.: *BGH*, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris-Rn. 49 ff.; *BGH*, Urteil vom 11.12.2018 – KZR 26/17, juris-Rn. 49 f.; *BGH*, Urteil vom 21.01. 2000 – V ZR 327/98, juris-Rn. 9 f.

(2) Ansichten in der Literatur

Wie in der Rechtsprechung, herrscht auch in der Literatur überwiegend Einigkeit darüber, dass das Revisionsgericht die Feststellungen zur Existenz und zum Inhalt eines (allgemeinen) Erfahrungssatzes nachprüfen könne.²³⁷⁵ Auch die richtige oder falsche Anwendung von Erfahrungssätzen durch das Tatsachengericht unterfalle der revisionsgerichtlichen Nachprüfung, weil mit der falschen Anwendung zugleich eine Verletzung der Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO²³⁷⁶ zu bejahen sei.²³⁷⁷ Das zieht notwendigerweise eine eigene Ermittlungsbefugnis durch den BGH nach sich, welche ebenso in der Literatur vertreten wird.²³⁷⁸ Kritische Stimmen gehen in die Richtung, dass das Revisionsgericht unter dem Vorwand der Befugnis zur, eigentlich eingeschränkten, Überprüfung der tatrichterlichen Beweiswürdigung über das zulässige Maß hinaus und entgegen § 559 Abs. 2 ZPO²³⁷⁹ in die freie Beweiswürdigung eingreife.²³⁸⁰

cc. Feststellungsbefugnis des BGH für medizinische Erfahrungssätze

Medizinisch-fachspezifische Erfahrungssätze, welche auf medizinisches Fachwissen zurückzuführen sind, werden von der zivilgerichtlichen Rechtsprechung benötigt, um z.B. den medizinischen Standard festzustellen.²³⁸¹ Der medizinische Standard gibt im Zivilrecht vor, welches Verhalten der

2375 Ball, in: Musielak, ZPO, § 559 Rn. 23; Ball, in: Musielak, ZPO, § 546 Rn. 11; Feskorn, in: Zöller, ZPO, § 546 Rn. 16; Krüger, in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 2, ZPO § 559 Rn. 10; Koch, in: Saenger, ZPO, § 559 Rn. 20; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 112 Rn. 11; Scherzberg, ZZP 2004, S. 163, 183 f.; Seiler, in: Thomas/Putzo, ZPO, § 284 Vorb. Rn. 15; Konzen, Normtatschen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: Schilken/Becker-Eberhard/Gerhardt, FS Gaul, S. 335, 351 f.; kritisch dazu: Foerste, Zum Umgang des Revisionsgerichts mit Erfahrungssätzen, in: Meller-Hannich et al., FS Schilken, S. 261, 270 f.

2376 G. III. 1. c.

2377 Heinze, RabelsZ 2016, S. 254, 267 f.; Krüger, in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 2, ZPO § 559 Rn. 15; Feskorn, in: Zöller, ZPO, § 546 Rn. 16.

2378 Lames, Rechtsfortbildung als Prozeßzweck, S. 71 f.; Konzen, Normtatschen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: Schilken/Becker-Eberhard/Gerhardt, FS Gaul, S. 335, 352.

2379 G. III. 1. b.

2380 Saenger, in: Saenger, ZPO, § 286 Rn. 37, Foerste, in: Musielak, ZPO, § 286 Rn. 68 und Greger, in: Zöller, ZPO, § 286 Rn. 23.

2381 McCorkle, Allgemeinkundigkeit, S. 31.

Arzt aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs im Rahmen einer medizinischen Behandlung schuldet.²³⁸² Konkret ist unter diesem Begriff dasjenige Verhalten zu fassen, welches „[...] von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt in der konkreten Behandlungssituation aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs im Zeitpunkt der Behandlung erwartet werden kann.“ Der Standard „[...] repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat.“²³⁸³ Insbesondere in Verfahren zur ärztlichen Behandlungsfehlerhaftung ist der medizinische Standard von Bedeutung, um Schadensersatzpflichten gemäß § 823 Abs. 1 und/oder § 280 Abs. 1 BGB zu prüfen.²³⁸⁴ In der Rechtsprechung werden Fragen hinsichtlich des medizinischen Standards als Tatsachenfragen eingeordnet, welche das Tatsachengericht in der Regel unter Rückgriff auf die Expertise von Sachverständigen zu beantworten habe.²³⁸⁵ Wenn das Tatsachengericht eine medizinische Frage ohne die Einholung eines Sachverständigengutachtens allein beispielsweise anhand von Fachliteratur beurteilen will, gelten die bereits oben angesprochenen Grundsätze bei der Ermittlung von Normtatsachen²³⁸⁶. So hat das Gericht die eigene Sachkunde nachzuweisen²³⁸⁷, diese den Beteiligten bekanntzugeben²³⁸⁸ und nach Ansicht des Verfassers auch im Urteil darzulegen. Diese Pflichten können auf das in Art. 103 Abs. 1 GG verankerte rechtliche Gehör²³⁸⁹, einfachgesetzlich insbesondere normiert in § 139 Abs. 1-3 ZPO, und auf die in § 286 Abs. 1 S. 2 i.V.m. 313 Abs. 1 Nr. 6 und Abs. 3 ZPO normierte Begründungspflicht zurückgeführt

2382 Jansen, Der Medizinische Standard, S. 37.

2383 Z.B.: BGH, Beschluss vom 22.12.2015 – VI ZR 67/15, juris-Rn. 8 m.w.N.

2384 Jansen, Der Medizinische Standard, S. 37 und 40 ff., mit umfassenden Nachweisen.

2385 BGH, Urteil vom 24.02.2015 – VI ZR 106/13, juris-Rn. 10 m.w.N.; McCorkle, Allgemeinkundigkeit, S. 31; Heinze, RabelsZ 2016, S. 254, 265 f.; in Bezug auf die Einordnung, dass medizinische Erfahrungssätze nicht durch den BGH nachprüfbar seien: BGH, Beschluss vom 08.10.1970 – IX ZB 372/68, juris-Orientierungssatz; in Bezug auf die Einordnung, dass die Beurteilung, welche Beweiskraft Erfahrungssätzen der Naturwissenschaft zukomme, eine Aufgabe der Tatsacheninstanz sei: BGH, Urteil vom 14.02.1973 – IV ZR 15/72, juris-Rn. 13.

2386 G. III. 2. a. bb. (1).

2387 BGH, Urteil vom 10.05.1994 – VI ZR 192/93, juris-Rn. 21 ff.; BGH, Urteil vom 17.10.2001 – IV ZR 205/00, juris-Rn. 10 f.; McCorkle, Allgemeinkundigkeit, S. 32 m.w.N.; Greger, in: Zöller, ZPO, § 286 Rn. 13d.

2388 BGH, Beschluss vom 13.01.2015 – VI ZR 204/14, juris-Rn. 5.

2389 BGH, Urteil vom 22.03.1967 – IV ZR 10/66, juris-Rn. 24 ff.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 112 Rn. 12 und § 114 Rn. 6 m.w.N.

werden. Die Einhaltung dieser rechtlichen Vorgaben ist durch das Revisionsgericht nachprüfbar.²³⁹⁰

3. Auswertung

a. Rechtliche Grundlagen zur Beweiswürdigung und zur Bindung der Revisionsinstanz an die Tatsachenfeststellungen

Die Regelung des § 286 Abs.1 S.1 ZPO zur Beweiswürdigung im zivilgerichtlichen Verfahren²³⁹¹ ist im Vergleich zu § 128 Abs.1 S.1 SGG²³⁹² in seinem Wortlaut eindeutiger. Das bringt die Formulierung zum Ausdruck, dass das Gericht nach seiner freien Überzeugung zu entscheiden hat, „ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei“.²³⁹³ Weiterhin existiert im zivilgerichtlichen Verfahrensrecht, wie auch im SGG²³⁹⁴, mit § 559 Abs.2 ZPO eine Rechtsvorschrift, welche dem Revisionsgericht vorschreibt, dass dieses an die Beweiswürdigung und Tatsachenfeststellungen der Vorinstanzen gebunden ist.²³⁹⁵ Die Beweiswürdigung des Tatsachengerichts hat jedoch Grenzen und kann demnach von der Revisionsinstanz eingeschränkt überprüft werden.²³⁹⁶

2390 Ball, in: Musielak, ZPO, § 546 Rn. 10; dazu in Bezug auf Erfahrungssätze aus Wissenschaft, Handwerk oder Gewerbe: Foerste, Zum Umgang des Revisionsgerichts mit Erfahrungssätzen, in: Meller-Hannich et al., FS Schilken, S. 261, 270.

2391 G. III. 1. a.

2392 Siehe: E. II. 2. b. aa. (1).

2393 BSG, Urteil vom 02.10.2008 – B 9 VG 2/07 R, juris-Rn. 18; Hübschmann, in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 128 Rn. 16.

2394 Siehe: E. III. 6.

2395 G. III. 1. b.

2396 G. III. 1. c.; siehe dazu im sozialgerichtlichen Verfahren: E. II. 2. b. cc.

b. Feststellung von Normtatsachen und Erfahrungssätzen in der Rechtsprechung der Zivilgerichtsbarkeit

aa. Revisionsinstanz

(1) Normtatsachen

In Bezug auf die Feststellung von Normtatsachen durch den *BGH* in Zivilsachen ist ein uneinheitliches Vorgehen des Gerichts zu verzeichnen.²³⁹⁷ Eine solche Verfahrensweise konnte auch bereits anhand der Rechtsprechung einzelner Senate des *BSG* gezeigt werden.²³⁹⁸ Wenn die Feststellungsbefugnis für Normtatsachen durch den *BGH* bejaht wird²³⁹⁹, könnte im Rahmen weiterer Forschung untersucht werden, ob das formelle Beweisrecht der ZPO auch in der Revisionsinstanz bei der Ermittlung von Normtatsachen Anwendung findet²⁴⁰⁰. Zumindest besteht mit § 555 ZPO eine zu § 165 SGG²⁴⁰¹ vergleichbare Regelung. In diesem Zusammenhang wäre zu prüfen, ob in den Fällen, in welchen Normtatsachen durch die Revisionsinstanz ermittelt werden, auf die jeweilige erhobene oder zu erhebende Normtatsache als Erkenntnisgrundlage im Prozess hingewiesen wird und ob diese im Urteil offenbart wird. Damit zeigt sich dann auch eine verfassungsrechtliche Relevanz: So ist einerseits der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG bzw. gemäß § 139 Abs. 1-3 ZPO angesprochen. Dieser kann verletzt sein, wenn das Normtatsachen feststellende Revisionsgericht diese Tatsachen nicht in den Prozess einführt, damit Prozessparteien überrascht und Stellungnahmen dazu ausschließt²⁴⁰². Zum anderen stellen sich Fragen nach rechtsstaatlichen Begründungspflichten (Art. 20 Abs. 3 GG)²⁴⁰³ für die ermittelte Normtatsache, welche sich aus § 286 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 313 Abs. 1 Nr. 6 und Abs. 3 ZPO ergeben²⁴⁰⁴. Zu prüfen wäre dann, wie Rechtsschutz²⁴⁰⁵ gegen solche Verfehlungen der Revisionsinstanz erlangt werden kann. Zu denken wäre an eine Verfassungs-

2397 G. III. 2. a. bb. (1).

2398 G. II. 5. c. aa.

2399 G. III. 2. a. bb.

2400 In diese Richtung deutend: *Foerste*, Zum Umgang des Revisionsgerichts mit Erfahrungssätzen, in: Meller-Hannich et al., FS Schilken, S. 261, 273.

2401 Siehe in Bezug auf das sozialgerichtliche Revisionsverfahren: F. VII.

2402 Siehe in Bezug auf das *BSG*: F. VII. 2. a.

2403 C. II. 2. b. bb. und E. II. 2. b. bb. (2).

2404 Siehe in Bezug auf das *BSG*: F. VII. 2. b.

2405 B. II. 4. a.

beschwerde gemäß Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG, mit welcher die Rüge der Verletzung von Verfahrensgrundrechten verfolgt wird²⁴⁰⁶. In Bezug auf eine Verfassungsbeschwerde, welche die Verletzung des rechtlichen Gehörs rügt, ist zur Ausschöpfung des Rechtswegs (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG) eine vorher erforderliche Anhörungsrüge gemäß § 321a ZPO zu prüfen²⁴⁰⁷.

(2) Erfahrungssätze

Das Vorhandensein unterschiedlicher Arten von Erfahrungssätzen konnte bereits in der Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit²⁴⁰⁸ und in der Rechtsprechung der Straßengerichtsbarkeit²⁴⁰⁹ verzeichnet werden. Im Hinblick auf die Feststellung von Erfahrungssätzen durch den BGH in Zivilsachen²⁴¹⁰ ist Folgendes festzuhalten: Unklar ist, welche Arten von Erfahrungssätzen der BGH feststellen darf und ob die Feststellungsbefugnis in Einzelfällen zu weit reicht²⁴¹¹. In diesem Zusammenhang ist ferner nicht eindeutig, was genau unter Erfahrungssätzen zu verstehen ist, wenn Teile der Rechtsprechung²⁴¹² und Literatur²⁴¹³ im Rahmen der Feststellungsbefugnis des Revisionsgerichts allgemein von Erfahrungssätzen sprechen. So ist zu fragen, ob darunter auch diejenigen zu fassen sind, welche auf besonderem, inklusive medizinischem²⁴¹⁴, Erfahrungswissen beruhen. Im Übrigen gelten im Hinblick auf verfahrens- und verfassungsrechtliche Gesichtspunkte die oben getroffenen Aussagen zu Normtatsachen²⁴¹⁵ auch für Erfahrungssätze²⁴¹⁶.

2406 Konzen, Normtatschen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: Schilken/Becker-Eberhard/Gerhardt, FS Gaul, S. 335, 350 f.; Seiter, Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung, in: Grunsky et al., FS Baur, S. 573, 589.

2407 Remmert, in: Maunz/Dürig, GG, Band VI, 09/2016, Art. 103 Abs. 1 IV. Rn. 117 ff.

2408 G. II. 5. c. bb.

2409 G. II. 5. d.

2410 G. III. 2. b. bb.

2411 G. III. 2. b. bb. (2).

2412 G. III. 2. b. bb. (1).

2413 G. III. 2. b. bb. (2).

2414 G. III. 2. b. cc.

2415 G. III. 3. b. aa. (1).

2416 Konzen, Normtatschen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: Schilken/Becker-Eberhard/Gerhardt, FS Gaul, S. 335, 350 f.

bb. Tatsacheninstanz

In der Zivilgerichtsbarkeit ist, neben der Untersuchung der Feststellungsbefugnis des *BGH* für Normtatsachen und Erfahrungssätze, die Ermittlung dieser Tatsachen von Amts wegen und die Befugnis dazu auch in den Instanzgerichten interessant.²⁴¹⁷ Denn im zivilgerichtlichen Verfahren findet im Vergleich zum sozialgerichtlichen Verfahren, in welchem der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 103 SGG)²⁴¹⁸ gilt, grundsätzlich der sogenannte Beibringungs- bzw. Verhandlungsgrundsatz Anwendung. Dieser besagt, dass die Prozessparteien die für ihr jeweiliges Begehren notwendigen Tatsachen selbst in den Prozess einbringen und Beweise beantragen müssen.²⁴¹⁹ Daraus folgt die Frage, ob der Verhandlungsgrundsatz auch bei der Ermittlung von Normtatsachen und Erfahrungssätzen durch die Instanzgerichte Anwendung findet oder ob die Ermittlung dieser Tatsachen durch die Tatsachengerichte von Amts wegen zulässig ist.²⁴²⁰

IV. Zusammenfassung

In den in diesem Kapitel einbezogenen Verfahrensordnungen zum gerichtlichen Verfahren einzelner Gerichtszweige des öffentlichen Rechts²⁴²¹ und des Zivilrechts²⁴²², mit Ausnahme des BVerfGG²⁴²³, existieren Normen, welche die Bindung der Revisionsinstanz an die Tatsachenfeststellungen der Instanzgerichte festschreiben. Gleichwohl spielen generelle Tatsachen oder ähnliche Tatsachenarten in allen in die Analyse einbezogenen Rechtsgebieten eine Rolle, indem sie vom jeweiligen Revisionsgericht oder vom *BVerfG* zum Teil auch mit eigenständiger Beweiserhebung festgestellt und in die Rechtsanwendung einbezogen werden. Dabei ist festzuhalten, dass

2417 Siehe zu den vom Tatsachengericht zu beachtenden Grundsätzen des Verfahrens- und Verfassungsrechts bei der Feststellung von Normtatsachen und Erfahrungssätzen aufgrund eigener Sachkunde: G. III. 2. a. bb. (1) und G. III. 2. b. cc.

2418 Siehe oben: E. I. 1.

2419 Anders, in: Anders/Gehle, ZPO, Vor § 128 Rn. 21 bis 25.

2420 Ausführungen dazu sind bei *Konzen*, Normtatsachen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: Schilken/Becker-Eberhard/Gerhardt, FS Gaul, S. 335, 350 zu finden.

2421 G. II.

2422 G. III.

2423 G. II. 1.

anhand der Rechtsprechung der sozialgerichtlichen²⁴²⁴ und der zivilgerichtlichen Revisionsinstanz²⁴²⁵ Tendenzen zu erkennen sind, dass diese Feststellungstätigkeit nicht durchgehend einheitlich erfolgt. Hinsichtlich der Untersuchung der Feststellung genereller Tatsachen durch die Revisionsinstanzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit²⁴²⁶, der Strafsgerichtsbarkeit²⁴²⁷ und der Zivilgerichtsbarkeit²⁴²⁸ konnte weiterer Forschungsbedarf identifiziert werden. In der Zivilgerichtsbarkeit kann zudem die Erforschung der Ermittlung von Normtatsachen und Erfahrungssätzen durch die Instanzgerichte interessante Ergebnisse liefern²⁴²⁹. Anknüpfend insbesondere an die Ergebnisse der exemplarischen Auswertung der Rechtsprechung einzelner Senate des BSG werden im nächsten Kapitel generelle Tatsachenfeststellungen des BSG im Rahmen seiner Rechtsprechung zum Off-Label-Use von Arzneimitteln tiefergehend analysiert (H.).

2424 G. II. 5. c. aa.

2425 G. III. 3. b. aa. (1).

2426 G. II. 5. b. aa.

2427 G. II. 5. d.

2428 G. III. 3. b.

2429 G. III. 3. b. bb.