L 6 SB 3978/14

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Entschädigungs-/Schwerbehindertenrecht
Abteilung
6
1. Instanz
SG Freiburg (BWB)
Aktenzeichen
S 10 SB 4366/12
Datum
18.08.2014
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 6 SB 3978/14
Datum
17.12.2015
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Leitsätze
Die Rechtmäßigkeit eines Bescheides, der den GdB herabsetzt oder ein zuerkanntes Merkzeichen nicht mehr feststellt, und selbst kein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung ist, sondern in seiner Wirkung auf die Veränderung der Rechtslage zu einem bestimmten Zeitpunkt beschränkt ist, bestimmt sich nach der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung, in der Regel also (§ 95 SGG) bei Erlass des Widerspruchsbescheides. Anders gäben behauptete oder während des Gerichtsverfahrens tatsächlich eingetretene Änderungen in den gesundheitlichen Verhältnissen des Behinderten zu immer neuen Ermittlungen Anlass und verzögerten den Abschluss.
Die Berufung des Klägers gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Freiburg vom 18. August 2014 wird zurückgewiesen.

Ziffer 1 des Tenor des Gerichtsbescheids wird wie folgt neu gefasst: "Der Bescheid des Beklagten vom 11. Januar 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 1. August 2012 wird insoweit aufgehoben, als darin ein Grad der Behinderung von weniger als 90 festgestellt worden ist. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen".

Außergerichtliche Kosten des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Der Kläger wendet sich noch - nach einer Teilrücknahme der Berufung - gegen die Entziehung des Nachteilsausgleichs (Merkzeichens) "G" (erhebliche Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit im Straßenverkehr).

Mit Bescheid vom 29. Mai 2007 (Bl. 14 f. Verw.-Akte) hatte der Beklagte dem 1958 geborenen Kläger, der bis zu seiner vorzeitigen Berentung als Jurist Personalleiter war, einen Grad der Behinderung (GdB) von 100 zuerkannt und das Merkzeichen "G" festgestellt. Ausweislich der damals eingeholten versorgungsärztlichen Stellungnahme waren eine dialysepflichtige Nierenerkrankung und Anämie (Teil-GdB 100), eine Colitis ulcerosa (10) und eine koronare Herzkrankheit (10) anerkannt worden, die Zuerkennung des Merkzeichens "G" beruhte auf der Anämie.

In einem Überprüfungsverfahren von Amts wegen im Jahre 2010 holte der Beklagte ärztliche Berichte ein. Der Facharzt für Nieren- und Hochdruckerkrankungen Dr. W. teilte mit, nach einer Nierentransplantation im September 2008 und Immunsupression bestehe eine Vollremission der Erkrankung. Gleichwohl sei die körperliche Belastbarkeit eingeschränkt. Der Kläger benötige mehrere Medikamente zur Senkung des Blutdrucks. Dieser sei aktuell mit 109/67 mmHg gemessen worden. Eine erneute Anämie bahne sich an. Nach einer Anhörung, auf die der Kläger nicht reagierte, hob der Beklagte mit dem hier angefochtenen Bescheid vom 11. Januar den Feststellungsbescheid vom 29. Mai 2007 auf, erkannte einen GdB von - nur noch - 70 zu und stellte fest, dass die Voraussetzungen des Merkzeichens "G" nicht mehr vorlägen. Dieser Entscheidung lag die versorgungsärztliche Stellungnahme der Ärztin K. zu Grunde, wonach - unter anderem - eine "Transplantierte Niere (nach Heilungsbewährung)" nur noch einen GdB von 60 bedinge und eine Anämie nicht mehr bestehe.

Im Vorverfahren trug der Kläger unter anderem vor, er leide auch an einer Depression, einer Lungenerkrankung und - im späteren Verlauf - an einer "Mutation". Nach Einholung von Befundberichten der Fachärztin für Psychiatrie Dr. F. und von Dr. W. wurden auf Vorschlag des versorgungsärztlichen Dienstes zusätzlich Teil-GdB-Werte für die depressive Erkrankung und eine "Faktor-V-Mutation" anerkannt, jedoch weiterhin der Gesamt-GdB bei 70 gesehen und die Voraussetzungen des Merkzeichens "G" verneint. Sodann wies der Beklagte den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 1. August 2012 mit der Begründung zurück, durch die Heilungsbewährung nach Nierentransplantation sei eine erhebliche Besserung im Gesundheitszustand eingetreten.

Der Kläger hat hiergegen am 31. August 2012 Klage beim Sozialgericht Freiburg (SG) erhoben. Er hat vorgetragen, die anerkannten Behinderungen bedingten höhere GdB-Werte. Außerdem leide er an der Colitis ulcerosa, die ihn erheblich belaste und auch seine Bewegungsfähigkeit einschränke. Er hat in erster Instanz beantragt, ihm weiterhin einen Gesamt-GdB von 100, mindestens jedoch von 80, zuzuerkennen und das Merkzeichen "G" weiterhin festzustellen.

Das SG hat zunächst die behandelnden Ärzte des Klägers schriftlich als sachverständige Zeugen vernommen. Dr. W. und Dr. F. haben die aktenkundigen Befunde bestätigt. Der Internist und Gastroenterologe Prof. Dr. R. hat mitgeteilt, es bestehe mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Colitis ulcerosa, die bei den letzten Vorstellungen des Klägers im Mai 2011 als mittelgradig eingestuft worden sei und damals einen GdB von 30 bis 40 bedingt habe.

Sodann hat das SG von Amts wegen das internistische Gutachten von Prof. Dr. W. vom 27. Januar 2014 eingeholt. Der Sachverständige hat bekundet, die allogene Nierentransplantation nach membranöser Glomerulonephritis (chronische Entzündung der Nierenkörperchen) habe Erfolg gehabt, es bestehe eine gute Transplantatfunktion, die Nierenfunktion sei nur moderat eingeschränkt. Der Kläger werde mit - nur - zwei Immunsupressiva behandelt, auch diese Behandlung habe jedoch Nebenwirkungen. Die arterielle Hypertonie des Klägers erfordere aktuell drei blutdrucksenkende Substanzen, darunter jedoch sei der Blutdruck gut eingestellt und an möglichen Endorganschäden sei - nur - auf die Hypertrophie der linken Herzkammer hinzuweisen. Die Hypercholesterinämie des Klägers habe unmittelbar keinen nennenswerten Einfluss auf den körperlichen Zustand, bestimme jedoch die langfristige Prognose der Herzkrankheit. Diese selbst werde mit ASS behandelt und schränke die Leistungsfähigkeit des Klägers, der regelmäßig auf dem Hometrainer trainiere und nicht über Brustschmerzen oder Luftnot klage, nicht ein. Die Colitis ulcerosa verlaufe chronisch-rezidivierend. Trotz einer Dauertherapie mit Mesalazin komme es zwei bis drei Mal im Jahr zu akuten Schüben. In solchen Zeiten sei eine Teilhabe am normalen Leben kaum noch möglich, da die Durchfälle nicht kontrollierbar seien. Es müsse dann mit einer erhöhten Dosis Kortison behandelt werden. Die Faktor-V-Erkrankung, so Prof. Dr. W. weiterhin, erhöhe das Risiko von Blutgerinnseln; bei dem Kläger habe es insoweit bislang zwei Ereignisse gegeben. Die weiteren Auffälligkeiten - knotige Veränderungen in der Schilddrüse und gutartige Vergrößerung der Prostata - führten nicht zu Funktionsbeeinträchtigungen. Eine Einschätzung der vom Kläger angegebenen außergewöhnlich ausgeprägten psychoaktiven Störung sei nicht möglich. Auf internistischem Gebiet seien, so das Gutachten, Teil-GdB-Werte von 60 für den Z.n. allogener Nierentransplantation, 30 für die Colitis ulcerosa und je 10 für die Herzerkrankung, die Hypertonie und die Faktor-V-Mutation anzuerkennen. Die Voraussetzungen für das Merkzeichen "G", so Prof. Dr. W. abschließend, lägen nicht vor. Der Kläger versorge sich selbst, gehe einkaufen, führe seinen Haushalt und nutze regelmäßig den Hometrainer, wobei aktuell Belastungen bis zu 90 bis 110 Watt über 20 Minuten möglich seien. Ferner habe er angegeben, er gehe ein- bis zweimal im Jahr wandern und fahre regelmäßig mit der Bahn nach Köln. Nur während eines akuten Schubs der Colitis sei die Bewegungsfähigkeit im Straßenverkehr eingeschränkt.

Gestützt auf dieses Gutachten hat der Beklagte angeboten, weiterhin einen GdB von 80 anzuerkennen. Ein Vergleich ist jedoch nicht zu Stande gekommen. Der Kläger hat daran festgehalten, dass das Merkzeichen "G" weiterhin zuerkannt werden müsse, weil während eines Schubs der Darm¬erkrankung selbst kurzes Gehen nicht möglich sei. Daraufhin hat der Beklagte ein Teil-Anerkenntnis über - nur - einen Gesamt-GdB von 80 erteilt.

Der Kläger hat dann noch - erstmals mit Schriftsatz vom 30. Juni 2014 - mitgeteilt, er leide auch an Beeinträchtigungen in der Muskulatur des linken Unterschenkels, die er bislang auf mangelndes Training zurückgeführt habe, nunmehr habe jedoch eine ärztliche Untersuchung eine Peronäusparese ergeben.

Mit angekündigtem Gerichtsbescheid vom 18. August 2014 hat das SG den Bescheid vom 11 Januar 2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 1. August 2012 abgeändert und den Beklagten verurteilt, über das Teil-Anerkenntnis hinaus einen Gesamt-GdB von 90 festzustellen; im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Hinsichtlich des Gesamt-GdB ist das SG von den Teil-GdB-Werte ausgegangen, die Prof. Dr. W. vorgeschlagen hatte, hat jedoch ausgeführt, angesichts des multimorbiden Krankheitsbildes sei der vom Beklagten gebildete Gesamt-GdB von 80 zu niedrig. Auch weil sich die Erkrankungen des Klägers gegenseitig negativ beeinflussten, sei ein Gesamt-GdB von 90 angemessen. Auf das begehrte Merkzeichen "G", so das SG weiterhin, habe der Kläger keinen Anspruch. Bei internistischen Leiden komme es entscheidend auf die Einschränkung des Gehvermögens an. Eine solche liege z.B. bei chronischer Niereninsuffizienz mit ausgeprägter Anämie in Frage, weswegen der Beklagte im Jahre 2007 das Merkzeichen zuerkannt habe. Nach der Nierentransplantation und dem Ablauf der Heilungsbewährung werde eine ausgeprägte Anämie nicht mehr beschrieben. Auch die Colitis ulcerosa schränke das Gehvermögen nicht derart ein, dass der Kläger eine Strecke von zwei Kilometern nicht mehr innerhalb von 30 Minuten zurücklegen könne. Notwendig sei eine dauerhafte Einschränkung. Die Krankheitsschübe des Klägers seien nicht in ausreichendem Maße häufig und langwierig.

Gegen diesen Gerichtsbescheid, der seiner Prozessbevollmächtigten am 20. August 2014 zugestellt worden ist, hat der Kläger am 19. September 2014 Berufung zum Landessozialgericht Baden-Württem¬berg eingelegt. Er hat zunächst seinen erstinstanzlichen Antrag weiterverfolgt, sich jedoch in dem Erörterungstermin am 17. Juni 2015 nach Hinweis des damaligen Berichterstatters, der Gesamt-GdB sei grenzwertig hoch, auf die weitere Feststellung des Merkzeichens "G" beschränkt. Der Kläger verweist vor allem auf eine Sehnenverkürzung und eine Muskelverschmächtigung am linken Fuß, mit dem er nicht abrollen könne. Ferner dauerten die Schübe der Darmerkrankung lange an, zuletzt drei bis vier Monate, und führten zu einer anschließenden Kraftlosigkeit.

Der Kläger beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Freiburg vom 18. August 2014 abzuändern und den Bescheid des Beklagten vom 11. Januar 2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 1. August 2012 insoweit aufzuheben, soweit die gesundheitlichen Voraussetzungen des Nachteilsausgleichs "G" nicht mehr festgestellt worden sind.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt den angegriffenen Gerichtsbescheid und seine Entscheidungen. Er verweist darauf, dass das Verfahren die Herabsetzung des

GdB und den Entzug des Merkzeichens "G" ab dem 15. Januar 2011 betreffe und daher aktuelle oder künftige Untersuchungsergebnisse nichts Relevantes ergeben könnten, zumal der Kläger selbst davon ausgehe, dass die Gehproblematik nichts mehr mit der Nierenerkrankung bzw. der damit verbundenen Blutarmut zu tun habe.

Der Senat hat Dr. W. erneut schriftlich als sachverständigen Zeugen vernommen. Er hat mitgeteilt, bei dem Kläger habe vor der Transplantation eine durchweg moderat bis deutliche renale Anämie bestanden, danach habe sich die Anämie deutlich verbessert, jedoch sei es durch eine im Gefolge aufgetretene Colitis ulcerosa mit wiederholten Blutverlusten immer wieder zu Einbrüchen im Hämoglobinwert gekommen, insgesamt sei der Grad der Anämie aber deutlich geringer.

Der Kläger hat das Attest der Neurologischen Ambulanz des Universitätsklinikums F., Dr. F. und Dr. R., vom 17. März 2015 zur Akte gereicht. Hiernach ist bei dem Kläger am 13. März 2015 eine inkomplette Peronäusparese links mit 4-/5-Fußheberschwäche bei seitengleich intaktem Gangbild und intermittierendem "Schlappen" des linken Fußes ohne Abrollen festgestellt worden. Nebenbefundlich gebe es Hinweise auf eine bislang subklinische Polyneuropathie.

Der damalige Berichterstatter hat den Kläger in dem genannten Erörterungstermin persönlich angehört. Wegen des Ergebnisses wird auf das Protokoll der nichtöffentlichen Sitzung vom 17. Juni 2015 verwiesen. In dem Termin ist dem Kläger Frist bis zum 30. Juni 2015 zur Beantragung eines Wahlgutachtens gesetzt worden.

Einen Antrag auf Erhebung eines Wahlgutachtens vom 30. Juni 2015 hat der Berichterstatter unter dem 2. Juli 2015 als unzulässig abgelehnt, weil kein Arzt benannt worden sei. Ein weiterer Antrag vom 10. Juli 2015, in dem ein Arzt benannt worden war, ist unter dem 13. Juli 2015 abgelehnt worden, weil er verspätet gestellt worden sei und seine Erledigung eine Verzögerung des Rechtsstreits befürchten lasse.

Hinsichtlich der Vorlage weiterer, von ihm angekündigter ärztlicher Unterlagen, ist dem Kläger zuletzt Frist bis zum 27. Juli 2015 gesetzt worden.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten nimmt der Senat auf die Verwaltungsakten des Beklagten und auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge Bezug.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des Klägers ist statthaft (§ 105 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 143 Sozialgerichtsgesetz [SGG]), insbesondere war sie nicht nach § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG zulassungsbedürftig, weil der Rechtsstreit keine Geld-, Sach- oder Dienstleistungen betrifft. Die Berufung ist auch im Übrigen zulässig, vor allem form- und fristgerecht erhoben.

Sie ist jedoch auch mit dem zuletzt aufrecht erhaltenen Antrag betreffend das Merkzeichen "G" unbegründet und daher zurückzuweisen:

Jedoch ist von Amts wegen der Tenor des angefochtenen Gerichtsbescheids des SG klarzustellen. Hierbei handelt es sich um eine Berichtigung, die auch ohne Antrag des Beklagten möglich ist (vgl. hierzu Keller, in: Meyer-Ladewig/Kel¬ler/Lei¬the¬rer, SGG, 11. Aufl. 2014, § 138 Rn. 4a), sodass es unschädlich ist, dass der Beklagte hier keine Anschlussberufung erhoben hat.

Der Antrag des Klägers war bereits in erster Instanz als reine Anfechtungsklage (§ 54 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 SGG) auszulegen. Die von ihm zusätzlich erhobene Feststellungsklage war in jedem Falle unzulässig, da im Behindertenrecht allein die zuständige Behörde den GdB und die Nachteilsausgleiche feststellen kann (vgl. § 69 Abs. 1 Satz 1 Neuntes Buch Sozialgesetzbuch [SGB IX]), nicht aber das Gericht unmittelbar. Und auch eine Verpflichtungsklage auf eine entsprechende behördliche Feststellung konnte der Kläger zulässigerweise nicht stellen. Ihm fehlte insoweit das notwendige Rechtsschutzbedürfnis. Das Merkzeichen "G" und auch der - vor dem SG noch streitige - GdB waren ihm durch bestandskräftigen Bescheid zuerkannt. Sein Ziel, diese Zuerkennungen fortbestehen zu lassen, konnte der Kläger bereits mit einer isolierten Anfechtungsklage gegen den Aufhebungsbescheid der Beklagte vom 11.01.2011 erreichen. Einer (erneuten) Zuerkennung durch die Behörde bedurfte es nicht (vgl. zuletzt Bundessozialgericht [BSG], Beschluss vom 6. Oktober 2015 - B 9 SB 46/15 B - Juris Rn. 6).

Insofern hätte das SG auch nicht den Beklagten zur erneuten Feststellung eines GdB von 90 verurteilen dürfen, sondern lediglich den angefochtenen Aufhebungsbescheid entsprechend abändern bzw. teilweise aufheben müssen. Dies holt der Senat zur Klarstellung nach.

Die Entscheidung des SG ist in der Sache rechtmäßig. Der Beklagte hat - soweit noch streitig - zu Recht das einstmals zuerkannte Merkzeichen "G" ab dem 15. Januar 2011 entzogen.

Grundlage für die beanspruchte teilweise Aufhebung des Bescheides vom 11. Januar 2011 mit Wirkung ab dem 15. Januar 2011 ist § 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X.

Nach dieser Vorschrift ist, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die bei Erlass eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung (hier der Bescheid vom 29. Mai 2007) vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt, der Verwaltungsakt mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben. Hierbei ist die Zuerkennung eines Merkzeichens nach dem Schwerbehindertenrecht ein solcher Verwaltungsakt mit Dauerwirkung (BSG, Urteil vom 12. November 1996, 9 RVs 5/95, Juris Rn. 12); ebenso wie die Feststellung eines bestimmten GdB (BSG, Urteil vom 22. Oktober 1986 - 9a RVs 55/85 - Juris Rn. 8). Eine wesentliche Veränderung der Sachlage liegt bei der Zuerkennung eines GdB z.B. dann vor, wenn sich der Gesundheitszustand des behinderten Menschen so verbessert hat, dass eine Erhöhung des Gesamt-GdB um wenigstens 10 gerechtfertigt ist (vgl. hierzu BSG, Urteil vom 11.November 2004 - B 9 SB 1/03 R - Juris Rn. 12). Das Gleiche gilt bei einer Verbesserung des Gesundheitszustandes mit einer anschließenden Herabbemessung des GdB. Hinsichtlich der Merkzeichen greift § 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X dann ein, wenn ihre Voraussetzungen nicht mehr vorliegen (BSG, Urteil vom 12. November 1996, a.a.O., Rn. 14).

Die Rechtmäßigkeit eines Bescheids, der den GdB herabsetzt oder ein einstmals zuerkanntes Merkzeichen nicht mehr feststellt, bestimmt sich nach der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung, in der Regel also (§ 95 SGG) bei Erlass des

Widerspruchsbescheids. Dies ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz für isolierte Anfechtungsklagen, während bei Verpflichtungs- und anderen Leistungsklagen grundsätzlich auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in einer Tatsacheninstanz abzustellen ist (Keller, in Meyer-Ladewig/Kel¬ler/Leitherer, Kommentar zum SGG, 11. Aufl. 2014, § 54 Rn. 34). Auf diesen Zeitpunkt ist ausnahmsweise auch bei einer isolierten Anfechtungsklage abzustellen, wenn sie einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung betrifft, also z.B. die Zuerkennung eines GdB oder eines Merkzeichens (BSG, Urteil vom 12. November 1996, a.a.O. – Juris Rn. 14). Die Herabbemessung eines GdB oder die "Entziehung" eines Merkzeichens ist selbst jedoch kein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung (BSG, Urteil vom 10. September 1997, a.a.O. – Juris Rn. 11). Seine Wirkung beschränkt sich auf die Veränderung der Rechtslage zu einem bestimmten Zeitpunkt. Die Rechtmäßigkeit eines solchen Bescheids bestimmt sich daher weiterhin entsprechend der genannten Grundregel nach dem Zeitpunkt seines Erlasses bzw. des Erlasses des Widerspruchsbescheids. Von diesem Grundsatz abzuweichen gibt es in diesen Fällen auch keinen Grund, weil er nicht zu gravierenden Nachteilen für die Behörde und den Betroffenen führt: Sollte nämlich die Entziehung erst zu einem nach dem Abschluss des Verwaltungsverfahrens liegenden Zeitpunkt gerechtfertigt sein, so genießt der Behinderte zunächst weiter die Vorteile des begünstigenden Verwaltungsaktes (hier: der Nachteilsausgleiche), und die Behörde kann nach Verfahrensabschluss die Entziehung mit Wirkung für die Zukunft wiederholen. Sind dagegen die Voraussetzungen der Begünstigung zum Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes entfallen und werden sie im Laufe des Gerichtsverfahrens wieder erfüllt, so hat der Beklagte dem Behinderten noch während des Gerichtsverfahrens oder im Anschluss daran auf dessen Antrag die verlorengegangene Rechtsstellung - notfalls rückwirkend - wieder einzuräumen (§ 48 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 SGB X). Ferner ist es im Schwerbehindertenrecht schon deshalb geboten, bei der Beurteilung einer isolierten Anfechtungsklage gegen einen Entziehungsbescheid nach § 48 SGB X die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Abschlusses des Verwaltungsverfahrens zugrunde zu legen, weil anders behauptete oder während des Gerichtsverfahrens tatsächlich eingetretene Änderungen in den gesundheitlichen Verhältnissen des Behinderten zu immer neuen Ermittlungen (vgl. § 103 SGG) Anlass gäben und den Abschluss des Gerichtsverfahrens in zahlreichen Fällen erheblich verzögern würden. Dies wäre aus prozessökonomischen Gründen bedenklich, würde oft zu einer Unübersichtlichkeit des Prozessstoffes führen und brächte auch für die Versorgungsverwaltung unvertretbare Nachteile mit sich (BSG, Urteil vom 12. November 1996, a.a.O. – Juris Rn. 16).

Materiell bestimmt sich die Frage, ob dem Kläger das Merkzeichen "G" zu Recht entzogen worden ist, nach den §§ 145 Abs. 1 S 1, 146 Abs. 1 S 1 i.V.m. § 69 Abs. 1 und 4 SGB IX, zuletzt geändert durch Art. 1a des am 15. Januar 2015 in Kraft getretenen Gesetzes zum Vorschlag für einen Beschluss des Rates über einen Dreigliedrigen Sozialgipfel für Wachstum und Beschäftigung und zur Aufhebung des Beschlusses 2003/174/EG vom 7. Januar 2015 (BGBl II S. 15).

Danach haben schwerbehinderte Menschen, die infolge ihrer Behinderung in ihrer Bewegungsfähigkeit im Straßenverkehr erheblich beeinträchtigt oder hilflos oder gehörlos sind, gegen Vorzeigen eines entsprechend gekennzeichneten Ausweises nach § 69 Abs. 5 SGB IX Anspruch auf unentgeltliche Beförderung im Nahverkehr i.S. des § 147 Abs. 1 SGB IX. Über das Vorliegen der damit angesprochenen gesundheitlichen Merkmale treffen die für die Durchführung des Bundesversorgungsgesetzes (BVG) zuständigen Behörden die erforderlichen Feststellungen (§ 69 Abs. 1 und 4 SGB IX). In seiner Bewegungsfähigkeit im Straßenverkehr erheblich beeinträchtigt ist, wer infolge einer Einschränkung des Gehvermögens (auch durch innere Leiden oder infolge von Anfällen 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 (§ 146 Abs. 1 Satz 1 SGB IX).

Der seit 1. Januar 2009 an die Stelle der bis zum 31. Dezember 2008 im Interesse einer gleich-mäßigen Rechtsanwendung als antizipierte Sachverständigengutachten angewandten AHP getretenen Anlage zu § 2 VersMedV lassen sich im Ergebnis keine weiteren Beurteilungskriterien für die Feststellung der gesundheitlichen Voraussetzungen des begehrten Nachteilsausgleiches entnehmen. Denn die VG sind hinsichtlich der getroffenen Regelungen für den nach dem Schwer-behindertenrecht zu beurteilenden Nachteilsausgleich "G" unwirksam, da es insoweit zum Erlasszeitpunkt an einer gesetzlichen Verordnungsermächtigung gefehlt hat. Eine solche Ermächtigung hat sich weder in § 30 Abs. 17 BVG in der Fassung bis zum 30. Juni 2011 beziehungsweise § 30 Abs. 16 BVG in der Fassung ab dem 1. Juli 2011 noch in sonstigen Regelungen des BVG oder des SGB IX gefunden (Urteile des Senats vom 9. Juni 2011 - L 6 SB 6140/09 -, juris und vom 4. November 2010 - L 6 SB 2556/09; Urteile des LSG Baden-Württemberg vom 9. Mai 2011 - L 8 SB 2294/10 - und vom 14. August 2009 - L 8 SB 1691/08 -, jeweils juris, sowie vom 24. September 2010 - L 8 SB 4533/09; Dau, jurisPR-SozR 4/2009, Anm. 4).

Diesen Mangel hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz vom 7. Januar 2015 beseitigt und mit § 70 Abs. 2 SGB IX eine neue Verordnungsermächtigung unmittelbar im SGB IX eingefügt. Danach wird das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Grundsätze aufzustellen, die für die medizinische Bewertung des GdB und die medizinischen Voraussetzungen für die Vergabe von Merkzeichen maßgebend und nach Bundesrecht im Schwerbehindertenausweis einzutragen sind. Da die VersMedV vom 10. Dezember 2008 nicht auf der Grundlage dieser erst seit 15. Januar 2015 gültigen Verordnungsermächtigung erlassen worden ist, ist nach wie vor deren Anwendung hinsichtlich des hier streitgegenständlichen Merkzeichens "G" nicht möglich. Diesem Umstand hat der Gesetzgeber durch den ebenfalls mit Gesetz vom 7. Januar 2015 neu eingefügten § 159 Abs. 7 SGB IX Rechnung getragen. Danach gelten, soweit noch keine Verordnung nach § 70 Abs. 2 SGB IX erlassen ist, die Maßstäbe des § 30 Abs. 1 BVG und der aufgrund des § 30 Abs. 16 BVG erlassenen Rechtsverordnungen entsprechend. Hierdurch konnte zwar nicht die bezüglich der in den VG enthaltenen Regelungen zu den Merkzeichen "G", "B", "aG" und "Gl" teilunwirksame VersMedV neu erlassen oder als Verordnung für anwendbar erklärt werden, da es insoweit schon an der Zuständigkeit des Gesetzgebers hinsichtlich einer vom BMAS zu erlassenden Verordnung fehlt. Mit noch hinreichend bestimmtem Gesetzeswortlaut (vgl. zum rechtsstaatlichen Grundsatz der Normklarheit BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 3. September 2014 - 1 BvR 3353/13 -, juris) hat der Gesetzgeber jedoch mit der in § 159 Abs. 7 SGB IX getroffenen Regelung zum Ausdruck gebracht, dass er sich den insoweit maßgeblichen Verordnungstext in der Anlage zu § 2 VersMedV, mithin die unter VG, Teil D, Nrn. 1 bis 4 getroffenen Bestimmungen, zu eigen macht und bis zum In-Kraft-Treten der neuen Verordnung nach § 70 Abs. 2 SGB IX insoweit die VG Gesetzescharakter haben (vgl. BT-Drucks 18/3190, S. 5, vgl. hierzu auch BSG, Urteil vom 11. August 2015 - B 9 SB 1/14 R - juris).

Bei der Prüfung der Frage, ob die in § 146 Abs. 1 Satz 1 SGB IX genannten Voraussetzungen vorliegen, ist nicht auf die konkreten örtlichen Verhältnisse des Einzelfalles abzustellen, sondern darauf, welche Wegstrecken allgemein, also altersunabhängig von Menschen ohne Behinderung, noch zu Fuß zurückgelegt werden. Als ortsübliche Wegstrecke in diesem Sinne gilt eine Strecke von etwa zwei Kilometern, die in etwa einer halben Stunde zurückgelegt wird (VG, Teil D, Nr. 1 Buchst. b). Die Voraussetzungen für die Annahme einer erheblichen Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit im Straßenverkehr infolge einer behinderungsbedingten Einschränkung des Gehvermögens sind als erfüllt anzusehen, wenn auf die Gehfähigkeit sich auswirkende Funktionsstörungen der unteren Gliedmaßen und/oder der

Lendenwirbelsäule bestehen, die für sich einen GdB von wenigstens 50 bedingen. Darüber hinaus können die Voraussetzungen bei Behinderungen an den unteren Gliedmaßen mit einem GdB unter 50 gegeben sein, wenn diese Behinderungen sich auf die Gehfähigkeit besonders auswirken, etwa bei Versteifung des Hüftgelenks, Versteifung des Knie- oder Fußgelenks in ungünstiger Stellung, arteriellen Verschlusskrankheiten mit einem GdB von 40. Auch bei inneren Leiden kommt es bei der Beurteilung entscheidend auf die Einschränkung des Gehvermögens an. Dementsprechend ist eine erhebliche Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit vor allem bei Herzschäden mit Beeinträchtigung der Herzleistung wenigstens nach Gruppe 3 und bei Atembehinderungen mit dauernder Einschränkung der Lungenfunktion wenigstens mittleren Grades anzunehmen. Auch bei anderen inneren Leiden mit einer schweren Beeinträchtigung der körperlichen Leistungsfähigkeit, etwa chronische Niereninsuffizienz mit ausgeprägter Anämie, sind die Voraussetzungen als erfüllt anzusehen (VG, Teil D, Nr. 1 Buchst. d). Störungen der Orientierungsfähigkeit, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit führen, sind bei allen Sehbehinderungen mit einem GdB von wenigstens 70 und bei Sehbehinderungen, die einen GdB von 50 oder 60 bedingen, nur in Kombination mit erheblichen Störungen der Ausgleichsfunktion (z. B. hochgradige Schwerhörigkeit beiderseits, geistige Behinderung) anzunehmen. Bei Hörbehinderungen ist die Annahme solcher Störungen nur bei Taubheit oder an Taubheit grenzender Schwerhörigkeit im Kindesalter (in der Regel bis zum 16. Lebensjahr) oder im Erwachsenenalter bei diesen Hörstörungen in Kombination mit erheblichen Störungen der Ausgleichsfunktion (z. B. Sehbehinderung, geistige Behinderung) gerechtfertigt. Bei geistig behinderten Menschen sind entsprechende Störungen der Orientierungsfähigkeit vorauszusetzen, wenn die behinderten Menschen sich im Straßenverkehr auf Wegen, die sie nicht täglich benutzen, nur schwer zurechtfinden können. Unter diesen Umständen ist eine erhebliche Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit bei geistigen Behinderungen mit einem GdB von 100 immer und mit einem GdB von 80 oder 90 in den meisten Fällen zu bejahen. Bei einem GdB unter 80 kommt eine solche Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit nur in besonders gelagerten Einzelfällen in Betracht (VG, Teil D, Nr. 1 Buchst. f).

Ob die Bewegungsfähigkeit im Straßenverkehr erheblich beeinträchtigt ist, ist Gegenstand tatrichterlicher Würdigung, die sich auf alle verfügbaren Beweismittel, wie Befundberichte der behandelnden Ärzte, Sachverständigengutachten oder einen dem Gericht persönlich vermittelten Eindruck, stützen kann (BSG, Urteil vom 11. August 2015 - B 9 SB 2/14 R- juris).

Nach diesen Maßstäben leidet der Kläger zumindest seit dem 15. Januar 2011 nicht an einer erheblichen Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit im Straßenverkehr. Weder liegen bei ihm auf die Gehfähigkeit sich auswirkende Funktionsstörungen der unteren Gliedmaßen oder der Lendenwirbelsäule vor, die für sich einen GdB von wenigstens 50 bedingen, noch sind Behinderungen an den unteren Gliedmaßen mit einem GdB unter 50 eingetreten, die sich auf die Gehfähigkeit besonders auswirken. Auch sind bei ihm wesentlich einschränkende innere Leiden oder Störungen der Orientierungsfähigkeit nicht vorhanden.

Die Anämie des Klägers, die mit der früheren Niereninsuffizienz verbunden gewesen war und die zu Recht (vgl. ausdrücklich Teil B Nr. 30 Abs. 3 Unterabs. 2 AHP mit Verweis auf Teil A Nr. 26.12 AHP, entsprechend VG, Teil B, Nrn. 16.9, 12.1.3, Teil D, Nr. 1 Buchstabe d) zum Anlass für die Zuerkennung des Merkzeichens "G" genommen worden war, lag spätestens ab 2011 nicht mehr vor. Nach den Aussagen der behandelnden Ärzte im Verwaltungs- und im Gerichtsverfahren hatte sie sich nach der Nierentransplantation im Jahre 2008 soweit zurückgebildet, dass keine relevanten Funktionsbeeinträchtigungen mehr bestanden. Dies hat Dr. W. in seiner Aussage vom 1. April 2015, die der Senat eingeholt hat, nochmals ausdrücklich bestätigt.

Zu jenen Zeitpunkten war das Gehvermögen des Klägers auch nicht auf Grund einer anderen Erkrankung bzw. Behinderung im Sinne des § 146 Abs. 1 Satz 1 SGB IX eingeschränkt: Nach Teil B Nr. 30 Abs. 3 Unterabs. 2 AHP (VG, Teil D, Nr. 1 Buchstabe d) kommt es bei inneren Leiden entscheidend auf die Einschränkung des Gehvermögens an. Eine solche Einschränkung beruht dann zwar nicht auf orthopädisch fassbaren Schädigungen wie Beweglichkeitseinbußen. Aber das innere Leiden muss Auswirkungen auf die körperliche Leistungsfähigkeit haben, die sich in Atemnot, allgemeiner Schwäche oder Einschränkungen der Herzleistung dartun. Bei dem Kläger nun bestand schon zu dem hier maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt im Jahre 2012 eine Colitis ulcerosa (VG, Teil B, Nr. 10.2.2); diese war nach den gutachterlichen Feststellungen von Prof. Dr. W. bereits im Februar 2007 erstmals diagnostiziert worden. Jedoch hat diese Erkrankung des Klägers keine der genannten Auswirkungen auf das Gehvermögen (vgl. allgemein zur Colitis ulcerosa und dem Gehvermögen Sächsisches LSG, Urteil vom 3. Juli 2003 - L 1 SB 84/01 - juris Rn. 57 ff.). Das Gehvermögen schränkt des Klägers diese Erkrankung nicht unmittelbar ein. Und dass der Kläger auch während eines Schubs der Erkrankung das Haus nicht verlässt, liegt nicht an körperlicher Schwäche, die das Gehen unmöglich macht, sondern daran, dass er jederzeit kurzfristig eine Toilette muss aufsuchen können. Dass die körperliche Belastbarkeit des Klägers nicht nennenswert eingeschränkt ist, zeigt sich nicht nur daran, dass er sich noch selbst versorgen, insbesondere einkaufen, vermag, sondern auch in seinen Training auf dem Hometrainer und der (ergometrischen) Belastung bis zu 90 bis 110 Watt über 20 Minuten, die der Kläger dabei toleriert, schließlich darin, dass er häufige Bahnfahrten nach Köln durchführen und Wanderurlaube unternehmen kann. Diese Feststellungen entnimmt der Senat dem Gutachten von Prof. Dr. W ... Daher kann auch der gutachterlichen Würdigung des Sachverständigen gefolgt werden, die Voraussetzungen des Merkzeichens G lägen nicht mehr vor.

Ob die nunmehr bekanntgewordene Fußheberschwäche des Klägers die Voraussetzungen des Merkzeichens "G" bedingt, kann offen bleiben. Der Kläger hatte diese Erkrankung erstmals - sinngemäß - in dem Schriftsatz an das SG vom 30. Juni 2014 mitgeteilt. Den entsprechenden Arztbrief des Universitätsklinikums Freiburg vom 17. März 2015 hat der Kläger dann erst in der Berufungsinstanz zur Akte gereicht. Hiernach hatte der Kläger bei der Vorstellung im Klinikum zwar über eine "geringe Schwäche" im Fuß "seit 2008" berichtet. Ärztlich abklären oder behandeln lassen hat der Kläger diese Beschwerden jedoch vor Sommer 2014 nicht. Daher kann nicht davon ausgegangen werden, dass diese Fußheberschwäche schon zu den hier maßgeblichen Zeitpunkten 2011 und 2012 vorlag.

Nach diesem Ergebnis kann dahinstehen, ob nach den Grundsätzen des intertemporalen Rechts die genannte Gesetzesänderung ab ihrem Inkrafttreten mit Wirkung zum 15. Januar 2015 auch die bereits davor bestehenden Rechtsverhältnisse den neuen Regeln unterwerfen will (vgl. hierzu BSG, Urteil vom 28. April 2004 - B 2 U 12/03 R -, SozR 4-2700 § 70 Nr. 1, juris, Rn. 22 m.w.N.), also vorliegend bereits ab Erlass des Widerspruchsbescheids am 1. August 2012. Denn die nach der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung für die Feststellung der Voraussetzungen für die Zuerkennung des Merkzeichens "G" einzig geforderte Einschränkung des Gehvermögens (vgl. BSG, Urteil vom 24. April 2008 - B 9/9a SB 7/06 R -, SozR 4-3250 § 146 Nr. 1, Rn. 12) ist, wie dargelegt, nicht nachgewiesen (so Urteil des Senats vom 27. August 2015 - L 6 SB 425/15).

Die Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf §§ 183, 193 Abs. 1 SGG.

Gründe für eine Zulassung der Revision (§ 160 Abs. 2 SGG) sind nicht ersichtlich oder vorgetragen.
Rechtskraft
Aus
Login
BWB
Saved
2016-02-29