

L 16 SB 112/08

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Entschädigungs-/Schwerbehindertenrecht

Abteilung

16

1. Instanz

SG Würzburg (FSB)

Aktenzeichen

S 3 SB 509/07

Datum

01.07.2008

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 16 SB 112/08

Datum

18.08.2010

3. Instanz

-

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Der Entzug eines Merkzeichens von [§ 69 Abs. 4 SGB IX](#) ist gemäß [§ 48 SGB X](#) nicht möglich, wenn die gesundheitlichen Voraussetzungen für dieses Merkzeichen bereits bei Zubilligung des Nachteilsausgleichs nicht vorgelegen haben.

Zur Abgrenzung der Rücknahme eines Verwaltungsakts wegen wesentlicher Änderung der Verhältnisse von der Rücknahme wegen ursprünglichen Rechtswidrigkeit und zur Umdeutung.

I. Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Würzburg vom 1. Juli 2008 wird zurückgewiesen.

II. Der Beklagte hat dem Kläger die außergerichtlichen Kosen der Berufung zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Entziehung des Nachteilsausgleichs Merkzeichen "aG" (außergewöhnliche Gehbehinderung).

Der Beklagte (Versorgungsamt) stellte bei dem 2000 geborenen Kläger mit Bescheid vom 18. September 2000 als Behinderung mit einem GdB von 100 eine Trisomie 21 sowie die Merkzeichen "B", "G" und "H" fest.

Mit Bescheid vom 18. April 2002 lehnte er bei dem Kläger die Feststellung der gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen "aG" ab. Auf den Widerspruch des Klägers vom 14. Mai 2002 erließ er nach Einholung einer versorgungsärztlichen Stellungnahme am 28. Januar 2003 einen Abhilfebescheid, mit dem er neben den bereits genannten Merkzeichen, auch das Merkzeichen "aG" ab 5. November 2001 feststellte. Die gesundheitlichen Voraussetzungen für die übrigen Merkzeichen "BL", "RF", "1. Klasse", "GL" lägen nicht vor.

Der Beklagte erließ aufgrund einer versorgungsärztlichen Nachprüfung nach Anhörung des Klägers am 31. August 2005 einen Änderungsbescheid, mit dem er ab Bekanntgabe des Bescheides einen Anspruch des Klägers auf das Merkzeichen "aG" wegen wesentlicher Änderung der Verhältnisse verneinte. Hiergegen legte der Kläger am 14. September 2005 Widerspruch ein.

Der vom Beklagten gehörte versorgungsärztliche Dienst kam nach Auswertung medizinischer Befunde der behandelnden Ärzte des Klägers in der Stellungnahme vom 14. Oktober 2005 zu dem Ergebnis, dass bei dem Kläger mit sehr ausgeprägtem Morbus Down jetzt Gehfähigkeit gegeben sei. Treppensteigen sei noch nicht möglich, so dass man die Weitergewährung des Merkzeichens "aG" für ein Jahr begründen könne. Am 19. Oktober 2005 erließ der Beklagte sinngemäß einen Abhilfebescheid, mit dem er den GdB weiterhin mit 100 sowie die gesundheitlichen Voraussetzungen für die Merkzeichen "B", "G", "aG" und "H" feststellte.

Im Rahmen einer weiteren versorgungsärztlichen Nachprüfung wurde im Gutachten vom 5. Februar 2007 festgestellt, der Kläger könne selbständig laufen, auch mit Begleitung die Treppe hochgehen. Dies sei im Jahr 2005 noch nicht möglich gewesen. Von einer außergewöhnlichen Gehbehinderung könne man nach der jetzt durchgeführten Begutachtung und unter Berücksichtigung aller Befunde nicht mehr sprechen.

Nach Anhörung des Klägers am 8. Februar 2007 erließ der Beklagte am 3. April 2007 einen Änderungsbescheid, mit dem er bei

gleichbleibendem Grad der Behinderung und der Zuerkennung der Merkzeichen "B", "G" und "H" die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen "aG" verneinte.

Den Widerspruch des Klägers vom 24. April 2007 wies der Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 15. Juni 2007 zurück. Nach versorgungsärztlicher Beurteilung sei im Gesundheitszustand des Klägers eine Änderung insoweit eingetreten, als sich mittlerweile das Gehvermögen stabilisiert habe. Er könne mit Geländer und Begleitperson ein Stockwerk die Treppe hoch steigen sowie in Begleitung einen kleinen Spaziergang von 10 Minuten unternehmen. Er gehöre somit nicht zu dem Personenkreis, der sich wegen der Schwere seines Leidens dauernd nur mit fremder Hilfe oder nur mit großer Anstrengung außerhalb des Kraftfahrzeugs bewegen könne. Gehbehinderte Personen, denen das Merkzeichen "aG" nicht zustehe, könnten jedoch bei Vorliegen besonderer gesundheitlicher Voraussetzung einen auf das Gebiet des Freistaates Bayern begrenzte Ausnahmegenehmigung für Parkerleichterungen erhalten.

Der Kläger hat hiergegen am 4. Juli 2007 beim Sozialgericht Würzburg (SG) Klage erhoben. Es sei nicht zu einer Besserung des Gesundheitszustandes gekommen, es lägen weiterhin intensive Geh- und Stehschwierigkeiten vor.

Das SG hat nach Beiziehung ärztlicher Befundberichte ein Sachverständigengutachten des Internisten und Arztes für Sozialmedizin Dr. G. vom 1. Juli 2008 eingeholt. Der Sachverständige verneint hier die Voraussetzungen für die Zuerkennung des Merkzeichens "aG". Die motorischen Funktionen hinsichtlich des Gehens seien nur vergleichsweise relativ gering eingeschränkt. In der mündlichen Verhandlung vom gleichen Tag hat der Sachverständige ergänzend ausgeführt, hinsichtlich der motorischen Fähigkeiten sei gegenüber dem Juli 2005 keine Besserung eingetreten. Die gesundheitlichen Voraussetzungen für dieses Merkzeichen seien weder im Juli 2005 erfüllt gewesen, noch seien sie dies jetzt.

Mit Urteil vom 1. Juli 2008 hat das SG den Bescheid vom 3. April 2007 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 15. Juni 2007 aufgehoben. In den gesundheitlichen Verhältnissen des Klägers sei eine wesentliche Änderung nicht eingetreten, da die Voraussetzungen für das Merkzeichen "aG" nie vorgelegen hätten. Der Kläger sei insbesondere nicht zu den Personen zu rechnen, die mit einem Rollstuhlfahrer oder einem Doppeloberschenkelamputierten vergleichbar sind. Die motorischen Fähigkeiten hinsichtlich des Gehens seien nur vergleichsweise gering eingeschränkt. Er sei unter Aufsicht durchaus in der Lage, fast normal zu gehen. Die Aufsicht sei nicht wegen der eingeschränkten Gehfähigkeit notwendig, sondern wegen der cerebralen Entwicklungsrückstände. Damit seien die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen "aG" schon bei Erlass des Bescheides vom 19. Oktober 2005 nicht erfüllt gewesen. Entgegen der damals zu Grunde liegenden versorgungsärztlichen Stellungnahme komme es nicht darauf an, dass der schwerbehinderte Mensch Treppen steigen könne. Entscheidend sei vielmehr nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, dass er selbst unter Einsatz orthopädischer Hilfsmittel von den ersten Schritten außerhalb des Kraftfahrzeugs an nur mit fremder Hilfe oder nur mit großer Anstrengung gehen könne.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten vom 19. September 2008. Der Kläger sei im Zeitpunkt des Bescheides vom 19. Oktober 2005 außergewöhnlich gehbehindert gewesen, das versorgungsärztliche Gutachten vom 5. Februar 2007 belege eine wesentliche Besserung des Gehvermögens.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens des Orthopäden und Sportmediziners Dr. D. vom 22. März 2010. Der Sachverständige hat im Rahmen der Untersuchung am 2. März 2010 bei dem Kläger ein freies Gehen festgestellt. Eine außergewöhnliche Gehbehinderung bestehe jetzt nicht mehr, habe jedoch bei der Untersuchung durch den Kinderarzt Dr. F. am 9. Oktober 2002 bestanden.

Aufgrund der versorgungsärztlichen Stellungnahme des Chirurgen und Sozialmediziners Dr. N. vom 26. Mai 2010 ist der Beklagte der Ansicht, dass im Zeitpunkt des Abhilfebescheides vom 19. Oktober 2005 aufgrund der allgemeinen Entwicklungsverzögerung die weitere Zuerkennung des Merkzeichens "aG" nicht zweifelsfrei und objektiv unrichtig gewesen sei.

Der Beklagte beantragt,
das Urteil des Sozialgerichts Würzburg vom 1. Juli 2008 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Klägerbevollmächtigte beantragt,
die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.

Beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht wurden die Akten des Beklagten und des SG. Auf den Inhalt der beigezogenen Akten und die Sitzungsniederschrift wird im Übrigen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die frist- und formgerecht eingelegte Berufung ([§§ 143, 151](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG) ist zulässig.

Die Berufung erweist sich als unbegründet; das angefochtene Urteil ist nicht zu beanstanden.

Der Bescheid des Beklagten vom 3. April 2007 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. Juni 2007 ist aufzuheben, weil die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die Aufhebung eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung bei Änderung der Verhältnisse ([§ 48](#) Sozialgesetzbuch X - SGB X) nicht erfüllt sind.

Nach dieser gesetzlichen Vorschriften ist ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die bei seinem Erlass vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt. Die Vorschrift regelt die Angleichung eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung an wesentliche veränderte tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse. Bei

der Zubilligung eines Merkzeichens im Sinn von [§ 69 Abs. 4 Sozialgesetzbuch IX \(SGB IX\)](#), d.h. bei der Feststellung der gesundheitlichen Merkmale als Voraussetzung für die Inanspruchnahme eines Nachteilsausgleichs im Sinne einer außergewöhnlichen Gehbehinderung (Merkzeichen "aG"), liegt ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung vor. Denn ein derartiger Verwaltungsakt erschöpft sich nicht in einem einmaligen Gebot oder Verbot oder in einer einmaligen Gestaltung der Rechtslage, sondern begründet ein auf Dauer berechnetes oder in seinem Bestand vom Verwaltungsakt abhängiges Rechtsverhältnis. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsfolgen geht er in rechtlicher Hinsicht über den Zeitpunkt seiner Bekanntgabe bzw. Bindungswirkung hinaus (Schütze in von Wulffen, SGB X, 6. Aufl., § 48, Rdnr. 2, 3; derselbe, SGB X, § 45, Rdnr. 63).

Änderungsfolgen sind nach [§ 48 SGB X](#) zu ziehen, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die beim Erlass eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eingetreten ist. Hierzu ist erforderlich ein Vergleich der Sach- und Rechtslage bei Erlass des Verwaltungsaktes und im Zeitpunkt der Überprüfung. Ausgangspunkt der Prüfung sind die beim Erlass des Verwaltungsaktes maßgebenden Verhältnisse. Das sind diejenigen Umstände, die im Zeitpunkt des Erlasses der bindend gewordenen, letzten bescheidmäßigen Feststellung der Leistung vorgelegen haben. Als Bezugspunkt der Vergleichsprüfung ist danach zunächst diejenige Regelung zu ermitteln, die den noch zum Zeitpunkt der Überprüfung maßgeblichen Rechtsgrund für die infrage stehende Leistung gesetzt hat. Abzustellen als Rechtsgrundlage des Leistungsbezugs ist der letzte gültige, nicht aufgehobene Bescheid (Schütze, a.a.O. § 48, Rdnr. 4, 5 m.w.N.). Dies ist im vorliegenden Fall der Bescheid 19. Oktober 2005, mit dem der Beklagte nach nochmaliger versorgungsärztlicher und rechtlicher Prüfung im Abhilfeverfahren festgestellt hat, dass der Kläger u.a. die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen "aG" ab Bekanntgabe des Bescheides weiterhin erfüllt. Der Beklagte hat im angefochtenen Bescheid vom 3. April 2007 auch zutreffend auf den Bescheid vom 19. Oktober 2005 als Vergleichsgrundlage abgestellt.

Entgegen der Auffassung des Beklagten ist nach dem Bescheid vom 19. Oktober 2005 eine wesentliche Änderung bezüglich der gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen "aG" nicht eingetreten. Denn bereits im Zeitpunkt des Erlasses des Bescheides vom 19. Oktober 2005 waren die gesundheitlichen Voraussetzungen für die Feststellung der außergewöhnlichen Gehbehinderung aufgrund der vorliegenden medizinischen Erkenntnisse nicht mehr gegeben. Denn in der zugrunde liegenden versorgungsärztlichen Stellungnahme vom 19. Oktober 2005 wird ausgeführt, dass Gehfähigkeit bei dem Kläger gegeben ist. Das Treppensteigen ist jedoch noch nicht möglich, "so dass man die Weitergewährung des Merkzeichens "aG" für ein Jahr begründen kann" (!). Auch der vom SG gehörte ärztliche Sachverständige Dr. G. hat in der mündlichen Verhandlung vom 1. Juli 2008 auf Fragen des Gerichts erläutert, dass bereits im Jahr 2005 die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen "aG" nicht erfüllt gewesen sind. Es haben zwar Skelettveränderungen vorgelegen, die sich aber nicht in dem Umfang auf die Gehfähigkeit ausgewirkt haben, wie sie für das Merkzeichen "aG" gefordert werden. Die o.g. versorgungsärztliche Stellungnahme stützt die weitere Zubilligung des Merkzeichens "aG" nur auf die noch nicht vorhandene Fähigkeit zum Treppensteigen.

Für die Zubilligung des Merkzeichens "aG" darf aber nicht auf die Fähigkeit zum Treppensteigen abgestellt werden, wie dies der Verfügung des Beklagten vom 19. Oktober 2005 als Grundlage für den Bescheid vom gleichen Tag zu entnehmen ist. Der Beklagte hat also im vorliegenden Fall irrtümlich einen unzutreffenden Maßstab herangezogen. Gemäß [§ 69 Abs. 4 SGB IX](#) stellen die Versorgungsämter neben einer Behinderung auch gesundheitliche Merkmale fest, die Voraussetzungen sind für die Inanspruchnahme von Nachteilsausgleich für schwerbehinderte Menschen. Zu diesen Merkmalen gehört z.B. die außergewöhnliche Gehbehinderung, für die im Schwerbehindertenausweis das Merkzeichen "aG" einzutragen ist (§ 3 Abs. 1 Schwerbehinderten-Ausweisverordnung vom 25. Juli 1991, in der Fassung vom 13. Dezember 2007 BGBl I S. 2104, 2128). Voraussetzung für die Eintragung ist, dass der schwerbehinderte Mensch außergewöhnlich gehbehindert ist im Sinne des [§ 6 Abs. 1 Nr. 14 Straßenverkehrsgesetz](#) oder entsprechend der straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften. [§ 6 Abs. 1 Nr. 14 Straßenverkehrsgesetz](#) ermächtigt das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, Rechtsverordnungen mit Zustimmung des Bundesrates zu erlassen, u.a. über die Schaffung von Parkmöglichkeiten für schwerbehinderte Menschen mit außergewöhnlicher Gehbehinderung, mit Amelie (d.h. Fehlen einer Extremität) oder Phokomelie (d.h. die Fehlbildung einer Extremität) oder vergleichbaren Funktionseinschränkungen sowie für blinde Menschen, insbesondere in unmittelbarer Nähe ihrer Wohnung und Arbeitsstätte. Die hierzu ergangene Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Änderung der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Straßenverkehrs-Ordnung (VVV-StVO) vom 22. Juli 1976 regelt unter Ziffer II Einzelheiten über die Voraussetzungen der Inanspruchnahme der erlaubten Parkerleichterung für Schwerbehinderte mit außergewöhnlicher Gehbehinderung (vgl. Bundesanzeiger 1976 Nr. 142, 3). Danach sind Schwerbehinderte mit außergewöhnlicher Gehbehinderung nur solche Personen, die sich wegen der Schwere ihres Leidens dauernd nur mit fremder Hilfe oder nur mit großer Anstrengung außerhalb ihres Kraftfahrzeuges bewegen können. Hierzu zählen: Querschnittsgelähmte, Doppeloberschenkelamputierte, Doppelunterschenkelamputierte, Hüftexartikuliert und einseitig Oberschenkelamputierte, die außer Stande sind, ein Kunstbein zu tragen, oder nur eine Beckenkorbprothese tragen können oder zugleich unterschenkel- oder armamputiert sind sowie andere Schwerbehinderte, die nach versorgungsärztlicher Feststellung, auch aufgrund von Erkrankungen, dem vorstehend angeführten Personenkreis gleichzustellen sind.

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG, Urteil vom 12. Februar 1997, Die Sozialgerichtsbarkeit 1997, 217) liegt eine außergewöhnliche Gehbehinderung nur vor, wenn die Möglichkeit der Fortbewegung in einem hohen Maße eingeschränkt ist, wobei ausdrücklich auf die Behinderung beim Gehen abzustellen ist. Insbesondere kommt es darauf an, ob der Behinderte sich nur unter großen körperlichen Anstrengungen zu Fuß fortbewegen kann (BSG vom 29. März 2007, SGB 2007, 352). Der Kläger gehört nicht zu den Schwerbehinderten mit den o.g. Gesundheitsstörungen; er ist auch nicht aufgrund seiner Behinderung diesem Personenkreis gleichzustellen.

Dies ergibt sich zur Überzeugung des Senats aufgrund des vom SG eingeholten Sachverständigengutachtens von Dr. G., des vom Senat eingeholten Sachverständigengutachtens des Orthopäden Dr. D. vom 22. März 2010 und der o.g. versorgungsärztlichen Stellungnahme vom 19. Oktober 2005. Der Senat nimmt auf die zutreffende Beweismäßigkeit des Gutachtens des Sachverständigen Dr. G. durch das SG Bezug ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)).

Damit ergibt sich ein Entzug des Merkzeichens "aG" nicht aus [§ 48 SGB X](#). Der Bescheid vom 19. Oktober 2005 enthält auch nicht einen Widerrufsvorbehalt, der es ermöglichen würde, das Merkzeichen "aG" nach Ablauf eines Jahres zu entziehen. Zwar hat der Beklagte in diesem Bescheid angegeben, dass das Versorgungsamt sich für Oktober 2006 einen Termin für eine Nachprüfung vorgemerkt habe, da der ärztliche Dienst eine wesentliche Änderung des Gesundheitszustandes für möglich halte. Hierin liegt jedoch kein Widerrufsvorbehalt im

Sinne des [§ 32 Abs. 2 Nr. 3 SGB X](#). Ein Widerrufsvorbehalt gibt der Verwaltung die Möglichkeit, unter konkret angegeben oder sich aus dem Gesetz ergebenden Gründen einen Verwaltungsakt zu widerrufen. Er schränkt somit die Bindungswirkung eines Verwaltungsaktes ein und führt dazu, dass bei der auf ihn gestützten Rücknahme eines Bescheides Vertrauensschutzgesichtspunkte des [§ 45 SGB X](#) nicht zu berücksichtigen sind. Insoweit enthält der Bescheid vom 19. Oktober 2005 nicht eine eigenständige Regelung, sondern lediglich den Hinweis, dass nach Ablauf der genannten Zeit eine medizinische Überprüfung der gesundheitlichen Voraussetzungen für das streitige Merkzeichen vorgesehen ist. Gebundene Verwaltungsakte können überdies außerhalb der Voraussetzungen des [§ 32 Abs. 1 SGB X](#) nicht mit einem Widerrufsvorbehalt versehen werden. Danach darf ein Verwaltungsakt, auf den ein Anspruch besteht mit einer Nebenbestimmung nur versehen werden, wenn sie durch Rechtsvorschrift zugelassen ist oder wenn sie sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden. Letzteres bedeutet, dass die Vorschrift nur herangezogen werden darf, um die Erfüllung geringfügiger tatbestandlicher Voraussetzungen eines Verwaltungsaktes sicherzustellen. Fehlen wesentliche Voraussetzungen, muss die Behörde einen ablehnenden Bescheid erteilen und der Betroffene später gegebenenfalls einen neuen Antrag stellen. Damit fehlt es auch an den grundlegenden Voraussetzungen im Sinne des [§ 32 Abs. 1 SGB X](#) für die Zulässigkeit eines Widerrufsvorbehalts.

Es ist schließlich rechtlich nicht möglich, den angefochtenen Bescheid vom 3. April 2007, der als "Änderungs-Bescheid" unter Berufung auf 48 SGB X erlassen worden ist, in einen Rücknahmebescheid nach [§ 45 SGB X](#) umzudeuten. Ein derartiger Bescheid würde die Rücknahme eines von Anfang an rechtswidrigen Verwaltungsaktes zulassen. Ohne hier auf die einzelnen verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die Rücknahme nach [§ 45 SGB X](#) einzugehen, steht einer Umdeutung im Sinne des [§ 43 SGB X](#) schon entgegen, dass [§ 45 SGB X](#) eine Ermessensausübung voraussetzt, die hier nicht vorliegt (vgl. BSG vom 3. Januar 2006, info also 2006, 218; BSG vom 20. Oktober 2005, [BSGE 95, 176](#) f.). Nach [§ 43 Abs. 3 SGB X](#) kann eine Entscheidung, die nur als gesetzlich gebundene Entscheidung ergehen kann, nicht in eine Ermessensentscheidung umgedeutet werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor ([§ 160 Abs. 2 Nrn.1, 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2010-11-09