

## L 6 SB 47/05

Land

Freistaat Sachsen

Sozialgericht

Sächsisches LSG

Sachgebiet

Entschädigungs-/Schwerbehindertenrecht

Abteilung

6

1. Instanz

SG Dresden (FSS)

Aktenzeichen

S 19 SB 536/04

Datum

15.06.2005

2. Instanz

Sächsisches LSG

Aktenzeichen

L 6 SB 47/05

Datum

26.10.2005

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

1. Wegen der erheblichen, u.U. mit [Art 19 Abs 4 GG](#) kollidierenden Belastung des Leistungs- bzw. Verpflichtungsklägers ist [§ 131 Abs 5 SGG](#) bei diesen Klagen nur anwendbar, wenn die unterlassene Sachaufklärung so erheblich ist, dass die Verlagerung des Ermittlungsaufwands auf die Gerichte im Interesse der Allgemeinheit an einer funktionierenden Verwaltung nicht mehr hinzunehmen ist. Dies erfordert zumindest hinsichtlich eines Elements des Streitgegenstandes (im Schwerbehindertenrecht hinsichtlich einer der für den GdB oder ein Merkzeichen relevanten Behinderungen) einen Ermittlungsausfall, d.h. das diesbezügliche Unterlassen jeglicher verwertbaren Ermittlung, die das Gericht zwingt, dazu erstmals selbst zu ermitteln.

2. Soweit nach [§ 131 Abs 5 SGG](#) Verwaltungsakte mit Dauerwirkung (wie bei Statusfeststellungen im Schwerbehindertenrecht) aufzuheben sind, ist eine isolierte Aufhebung allein des Widerspruchsbescheides ausgeschlossen.

3. Abweichend von der finanzgerichtlichen Rechtsprechung begründet die Notwendigkeit, ein medizinisches Gutachten mit eigener Untersuchung durch den Sachverständigen einzuholen, einen erheblichen Ermittlungsaufwand im Sinne des [§ 131 Abs 5 Satz 1 SGG](#).

4. Wird die Entscheidung nach [§ 131 Abs 5 SGG](#) rechtskräftig, ist die Behörde infolge der Rechtskraft auch inhaltlich an die vom Gericht für erforderlich gehaltene Ermittlung nach Art und Umfang gebunden und muss z.B. ein Gutachten nach eigener Untersuchung durch ihren ärztlichen Dienst einholen, wenn das Gericht eine Sachaufklärung in dieser Form für erforderlich gehalten hat.

5. Bei Feststellung des Merkzeichens "aG" ist eine Entscheidung nach [§ 131 Abs 5 SGG](#) - vorbehaltlich seiner weiteren Voraussetzungen - auch dann gerechtfertigt, d.h. ein Ermittlungsausfall anzunehmen, wenn der Behörde inhaltlich zwar ausreichende, aber veraltete und damit zeitlich unverwertbare Befunde vorliegen sowie die (wenigen) aktuellen Befunde nicht alle für die Beurteilung der Gehfähigkeit zumindest potentiell relevanten Behinderungen erfassen.

I. Die Berufung der Beklagten gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Dresden vom 15.06.2005 wird zurückgewiesen.

II. Der Beklagte trägt auch die außergerichtlichen Kosten des Klägers im Berufungsverfahren.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Der Beklagte wendet sich mit seiner Berufung gegen die Zurückverweisung der Sache an ihn zum Zwecke erneuter Sachverhaltsermittlung hinsichtlich des Merkzeichens "aG" (außergewöhnliche Gehbehinderung). Der am ...1925 geborene, derzeit 80 Jahre alte Kläger war bereits nach dem Recht der DDR seit 1947 wegen einer Hirnverletzung als schwerbeschädigt anerkannt. Zuletzt wurden bei ihm aufgrund des Bescheides des Beklagten vom 08.02.2001 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18.01.2002 ab 11.05.2000 ein Grad der Behinderung (GdB) von 70 und die Merkzeichen "G" und "B" wegen

1. Funktionsbehinderung beider Knie- und Hüftgelenke, Knorpelschäden beider Kniegelenke, 2. Hirndurchblutungsstörungen, Koordinationsstörungen, 3. Bewegungseinschränkung am linken Handgelenk, Narbe am linken Handgelenk, 4. Funktionsbehinderung der Wirbelsäule, 5. Bewegungseinschränkung im linken Schultergelenk,

festgestellt. Nachdem in der Folge ein Neufeststellungsantrag mit Bescheid vom 29.07.2003 abgelehnt worden war, beantragte der Kläger am 08.03.2004 die Erhöhung des GdB und die Zuerkennung des Merkzeichens "aG", weil er sich seit einem Unfall im Januar 2001 nur noch mit Gehhilfe und unter starken Schmerzen etwa 150 m zu Fuß fortbewegen könne. Der Beklagte zog zur Prüfung dieses Antrags ergänzend zu den in der Akte befindlichen medizinischen Unterlagen aus den vorangegangenen Verwaltungsverfahren einen Befundbericht von Dr. med. O1 ..., Facharzt für Orthopädie, vom 17.03.2004 bei, der Befunde aus Februar und März 2003 mitteilte (Blätter 171/172 des beigezogenen Verwaltungsvorgangs). Hierzu holte der Beklagte eine versorgungsärztliche Stellungnahme vom 27.07.2004 ein, wonach der Befund des Orthopäden aus Februar und März 2003 keine neuen Erkenntnisse bringe und die bereits in den vorangegangenen

Verwaltungsverfahren getroffene Einschätzung belege. Der Kläger laufe mit einem Gehstock, so dass ihm das Merkzeichen "aG" nicht zustehe. Der Gesamt-GdB betrage daher weiterhin 70 mit den Merkzeichen "G" und "B". Darauf gestützt lehnte der Beklagte mit Bescheid vom 05.08.2004, zur Post aufgegeben am gleichen Tag, die Erhöhung des GdB und die Zuerkennung des Merkzeichens "aG" ab. Mit dem dagegen am 07.09.2004 erhobenen Widerspruch machte der Kläger im Wesentlichen geltend, dass sich seine Gehfähigkeit infolge der Knieschäden, der ausgeprägten Len-denwirbelschmerzen und der Schwindelercheinungen mit Übelkeit bereits bei geringer Belastung deutlich verschlechtert habe und er wegen der Schädigung seines linken Armes eine Gehhilfe nicht benutzen könne, so dass er nach etwa 20 m eine Pause machen müsse und außerhalb seines Autos kaum bewegungsfähig sei. Ergänzend legte er ein Attest von Dr. med. O1 ... vom 15.06.2004 mit dem Vermerk "Pri-vatzweck zur Vorlage Vers." vor, wonach wegen einer Kriegsverletzung der linken Hand ein Gehstock nicht benutzt werden könne und die Mobilität daher erheblich eingeschränkt sei, weshalb eine Begutachtung erfolgen müsse (Blatt 181 des beigezogenen Verwaltungs-vorgangs). Der Beklagte holte daraufhin einen weiteren Befundbericht von Dr. med. O1 ... vom 14.09.2004 ein, wonach anamnestisch eine unveränderte Schwellung des rechten Kniegelenks seit dem Unfall 2001 bestehe und ein Gutachten benötigt werde, befundmäßig eine Schwellung des rechten Kniegelenks vorliege, die nicht straff sei und keine Punktion erfordere sowie eine gesicherte, aktivierte Valgusgonarthrose rechts zu diagnostizieren sei (Blätter 185/186 des beigezogenen Verwaltungsvorgangs). Ohne weitere versorgungsärztliche Stellungnahme wies der Beklagte sodann den Wider-spruch mit Widerspruchsbescheid vom 10.11.2004 zurück, weil bei Auswertung aller in der Akte befindlichen Befunde, insbesondere derjenigen von Dr. med. O1 ..., der GdB mit 70 richtig bewertet sei und das Merkzeichen "aG" nicht zuerkannt werden könne. Dagegen hat der Kläger am 01.12.2004 Klage erhoben und sinngemäß beantragt, den Be-klagten unter Aufhebung des Bescheides vom 05.08.2004 in Gestalt des Widerspruchsbe-scheides vom 10.11.2004 zu verpflichten, bei ihm die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen "aG" festzustellen, weil er aus gesundheitlichen Gründen bereits ge-ringe Strecken nicht laufen könne und außerdem gegen Nikotin hochgradig allergisch sei, weswegen er beim geringsten Einatmen das Bewusstsein verliere und dann erst recht nicht mehr laufen könne. Der Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen, weil es keine neuen Aspekte gebe und legte am 19.01.2005 dem Sozialgericht seine Verwaltungsakten vor. Das Sozialgericht hat die Beteiligten daraufhin jeweils mit Schreiben vom 31.03.2005 zur beabsichtigten Entscheidung durch Gerichtsbescheid angehört und angekündigt, nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) verfahren zu wollen, weil die vom Beklagten eingeholten Befunde we-gen der möglichen Wechselwirkung zwischen orthopädischen Leiden und den Koordinati-onsstörungen nicht ausreichend seien, um die Voraussetzungen des Merkzeichens "aG" zu prüfen, und weil Dr. med. O1 ... ausdrücklich eine Begutachtung für erforderlich gehalten habe. Die Beteiligten haben sich mit der Entscheidung durch Gerichtsbescheid einverstan-den erklärt, wobei der Kläger sein bisheriges Vorbringen im Klage- und Verwaltungsver-fahren wiederholt und der Beklagte ausgeführt hat, dass die Befundberichte zur Beurteilung des Merkzeichens "aG" ausreichend seien. Insbesondere habe er entgegen Dr. med. O1 ... eine Begutachtung nicht für erforderlich gehalten, weil die orthopädischen Leiden schon seit Jahren vorhanden gewesen und Koordinationsstörungen bisher nicht in der Form mit-geteilt worden seien, dass hierdurch das Gehvermögen wesentlich beeinträchtigt werden könne. Zudem seien auch die Sozialgerichte zur Amtsermittlung befugt und verpflichtet, so dass nur eine erhebliche, unterlassene Sachverhaltsermittlung zur Aufhebung nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) berechtige. Der Beklagte hat insofern Bezug auf eine versorgungsärztliche Stellungnahme vom 01.06.2005 genommen, worin unter konkreter Nachzeichnung der medizinischen Befunde in entsprechender Weise argumentiert und insbesondere ausgeführt wird, dass angesichts der medizinischen Gutachten aus 1997 und 1998 nicht nachvollzieh-bar sei, weshalb die Schäden an der linken Hand so schwer sein sollen, dass ein Gehstock nicht benutzt werden könne. Jedenfalls könne dann ein Rollator oder ein Gehbänkchen verwendet werden. Mit seinem Vorschlag, eine Begutachtung durchzuführen, habe der behandelnde Orthopäde offenbar ein solches für die Unfallversicherung gemeint, während die Befundlage für hiesige Zwecke kein Gutachten erfordere. Das Sozialgericht Dresden hat daraufhin mit Gerichtsbescheid vom 15.06.2005 den Be-scheid vom 05.08.2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.11.2004 aufgehoben, ohne in der Sache zu entscheiden, weil diese Bescheide unter Verstoß gegen den von Amts wegen zu beachtenden Untersuchungsgrundsatz aus [§ 20 SGB X](#) ergangen und daher gemäß [§ 131 Abs. 5 SGG](#) aufzuheben seien. [§ 131 Abs. 5 Satz 1 SGG](#) finde entgegen der in der Literatur vertretenen Auffassung von Bionert (SGB 2005, 84) nicht nur auf reine Anfechtungsklagen, sondern auch auf kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen Anwendung. Zwar sei [§ 131 Abs. 5 Satz 1 SGG](#) nach der amtlichen Gesetzesbegründung ([BT-Drs. 15/1508, S. 29](#) zu Art. 8 Nr. 1) der Regelung des [§ 113 Abs. 3 Satz 1 VwGO](#) nachgebildet und dort sei der Anwendungsbereich nach der Rechtsprechung der Verwal-tungsgerichte auf reine Anfechtungsklagen beschränkt. Jedoch sage die Gesetzesbegrün-dung nicht, ob eine derartige Beschränkung auch bei [§ 131 Abs. 5 SGG](#) gewollt sei. Gegen eine solche Beschränkung spreche, dass die Vorschrift des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) erst nach den Vorschriften des [§ 131 Abs. 1 bis 4 SGG](#) über Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ein-gefügt worden sei, während [§ 113 Abs. 3 Satz 1 VwGO](#) unmittelbar nach den Vorschriften über die Anfechtungsklage stehe und sich erst danach in [§ 113 Abs. 4 und 5 VwGO](#) die Vorschriften über Leistungs- und Verpflichtungsklagen finden. Auch gebiete der Zweck des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) dessen Anwendung auch auf Verpflichtungsklagen, weil der Ge-setzgeber damit das Ziel verfolgt habe, den Gerichten zeit- und kostenaufwendige Ermitt-lungen zu ersparen, die eigentlich der Behörde obliegen. Anders als in der Verwaltungsge-richtsbarkeit seien vor den Sozialgerichten aber die meisten Klagen auf Leistung oder Ver-pflichtung gerichtet, so dass bei Beschränkung nur auf Anfechtungsklagen für [§ 131 Abs. 5 SGG](#) nur ein geringer Anwendungsbereich verbliebe. Im Übrigen sei den Sozialgerichten wegen der Kostenfreiheit des Verfahrens anders als den Verwaltungsgerichten ein Abwäl-zen der Ermittlungskosten auf die Beteiligten verwehrt, so dass [§ 131 Abs. 5 SGG](#) ein Mit-tel sei, die Ermittlungskosten dort anfallen zu lassen, wo sie nach dem Willen des Gesetz-gebers entstehen sollen. Dem Beklagten habe es sich geradezu aufdrängen müssen, dass weitere Ermittlungen erforderlich seien, weil die von den behandelnden Ärzten angegebene-n Befunde ungeeignet seien, die Voraussetzungen des Merkzeichens "aG" zu prüfen. Denn angesichts der Befunde von Dr. med. O1 ... bleibe offen, ob das Gehen für den Klä-ger mit großer Anstrengung verbunden sei. Insbesondere die Wechselwirkung mit den Ko-ordinationsstörungen sei durch aktuelle Befunde überhaupt nicht ermittelt. Insoweit sei letztlich ein Sachverständigengutachten notwendig, was den noch erforderlichen Ermitt-lungsaufwand erheblich mache. Die Aufhebung des Bescheides und Widerspruchsbeschei-des mit der Folge, dass der Beklagte nunmehr diese Ermittlungen selbst vornehmen müsse, führe nicht zwangsläufig zu einer Verfahrensverzögerung, weil der Beklagte über einen eigenen medizinischen Dienst verfüge, der die Begutachtung unter Umständen schneller durchführen könne, als das Gericht. Die damit verbundenen Zusatzkosten seien bei ord-nungsgemäßer Sachverhaltsaufklärung ohnehin vom Beklagten zu tragen gewesen. Die Zurückverweisung entspreche deshalb auch den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaft-lichkeit und Verhältnismäßigkeit, zumal bei ordnungsgemäßer Ermittlung durch den Be-klagten die zusätzlichen Kosten des Gerichtsverfahrens vermieden worden wären. Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten vom 28.06.2005, mit welcher er im We-sentlichen seinen Vortrag aus dem erstinstanzlichen Verfahren wiederholt und ergänzend ausführt, dass selbst dann, wenn ein ergänzender Befundbericht erforderlich gewesen sein sollte, dessen Einholung jedenfalls kein erheblicher Ermittlungsaufwand im Sinne des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) sei. In solchen Fällen, in denen auch ein Befundbericht im Klageverfah-ren und eine hierzu dann abzugebende versorgungsärztliche Stellungnahme gegenüber dem Gericht ausreichen, bedeute die Zurückverweisung eine unzumutbare Verfahrensverzögerung.

Der Beklagte und Berufungskläger beantragt, den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Dresden vom 15.06.2005 aufzuheben und die Sache

an das Sozialgericht Dresden zurückzuverweisen. Der Kläger hat sich diesem Antrag angeschlossen und seinen Erkrankungsverlauf dargestellt sowie eine unzureichende Ermittlung und Würdigung der Befunde der behandelnden Ärzte gerügt. Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird im Übrigen auf die Gerichtsakten beider Instanzen sowie die beigezogenen Verwaltungsvorgänge Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte sowie form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig, aber nicht be-gründet. Das Sozialgericht hat im Ergebnis zu Recht gemäß [§ 131 Abs. 5 Sätze 1 und 4 SGG](#) den Bescheid vom 05.08.2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.11.2004 aufgehoben, ohne in der Sache zu entscheiden. Nach [§ 131 Abs. 5 Sätze 1 und 4 SGG](#) kann das Gericht binnen 6 Monaten seit Eingang der Behördenakten bei Gericht den Verwaltungsakt und den Widerspruchsbescheid aufheben, ohne in der Sache selbst zu entscheiden, wenn es eine weitere Sachaufklärung für erforderlich hält, nach Art oder Umfang die noch erforderlichen Ermittlungen erheblich sind und die Aufhebung auch unter Berücksichtigung der Belange der Beteiligten sachdienlich ist. Die Anwendung dieser Vorschrift führt daher zu einer vollständigen Zurückverweisung des Rechtsstreits an die Behörde zum Zwecke erneuter Ermittlung und neuer Bescheiderteilung. [§ 131 Abs. 5 SGG](#) wurde durch Artikel 8 Nr. 1 des 1. Justizmodernisierungsgesetzes vom 24.08.2004 ([BGBl. I Seiten 2198 ff.](#), 2205) mit Wirkung zum 01.09.2004 (Art. 14 Satz 1 des 1. Justizmodernisierungsgesetzes) dem bisherigen [§ 131 SGG](#) angefügt. Diese Vorschrift lehnt sich nach den Motiven des Gesetzgebers unmittelbar an die bereits vorhandenen, fast wortgleichen Vorschriften des [§ 113 Abs. 3](#) der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) sowie des [§ 100 Abs. 3](#) der Finanzgerichtsordnung (FGO) an und soll dem Gericht eine zeit- und kostenintensive Ermittlung ersparen, die eigentlich der Behörde obliegt, weil nach den Beobachtungen der Praxis die erforderliche Sachverhaltsaufklärung von den Verwaltungsbehörden zum Teil unterlassen werde, was zu einer sachwidrigen Aufwandsverlagerung auf die Gerichte führe ([BT-Drs. 15/1508 Seite 29](#), [BR-Drs. 378/03, Seite 67](#)). Hiervon ausgehend hat das Sozialgericht zu Recht angenommen, dass [§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf die vorliegend in der Sache erhobene, kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (Aufhebung des Bescheides vom 05.08.2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.11.2004 und Verpflichtung des Beklagten, die Voraussetzungen des Merkzeichens "aG" festzustellen) anwendbar ist. In Anlehnung an die ganz herrschende verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung und Lite-ratur zu [§ 113 Abs. 3 VwGO](#) (vgl. u.a.: BVerwG v. 06.07.1998, Az: [9 C 45/97](#), [BVerwGE 107, 128 ff.](#); Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. 2003, § 113 Rn. 166) wird in der sozial-rechtlichen Literatur zwar überwiegend vertreten, dass [§ 131 Abs. 5 SGG](#) nur auf reine Anfechtungsklagen, nicht aber auf Verpflichtungsklagen Anwendung finde (Kras-ney/Udsching, Handbuch des Sozialgerichtlichen Verfahrens, 4. Aufl. 2005, Kapitel VII, Rn. 138a; Meyer-Ladewig in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, § 131 Rn. 18; Rohwer-Kahlmann, SGG, Stand: Juni 2005, § 131 Rn. 26; Bienert, SGB 2005, Sei-ten 84 ff.; Humpert in: Berliner Kommentar zum SGG, § 131 Rn. 8). Jedoch gehen die bisher in der Sozialgerichtsbarkeit zu [§ 131 Abs. 5 SGG](#) ergangenen Entscheidungen – ebenso wie die hier vorliegende erstinstanzliche Entscheidung – von dessen Anwendbar-keit auch auf Leistungs- und Verpflichtungsklagen aus (LSG Nordrhein-Westfalen v. 11.05.2005, Az: [L 8 RJ 141/04](#), zitiert nach JURIS; SG Dresden v. 11.08.2005, Az: [S 18 KR 304/05](#), zitiert nach JURIS), ebenso wie ein Teil der sozialrechtlichen Literatur (Zeihe, SGG, Stand: 21.07.2005, § 131 Rn. 25b). Der Senat schließt sich letzterer Ansicht an. Denn anders als bei [§ 113 Abs. 3 VwGO](#), des-sen Anwendung bereits nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers auf Anfech-tungsstreitigkeiten beschränkt ist ([BT-Drs. 11/7030 Seite 21](#) oben), enthalten die zitierten Motive zu [§ 131 Abs. 5 SGG](#) keinen Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber dessen Anwen-dung auf reine Anfechtungsklagen beschränken wollte. Dem Gesetzgeber kann ein solcher Wille wegen der ausdrücklichen Anlehnung an [§ 113 Abs. 3 VwGO](#) auch nicht ohne wei-teres unterstellt werden (so aber Bienert, SGB 2005, 84 ff., Seite 85). Denn dann hätte der Gesetzgeber die Regelung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) nicht an das Ende der Vorschrift, hinter den Regelungen des [§ 131 Abs. 1 bis 4 SGG](#) über Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, einfügen müssen, was nahe legt, dass von [§ 131 Abs. 5 SGG](#) beide Klagearten erfasst wer-den sollen. Vielmehr hätte der Gesetzgeber die Vorschrift unmittelbar nach den Regelun-gen über die Anfechtungsklage einfügen können, wie dies bei [§ 113 Abs. 3 VwGO](#) der Fall ist, der systematisch hinter den Regelungen über die Anfechtungsklage in [§ 113 Abs. 1 und 2 VwGO](#), aber noch vor den Regelungen über die Leistungs- und Verpflichtungsklage in [§ 113 Abs. 4 und 5 VwGO](#) steht (ebenso: LSG Nordrhein-Westfalen a.a.O.). Allerdings spricht die ausdrückliche Anlehnung des Gesetzgebers auch an die Vorschrift des [§ 100 Abs. 3 FGO](#) nicht für, sondern – ebenso wie die Anlehnung an [§ 113 Abs. 3 VwGO](#) – eher gegen die Anwendung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf Verpflichtungsklagen (a.A. LSG Nordrhein-Westfalen a.a.O.). Denn [§ 100 FGO](#) regelt nach den Motiven des Gesetzgebers zu [§ 100 Abs. 3 FGO](#) ausdrücklich nur Inhalt und Umfang der gerichtlichen Entscheidung bei Anfechtungsklagen ([BT-Drs. 12/1061, Seite 18](#)), was sich ohne weiteres daraus erklärt, dass in der FGO die Verpflichtungsklage – noch weitergehend als in der VwGO – in einer eigenen Norm, dem [§ 101 FGO](#), geregelt ist. Es ist daher schon wegen der eigenständigen Regelung der Verpflichtungsklage in [§ 101 FGO](#) ausgeschlossen, dass [§ 100 Abs. 3 FGO](#) unmittelbar auf die Verpflichtungsklage anwendbar ist. Auch eine ana-loge Anwendung von [§ 100 Abs. 3 FGO](#) auf die Verpflichtungsklage wird in der Kommen-tierung zu [§ 101 FGO](#) unter Hinweis auf eine die analoge Anwendung des [§ 100 Abs. 2 FGO](#) ablehnende Entscheidung des Bundesfinanzhofs (BFH v. 26.10.1994, Az: [X R 104/92](#), [BFHE 176, 3 ff.](#)) nicht angenommen (Tipke/Kruse, AO und FGO, [§ 101 FGO](#) Rn. 3). Deshalb findet sich auch in der Kommentierung zu [§ 100 Abs. 3 FGO](#) (Tip-ke/Kruse, AO und FGO, [§ 100 FGO](#) Rn. 39-48) kein Hinweis auf dessen Anwendung bei Verpflichtungsklagen. Im Übrigen ist auch [§ 100 Abs. 3 FGO](#) systematisch noch vor der Regelung über die Leistungsklage ([§ 100 Abs. 4 FGO](#)) eingefügt worden. Schließlich ist der Hinweis in den Motiven zu [§ 100 Abs. 3 FGO](#), dass ... "damit der Anwendungsbereich dieser Vorschrift erweitert worden ist," ... auf die Vorgängervorschrift zu [§ 100 Abs. 3 FGO](#), den [§ 100 Abs. 2 Satz 2 FGO](#) a.F., bezogen, der nur für Geldleistungsverwaltungsak-te galt und wo für die Zurückverweisung an die Behörde noch ein wesentlicher Verfah-rensmangel erforderlich war ([BT-Drs. 12/1061, Seite 19](#)). Der gleiche Hinweis auf einen erweiterten Anwendungsbereich gegenüber dem des [§ 100 Abs. 2 Satz 2 FGO](#) a.F. findet sich im Übrigen auch in den Motiven zu [§ 113 Abs. 3 VwGO](#), der ausdrücklich in Kennt-nis und auf Grundlage des [§ 100 Abs. 2 Satz 2 FGO](#) a.F. ohne Beschränkung auf einen wesentlichen Verfahrensmangel eingeführt wurde ([BT-Drs. 11/7030 Seite 30](#) oben). [§ 100 Abs. 3 FGO](#) ist deshalb ebenso wenig wie [§ 113 Abs. 3 VwGO](#) auf Verpflichtungsklagen anwendbar. Sind die zu einer Anwendbarkeit des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf Leistungs- und Verpflich-tungsklagen schweigenden Motive des Gesetzgebers somit nicht eindeutig, weil die An-lehnung an die nur für Anfechtungsklagen geltenden [§§ 113 Abs. 3 VwGO](#) und [100 Abs. 3 FGO](#) gegen und die von diesen Normen abweichende systematische Stellung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) am Ende der Vorschrift für dessen Anwendbarkeit auf Verpflichtungsklagen spricht, ist nach Auffassung des Senats letztlich der aus den Motiven hervorgehende Ge-setzeszweck entscheidend. Denn angesichts der Tatsache, dass abweichend von der Ver-waltungs- und Finanzgerichtsbarkeit in der Sozialgerichtsbarkeit überwiegend Anfech-tungsklagen kombiniert mit Leistungs- oder Verpflichtungsklagen erhoben werden und gerade bei diesen Klagen bedingt durch die hier in der Regel vorliegenden medizinischen Sachverhalte aufwendige und kostenintensive medizinische Ermittlungen erforderlich sind, wäre [§ 131 Abs. 5 SGG](#) bei Geltung nur für isolierte Anfechtungsklagen seines wesentli-chen Anwendungsbereiches beraubt, selbst wenn einige Anwendungsfälle verbleiben wür-den (vgl. die Beispiele bei Bienert, SGB 2005, 84 ff., Seite 88). Nur wenn [§ 131 Abs. 5 SGG](#) auch für Leistungs- und Verpflichtungsklagen gilt, besteht daher in nennenswertem Umfang die Möglich-keit, einer sachwidrigen Aufwandsverlagerung auf die Gerichte zu begegnen und dem Gericht eine zeit- und kostenintensive Sachverhaltsaufklärung zu erspa-ren, die eigentlich der Behörde

obliegt (ebenso im Ergebnis: LSG Nordrhein-Westfalen a.a.O.). Vor diesem Hintergrund ist die Erstreckung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf Leistungs- und Verpflichtungsklagen auch nicht deshalb entbehrlich, weil mittels einer Bescheidungsklage prozessual das gleiche Ergebnis wie durch eine Anwendung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) zu erzielen ist, wie teilweise vertreten wird (u.a. Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. 2003, § 113 Rn. 169; Meyer-Ladewig in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, § 131 Rn. 18). Denn durch eine solche Bescheidungsklage wird dem Verpflichtungskläger nicht die gleiche Rechtsposition eingeräumt wie durch [§ 131 Abs. 5 SGG](#). Zwar hätte es der Verpflichtungskläger durch eine Umstellung auf eine Bescheidungsklage selbst in der Hand, die Aufhebung und Verpflichtung zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu erreichen, welche dann dahin gehen würde, der Behörde die erforderlichen Ermittlungen als Rechtsauffassung des Gerichts vorzuschreiben. Jedoch ist zum einen fraglich, ob dem jeweiligen Rechtssuchenden zuzumuten ist, zu erkennen, dass nicht ordnungsgemäß ermittelt wurde. Diese Prüfung obliegt in der Regel dem Gericht, welches dann gehalten wäre, auf die Möglichkeit einer entsprechenden Klageänderung hinzuweisen. Zum anderen ginge dem rechtssuchenden Verpflichtungskläger die verfahrensbeschleunigende Frist des [§ 131 Abs. 5 Satz 4 SGG](#) von 6 Monaten verloren, in der die Entscheidung nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) zu treffen ist. Angesichts dessen, dass die Anwendung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf die Verpflichtungsklage durchaus mit dem Recht auf effektiven Rechtsschutz ([Art. 19 Abs. 4 GG](#)) kollidieren kann, weil die Entscheidung über die Leistung ggf. verzögert wird, wie die Gegner der Erstreckung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf Verpflichtungsklagen betonen, wäre die Verweisung auf eine derartige Bescheidungsklage, über die nicht innerhalb von 6 Monaten zu entscheiden ist, noch problematischer als die Anwendung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf Verpflichtungsklagen. Die angesprochene Gefahr der Verzögerung des Rechtsstreits verbietet schließlich auch für sich allein genommen nicht die Anwendung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf Verpflichtungs- und Leistungsklagen, weil dem im Rahmen der Anwendung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) im Einzelfall ausreichend Rechnung getragen werden kann. Insoweit kommt der Auslegung und Anwendung der einzelnen Voraussetzungen des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) wesentliche Bedeutung zu, wobei sich der Senat insoweit an der bereits ergangenen verwaltungs- und finanzgerichtlichen Rechtsprechung zu den [§§ 113 Abs. 3 VwGO](#) und [100 Abs. 3 FGO](#) sowie an der diesbezüglichen Kommentierung unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Sozialgerichtsbarkeit orientiert. Dies erscheint sinnvoll, weil der Gesetzgeber mit der engen, fast wortgleichen Anlehnung an die [§§ 113 Abs. 3 VwGO](#) und [100 Abs. 3 FGO](#) zum Ausdruck gebracht hat, dass er jedenfalls deren inhaltliche Regelung auch auf die Sozialgerichtsbarkeit übertragen wollte. Danach ist die Prüfung, ob die drei Voraussetzungen des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) (noch erforderliche Ermittlungen, Erheblichkeit der Ermittlungen und Sachdienlichkeit der Zurückverweisung auch unter Berücksichtigung der Belange der Beteiligten) vorliegen, uneingeschränkt vom Rechtsmittelgericht überprüfbar, während dem erstinstanzlichen Gericht ein Ermessen ("kann"), ob es nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) verfährt oder nicht, erst bei Vorliegen dieser drei Voraussetzungen zusteht (so übereinstimmend: Meyer-Ladewig in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, § 131 Rn. 19/20; Rohwer-Kahlmann, SGG, Stand: Juni 2005, § 131 Rn. 27/28; Bienert, SGB 2005, 84 ff. Seite 87; Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. 2003, § 113 Rn. 167). Dem entspricht die verwaltungs- und im Ergebnis wohl auch die finanzgerichtliche Rechtsprechung (u.a.: BFH v. 30.07.2004, Az: IV B 143-144/02, [IV B 143/02](#), [IV B 144/02](#), [BFH/NV 2005, 359](#) ff.; BVerwG v. 18.11.2002, Az: [9 C 2/02](#), [BVerwGE 117, 200](#) ff.). Weshalb demgegenüber Erheblichkeit und Sachdienlichkeit lediglich Kriterien im Rahmen der Ermessensabwägung sein sollen, wie zum Teil vertreten wird (Zeihe, SGG, Stand: 21.07.2005, § 131 Rn. 28), ist hingegen nicht nachvollziehbar, weil die Frage, was erforderlich, erheblich und sachdienlich ist, dann bei konsequenter Anwendung durch das Rechtsmittelgericht nur eingeschränkt überprüfbar wäre. Für eine derart eingeschränkte Überprüfbarkeit findet sich in den Motiven des Gesetzgebers zu den [§§ 113 Abs. 3 VwGO](#), [100 Abs. 3 FGO](#) und [131 Abs. 5 SGG](#) kein Hinweis. Aus der Formulierung "Hält das Gericht ..." folgt insoweit nichts anderes. Denn der Gesetzgeber verwendet diese Formulierung auch in [§ 131 Abs. 2 bis 4 SGG](#), ohne dass etwa bei der Verpflichtungsklage gemäß [§ 131 Abs. 2 SGG](#) jemand annehmen würde, dass Gericht habe einen nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum, ob es die Verurteilung zum Erlass eines abgelehnten Verwaltungsaktes für begründet hält. Dies zugrunde gelegt kann der Gefahr einer Verzögerung der Entscheidung über die begehrte Leistung im Rahmen der vom Rechtsmittelgericht voll überprüfbaren, dritten Voraussetzung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#), dass eine Zurückverweisung auch unter Berücksichtigung der Belange der Beteiligten sachdienlich sein muss, hinreichend begegnet werden. Denn nach dem ausdrücklich geäußerten Willen des Gesetzgebers zu den [§§ 113 Abs. 3 VwGO](#) und [100 Abs. 3 FGO](#) ist sachdienlich eine Zurückverweisung an die Behörde nur dann, wenn die Behörde nach ihrer personellen und sachlichen Ausstattung eine Sachverhaltsermittlung besser durchführen kann als das Gericht und es auch unter übergeordneten Gesichtspunkten vernünftiger und sachgerechter ist, die Behörde tätig werden zu lassen ([BT-Drs. 11/7030 Seite 30](#), [BT-Drs. 12/1061 Seite 19](#)). Dem ist die verwaltungs- und finanzgerichtliche Rechtsprechung gefolgt (BVerwG v. 18.11.2002, Az: [9 C 2/02](#), [BVerwGE 117, 200](#) ff.; BFH v. 30.07.2004, Az: IV B 143-144/02, [IV B 143/02](#), [IV B 144/02](#), [BFH/NV 2005, 359](#) ff.). Zwar fehlt in den Motiven zu [§ 131 Abs. 5 SGG](#) eine derartige Formulierung. Jedoch folgt aus der engen Anlehnung an diese Vorschriften, dass dieser Grundsatz unter Beachtung des Zwecks des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) auch hier Berücksichtigung finden muss. Denn ebenso wie bei den [§§ 113 Abs. 3 VwGO](#) und [100 Abs. 3 FGO](#) besteht bei Anwendung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) ein Spannungsverhältnis zwischen dem öffentlichen Interesse an einer Entlastung der Gerichte von umfangreichen, eigentlich der Behörde obliegenden Sachverhaltsermittlungen und dem Bedürfnis der Beteiligten nach einer abschließenden und verbindlichen gerichtlichen Beurteilung des Rechtsstreits. Selbst in der Anfechtungssituation ist das Bundesverwaltungsgericht daher nur in besonders gelagerten Fällen von einem Überwiegen des Interesses an der Entlastung der Justiz ausgegangen (BVerwG v. 18.11.2002, Az: [9 C 2/02](#), [BVerwGE 117, 200](#) ff.). Es mag dahinstehen, ob diese Rechtsprechung vorbehaltlos auf die Sozialgerichtsbarkeit zu übertragen ist. Insbesondere in Anfechtungssituationen, bei denen durch eine Zurückverweisung an die Behörde die angefochtene, belastende Regelung für den jeweiligen Kläger vorerst nicht wirksam wird, mag dies bezweifelt werden. Besondere Bedeutung gewinnt dieser Gesichtspunkt jedoch dann, wenn – wie hier – eine Verpflichtungsklage oder auch eine Leistungsklage vorliegt. In diesen Fällen wird der Verpflichtungs- oder Leistungskläger durch die Zurückverweisung gerade nicht begünstigt, sondern typischerweise belastet, weil er damit rechnen muss, dass sich für ihn der Rechtsstreit verzögert, ohne dass er die Leistung erhält. Denn nur wenn die Behörde nach erneuter, diesmal ordnungsgemäßer Ermittlung die Leistung gewährt, besteht die Möglichkeit, dass er die Leistung schneller erhält als durch das Gericht. Dies ist jedoch nur eine vage Möglichkeit, weil zum einen nur schwer abschätzbar ist, ob die Ermittlungen der Behörde schneller zum Erfolg führen. Denn gerade bei den vor den Sozialgerichten ganz überwiegend anzustellenden medizinischen Ermittlungen ist die Behörde ebenso wie das Gericht auf die Einholung von externen Befundberichten angewiesen, deren Erzwingung im Weigerungsfall – etwa durch Zeugenladung – nur mit Hilfe des Gerichts möglich ist. Auch bei externen Sachverständigengutachten ist die Behörde in keiner anderen Position als das Gericht. Selbst wenn aber eine Untersuchung durch einen eigenen ärztlichen Dienst der Behörde erfolgt, ist nicht sicher, ob dies schneller als durch ein externes Gutachten geht, weil durch die Belastungssituation im öffentlichen Dienst auch hier durchaus erhebliche Wartezeiten entstehen können, wie dies dem Gericht insbesondere beim versorgungsärztlichen Dienst des Beklagten bekannt ist. Zum anderen steht selbst bei ordnungsgemäßer Ermittlung nicht fest, ob die so geschaffene Tatsachenbasis – selbst wenn sie positiv ist – auch dementsprechend von der Behörde rechtlich gewürdigt wird. Insgesamt ist der Leistungs- bzw. Verpflichtungskläger daher bei einer Zurückverweisung seinem eigentlichen Ziel, die begehrte Leistung zu erhalten, nicht näher, sondern in aller Regel weiter entfernt davon als zuvor. Dies gilt erst recht, wenn die Behörde – wie vorliegend – von dem ihr zustehenden Rechtsmittel gegen die Zurückverweisung Gebrauch macht. Insofern ist es entgegen der Argumentation des LSG Nordrhein-Westfalen (LSG Nordrhein-Westfalen a.a.O.) für den

Leistungs- bzw. Verpflichtungskläger auch kein Gewinn, nach der Zurückverweisung erneut den gesamten Rechtsmittelzug wieder vor sich zu haben. Denn die Rechtsschutzmöglichkeiten sind nicht Selbstzweck, sondern es geht dem Leistungs- bzw. Verpflichtungskläger um die endgültige Gewährung seiner Leistung. Da-her liegt ein ordnungsgemäßes Verwaltungsverfahren, welches der Leistungs- bzw. Verpflichtungskläger durch die Zurückverweisung möglicherweise gewinnt, im Stadium der einmal erhobenen Klage nicht mehr in seinem Interesse, da er nunmehr auf eine ordnungsgemäße Ermittlung des Gerichts hoffen kann. Auch besteht nicht die Gefahr, dass der Leistungs- bzw. Verpflichtungskläger für ein im Sinne der Beweiserhebung nicht vollständiges Verfahren mit außergerichtlichen Kosten belastet wird, weil ihn das Gericht im Rahmen der Kostenentscheidung gemäß [§ 193 SGG](#) entlasten kann, wenn Anlass für den Rechtsstreit eine unterlassene Ermittlung der Behörde war. Schließlich bewirkt die Einhaltung der Frist von 6 Monaten, in der die Zurückverweisung erfolgen muss, lediglich, dass nicht noch mehr Zeit bis zur endgültigen Klärung des Rechtsstreits verloren geht. Diese Frist begrenzt mithin die in der Verzögerung des Rechtsstreits liegende Belastung, beseitigt sie aber nicht. Zudem kommt hinzu, dass – anders als bei der isolierten Anfechtungsklage – mit der bloßen Aufhebung der angefochtenen Bescheide nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#), der gestellte Klageantrag auf Leistung oder Verpflichtung überhaupt nicht ausgeurteilt wird, mithin durch das Verfahren nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) im prozessualen Sinne nicht über den gesamten Streitgegenstand entschieden und trotzdem das Verfahren vor Gericht endgültig beendet wird (vgl. die dementsprechende, ausdrückliche Formulierung auf Seite 30 der [BT-Drs. 11/7030](#) zu [§ 113 Abs. 3 VwGO](#)). Die Anwendung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) führt daher in der Situation einer Leistungs- oder Verpflichtungsklage ohne Rücksicht auf den Willen des Klägers zu einer Reduzierung des Streitgegenstandes auf den Anfechtungsteil seines Antrags. Auch hierin liegt eine Belastung für den Verpflichtungs- oder Leistungskläger, dessen Klage streng genommen teilweise abgewiesen wird, auch wenn dies nicht zu tenorieren ist, damit diese teilweise Abweisung nicht in Rechtskraft erwächst. Es ist im Falle der Zurückverweisung auch nicht so, dass das Verfahren nach erneuter Bescheiderteilung durch die Behörde automatisch wieder bei Gericht anhängig wird. Vielmehr muss der Kläger erneut fristgerecht Widerspruch und Klage erheben, um seine Rechte zu wahren. Mehr noch, es existiert keine Vorschrift, welche die Behörde nach der Aufhebung der streitigen Bescheide erzwingbar verpflichtet, erneut einen Bescheid zu erteilen. Zu [§ 113 Abs. 3 VwGO](#) wird daher vertreten, die Behörde könne je nach Lage der Dinge auch auf einen erneuten Bescheid verzichten (Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. 2003, § 113 Rn. 169). Der Verpflichtungs- oder Leistungskläger ist deshalb, wenn die Behörde untätig bleibt, gezwungen einen neuen Leistungsantrag zu stellen, um eine erneute Bescheiderteilung gegebenenfalls mit einer Untätigkeitsklage gemäß [§ 88 SGG](#) durchsetzen zu können. Denn der alte Leistungsantrag wurde durch die aufgehobenen Bescheide sachlich, wenn auch verfahrensfehlerhaft, beschieden. Er lebt durch die bloße Aufhebung der streitigen Bescheide auch nicht wieder auf, weil die erneute Bescheiderteilung ansonsten sofort mit der Untätigkeitsklage erzwingbar wäre, da die Frist von 6 Monaten gemäß [§ 88 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) bei der Zurückverweisung nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) regelmäßig abgelau- fen sein dürfte. Insofern bliebe allenfalls die Möglichkeit, in der Entscheidung nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) einen erneuten Leistungsantrag zu sehen und [§ 88 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) analog anzuwenden, was der Behörde aber mindestens 6 weitere Monate Zeit für die erneuten Ermittlungen gäbe. Vor diesem Hintergrund ist die Zurückverweisung zwar nur dann sachdienlich, wenn die begründeten Möglichkeit besteht, dass die noch erforderlichen, erheblichen Ermittlungen wegen der personellen und sachlichen Ausstattung der Behörde (etwa mit einem eigenen ärztlichen Dienst) schneller vor sich gehen werden als bei Gericht. Jedoch müssen in der Situation einer Leistungs- oder Verpflichtungsklage für eine Zurückverweisung nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) darüber hinaus besondere, übergeordnete Gesichtspunkte hinzukommen, welche es rechtfertigen, dass der Verpflichtungs- oder Leistungskläger mit der Gefahr einer Verzögerung des Rechtsstreits und der Verfahrensbeendigung ohne Sachentscheidung über die begehrte Vergünstigung belastet wird. Solche übergeordneten, die Zurückverweisung bei Leistungs- oder Verpflichtungsklagen rechtfertigenden Gesichtspunkte liegen nach Auffassung des Senats nur dann vor, wenn die von der Behörde vorgenommene Ermittlung wegen des Interesses der Allgemeinheit an einer funktionierenden Verwaltung nicht mehr hinzunehmen ist, d.h. wenn die Verwaltung ihre Aufgabe, den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln, nicht wahrgenommen, sondern unterlassen hat und deshalb ein Ermittlungsausfall vorliegt. Für das Abstellen auf einen solchen Ermittlungsausfall spricht die vom Gesetzgeber in seinen Motiven gewählte Formulierung, dass in der Praxis beobachtet worden sei, dass die erforderliche Sachverhaltsaufklärung durch die Behörde zum Teil unterlassen wird ([BT-Drs. 15/1508 Seite 29](#), [BR-Drs. 378/03, Seite 67](#)). Die Verwendung der Formulierung "zum Teil unterlassen" weist insofern darauf hin, dass mit [§ 131 Abs. 5 SGG](#) vor allem die Fälle erfasst werden sollen, in denen die Behörde die Ermittlung zumindest zum Teil unterlassen hat und das Gericht daher nicht nur eine Überprüfung und Ergänzung der Ermittlungsergebnisse vornehmen, sondern die erforderliche Ermittlung – zumindest zum Teil – erstmals selbst durchführen muss. Hätte der Gesetzgeber mit der neuen Vorschrift hingegen in allen Fällen, insbesondere in denen, wo das Gericht lediglich ergänzende Ermittlungen für erforderlich hält, sicherstellen wollen, dass die Ermittlungskosten stets dort anfallen, wo sie nach dem Prinzip der Gewaltenteilung zwischen Verwaltung und Justiz eigentlich entstehen sollen, so hätte er den Sozialgerichten die Möglichkeit gegeben, die Ermittlungskosten im Rahmen der Kostenentscheidung der Behörde aufzuerlegen. Er hätte nicht den Weg über die Zurückverweisung an die Behörde wählen müssen, der – jedenfalls bei der Verpflichtungs- und Leistungsklage – stets mit einer Belastung für den jeweiligen Kläger verbunden ist. Daher kommt eine Zurückverweisung unter Berücksichtigung insbesondere der Belange des Leistungs- bzw. Verpflichtungsklägers nur bei einem Ermittlungsausfall im Sinne eines "Unterlassens" in Betracht, d.h. wenn keine für die Beurteilung des Streitgegenstandes verwertbare Ermittlung mehr vorliegt und die Sachverhaltsaufklärung der Behörde daher ausgefallen ist. Dies ist nicht nur dann gegeben, wenn überhaupt keine Sachverhaltsaufklärung erfolgt ist, sondern auch dann, wenn das Ermittlungsergebnis für die Beurteilung des Streitgegenstandes nicht verwertbar ist, weil das Gericht die erforderliche Ermittlung zu- mindest zum Teil erstmals selbst durchführen muss. Wann ein Ermittlungsergebnis danach unverwertbar ist, beurteilt sich letztlich nach dem Streitgegenstand und kann deshalb nicht allgemeingültig definiert werden. Auf die Feststellung des GdB und von Nachteilsausgleichen im Schwerbehindertenrecht bezogen, ist jedoch entscheidend, welche Behinderungen im Verwaltungsverfahren geltend gemacht wurden oder aus sonstigen Gründen (z.B. infolge vorangegangener Verwaltungsverfahren) der Behörde bekannt sein müssen. Denn die geltend gemachten oder bekannten Behinderungen bestimmen im Schwerbehindertenrecht den Umfang der notwendigen Ermittlungen, weil Streitgegenstand hier die Feststellung des GdB oder eines Nachteilsausgleichs ist, was entscheidend davon abhängt, welche Behinderungen vorliegen und wie sie sich auf bestimmte, für die einzelnen Nachteilsausgleiche relevante körperliche Funktionen auswirken. Daher ist im Schwerbehindertenrecht zu unterscheiden: Geht es um einen konkreten Nachteilsausgleich, so muss das Ermittlungsergebnis diejenigen Behinderungen betreffen, welche für die Tatbestandsvoraussetzungen des jeweiligen Nachteilsausgleichs relevant sein können. Ausgenommen sind nur die Behinderungen, die von vornherein, unter keinem denkbaren Gesichtspunkt, Auswirkungen auf die Zuerkennung des begehrten Nachteilsausgleichs haben (z.B. hat eine Schwerhörigkeit oder eine Schuppenflechte im Regelfall keine Auswirkungen auf die beim Merkzeichen "aG" zu beurteilende Gehfähigkeit). Geht es hingegen um die Feststellung des GdB, so muss das Ermittlungsergebnis alle Behinderungen betreffen, die mit dem Antrag geltend gemacht oder der Behörde sonst bekannt wurden, weil sämtliche Behinderungen relevant für die Bildung des GdB sind. Nur wenn der behinderte Mensch eine bisher geltend gemachte oder sonst bekannte Behinderung ausdrücklich nicht bewertet wissen will, kann diese unberücksichtigt bleiben (vgl. zum notwendigen Ermittlungsumfang und zur Außerachtlassung von geltend gemachten oder bekannten Behinderungen: BSG v. 08.10.1987, Az: [9a RVs 10/87](#), HV-INFO 1988, Seiten 1449 ff.). Ein Ermittlungsausfall liegt daher dann nicht vor, wenn zu jeder in diesem Sinne relevanten Behinderung medizinische Befunde vorhanden sind, gleichgültig, wie

knapp oder un-konkret sie sind und gleichgültig, ob sie von einem Arzt des betroffenen Fachgebiets oder von einer anderen, für die jeweilige Behinderung kompetenten Person, die kein Arzt sein muss, stammen. Denn dann sind diese Befunde grundsätzlich verwertbar und auch das Gericht könnte grundsätzlich seine Entscheidung darauf stützen. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Befunde keine Aussage zum streitgegenständlichen Zeitraum (im Regelfall zum aktuellen Gesundheitszustand) enthalten, weil sie z.B. veraltet sind. Dann sind sie unabhängig von ihrem Aussagegehalt schon deshalb unwerthbar. Gleichgültig ist daher, ob das Gericht – möglicherweise zu Recht – der Meinung ist, dass eine Entscheidung auf das von der Behörde erzielte Ermittlungsergebnis nicht gestützt werden könne, weil sich weitere Ermittlungen, z.B. wegen Widersprüchlichkeiten, unkonkreten oder lückenhaften Befunden usw. geradezu aufdrängen. Erst recht gilt dies dann, wenn das Gericht der Meinung ist, dass die erhobenen Befunde anders zu würdigen seien und daher ergänzende Ermittlungen erforderlich sind. Dies mag die bei Gericht noch erforderlichen, ergänzenden Ermittlungen nach Art und Umfang erheblich machen und es mag auch die begründete Möglichkeit bestehen, dass diese ergänzenden Ermittlungen durch die Behörde schneller und besser erfolgen könnten als durch das Gericht. Allein wegen der zu berücksichtigenden Belange des Leistungs- bzw. Verpflichtungsklägers ist das Gericht ohne einen Ermittlungsausfall im beschriebenen Sinne jedoch gehalten, die von ihm noch für erforderlich gehaltenen Ermittlungen dann selbst durchzuführen. Denn die Tatsachengerichte sind im Grundsatz ebenso verpflichtet, umfassend von Amts wegen zu ermitteln wie die Behörde ([§ 103 SGG](#)), und es ist insoweit auch ihre Aufgabe, Ermittlungsdefizite zu beseitigen und nicht nur – vergleichbar einem Revisionsgericht – diese zu bezeichnen und zu deren Beseitigung den Rechtsstreit zurückzuverweisen. Umgekehrt genügt es jedoch für die Annahme eines Ermittlungsausfalls, wenn das Gericht zu einer bereits im Verwaltungs- oder Widerspruchsverfahren geltend gemachten oder bekannten Behinderung erstmals selbst Ermittlungen durchführen muss, weil keine, auch nicht zu einem geringen Teil, verwertbaren Befunde zu dieser Behinderung im Verwaltungsverfahren erhoben wurden. In diesem Fall liegt, selbst wenn verwertbare Ermittlungen zu anderen Behinderungen vorliegen, zumindest zum Teil ein Ermittlungsausfall, d.h. ein Unterlassen vor, welches das Gericht zwingen würde, zu dieser Behinderung erstmals selbst Ermittlungen durchzuführen. Dann wird jedoch zu prüfen sein, ob die diesbezüglich erstmals erforderlichen Ermittlungen nach Art und Umfang erheblich sind und ob es sachdienlich ist, eine Zurückverweisung vorzunehmen, weil die begründete Möglichkeit besteht, dass die ausgefallene Ermittlung durch die Behörde schneller und besser erfolgen kann als durch das Gericht. Soweit die ausgefallenen Ermittlungen eine Behinderung betreffen, die für nur einen Streitgegenstand relevant ist (z.B. für den GdB, aber nicht für daneben geltend gemachte Nachteilsausgleiche) mag auch ein Teilurteil oder – wenn die Entscheidung innerhalb der 6 Monate gemäß [§ 131 Abs. 5 Satz 4 SGG](#) ergeht – auch eine Entscheidung teilweise nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) als Zurückverweisungsurteil und teilweise nach [§ 131 Abs. 2 SGG](#) als Verpflichtungsurteil in Betracht kommen. Nicht möglich ist jedoch die Aufhebung allein des Widerspruchsbescheides. Zwar mag es sein, dass der bei einer solchen (Teil-)Zurückverweisung nicht aufgehobener Ausgangsbescheid nicht bestandskräftig wird, weil der Widerspruch automatisch wieder auflebt und über ihn erneut zu entscheiden ist. Dies ist zumindest für den Fall anerkannt, dass der Widerspruchsbescheid abweichend von [§ 95 SGG](#) von vornherein alleiniger Gegenstand des Klageverfahrens war, weil er eine erstmalige selbstständige Beschwer enthält und daher mit einer isolierten Anfechtungsklage angegriffen wurde (Meyer-Ladewig in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, § 95 Rn. 3a ff., insbesondere Rn. 3f mit Verweis auf BVerwG v. 29.11.1961, Az: [VI C 124.61](#), [BVerwGE 13, 195](#) ff. und BSG v. 14.12.1978, Az: [1 RJ 54/78](#), [BSGE 47, 278](#) ff.). Jedoch wäre dies hier in der Verpflichtungssituation ebenfalls mit dem Problem verbunden, dass die Frist von 3 Monaten gemäß [§ 88 Abs. 2 SGG](#) für die Erhebung einer Untätigkeitsklage wegen Nichtentscheidung über den Widerspruch in der Regel abgelaufen sein wird und daher sofort mit der Zurückverweisung nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) eine Untätigkeitsklage erhoben werden könnte, was nur dann zu umgehen wäre, wenn in der Zurückverweisung analog [§ 88 Abs. 2 SGG](#) erst der Widerspruch zu sehen wäre. Ungeachtet dessen kommt eine Aufhebung nur des Widerspruchsbescheides bei der vom Senat vorgenommenen Auslegung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) denknotwendig nicht in Betracht, weil ein Ermittlungsausfall im beschriebenen Sinne niemals allein das Widerspruchsverfahren betreffen kann. Selbst wenn im Ausgangsverfahren ein Ermittlungsausfall nicht vorlag und wegen neuer, erst im Widerspruchsverfahren geltend gemachter oder bekannt gewordener Behinderungen die Ermittlung dazu erst im Widerspruchsverfahren ausgefallen bzw. unterlassen worden sein sollte, ist rückblickend aus Sicht des Gerichts, welches nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) entscheiden will, immer auch der Ausgangsbescheid betroffen. Dies nicht nur dann, wenn die im Widerspruchsverfahren erstmals geltend gemachte oder bekannt gewordene Behinderung bereits im Ausgangsverfahren vorlag, sondern auch dann, wenn die Behinderung erst nach Abschluss des Ausgangsverfahrens erstmals entstanden sein sollte. Denn dann ist der Ausgangsbescheid jedenfalls ab diesem Zeitpunkt möglicherweise rechtswidrig, was durch die nachzuholende Ermittlung festzustellen ist. Es mag daher zwar im Rahmen des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) bei einem einheitlichen Streitgegenstand (z.B. über den GdB) eine Aufteilung in Zeitabschnitte möglich sein, weil es im Schwerbehindertenrecht insoweit stets um Dauerverwaltungsakte geht. Dies hätte aber nur zur Folge, dass für den späteren Zeitabschnitt durch Teilurteil der Ausgangsbescheid in Gestalt des Widerspruchsbescheides ([§ 95 SGG](#)) aufgehoben und gemäß [§ 131 Abs. 5 SGG](#) zurückverwiesen werden könnte, während der frühere, im Ausgangsverfahren noch allein streitige Zeitabschnitt zum Zwecke der Entscheidung in der Sache anhängig bleibt und dann eine (Sach-)Entscheidung ebenfalls bezüglich des Ausgangsbescheides in Gestalt des Widerspruchsbescheides für diesen früheren Zeitabschnitt ergeht. Daher kann gemäß [§ 131 Abs. 5 SGG](#) nur eine Aufhebung des Ausgangsbescheides in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat, erfolgen. Dies legt im Übrigen bereits der Wortlaut des [§ 131 Abs. 5 Satz 1 SGG](#) nahe, der von einer Aufhebung des Verwaltungsaktes und des Widerspruchsbescheides spricht, nicht aber von einer Aufhebung des Verwaltungsaktes und des Widerspruchsbescheides oder des Widerspruchsbescheides allein. Dies bedeutet allerdings nicht, dass das Gericht auch dann zurückverweisen darf, wenn erst im Klageverfahren erstmals eine Behinderung geltend gemacht oder bekannt wird, zu welcher die Behörde keine Ermittlungen angestellt hat und auch nicht anstellen konnte, weil sie davon nichts wusste. Bei Behinderungen, die erstmals im Klageverfahren tatsächlich auftreten, ist dies ohne weiteres einleuchtend. Aber auch bei schon vorher bestehenden, der Behörde aber unbekanntem Behinderungen kann nichts anders gelten, weil der Behörde dann ein Verfahrensfehler nicht vorzuwerfen ist und sie auch nicht sachwidrig eine Aufwandsverlagerung auf die Gerichte vorgenommen hat. Die Erwägungen zur Aufhebung von Ausgangs- und Widerspruchsbescheid haben jedoch auch zur Konsequenz, dass in Fällen, in denen einem Widerspruch zuerst mit Teilabhilfebescheid teilweise abgeholfen und im Übrigen der Widerspruch mit Widerspruchsbescheid zurückgewiesen wurde, zu unterscheiden ist: Geht es um einen einheitlichen Streitgegenstand, z.B. den GdB, so kann nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) nur der Ausgangsbescheid in der Fassung des Teilabhilfebescheides in Gestalt des Widerspruchsbescheides aufgehoben werden. Denn auch hier gilt, dass selbst dann, wenn erst nach dem Erlass des Teilabhilfebescheides eine neue Behinderung aufgetreten ist, deren Ermittlung unterlassen wurde, der Ausgangsbescheid in der Fassung des Teilabhilfebescheides wegen deren Dauerwirkung ab dem Zeitpunkt des Hinzutretens der nicht ermittelten Behinderung rechtswidrig sein könnte, was noch zu ermitteln ist. Hat der Teilabhilfebescheid hingegen über einen eigenständigen Streitgegenstand, z.B. ein Merkzeichen, entschieden und dem Begehren insoweit abgeholfen, während der Widerspruch hinsichtlich eines anderen Streitgegenstandes, z.B. des GdB, zurückgewiesen wurde, besteht kein Grund, diesen Teilabhilfebescheid aufzuheben, weil dessen Regelung bereits nicht Gegenstand des Klageverfahrens geworden ist. Dies würde aber auch bei jedem Verpflichtungsurteil gemäß [§ 131 Abs. 2 SGG](#) gelten. Darauf hinzuweisen ist schließlich, dass die zeitliche Aufteilung eines einheitlichen Streitgegenstandes zwecks Teilurteil über den späteren Zeitabschnitt in den beschriebenen Fällen die Ausnahme sein dürfte, weil bei einem festgestellten Ermittlungsausfall in den meisten Fällen

auch der Zeitpunkt des Hinzutretens der weiteren Behinderung unklar sein dürfte und damit auch dies Gegenstand der nachzuholenden Ermittlung sein wird. Zuletzt muss prozessual berücksichtigt werden, dass in Fällen, in denen einem Erst- oder einem Verschlimmerungsantrag bereits mit dem Ausgangsbescheid oder auch erst mit einem Teilabhilfebescheid teilweise stattgegeben wurde, nur eine Teilaufhebung in dem Umfang in Betracht kommt, in dem der ursprüngliche Antrag abgelehnt wurde. Dabei ist gleichgültig, ob es sich um einen einheitlichen Streitgegenstand handelt (z.B. Zuerkennung eines GdB von 30 statt wie beantragt 50) oder ob in einem Bescheid über zwei Streitgegenstände entschieden und von der Behörde nur einem stattgegeben wurde (Erhöhung des GdB, aber Ablehnung eines Merkzeichens). Dies versteht sich zwar auch bei jedem Verpflichtungsurteil von selbst. Jedoch kommt dies dort nicht zum Tragen, weil dann im Falle eines Erfolgs der Verpflichtungsklage der angegriffene Bescheid lediglich abgeändert wird bzw. zu einer entsprechenden Abänderung verpflichtet wird. Wegen der Reduzierung des Streitgegenstandes auf den Anfechtungsteil des Antrags in den Fällen des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) ist es jedoch hier von besonderer Bedeutung, ausdrücklich nur eine entsprechende Teilaufhebung auszusprechen, da dem Leistungs- bzw. Verpflichtungskläger ansonsten die bereits zustehende, nicht streitige Vergünstigung zumindest vorübergehend, bis zur erneuten Bescheiderteilung, wieder genommen würde. Liegt danach tatsächlich ein Ermittlungsausfall im beschriebenen Sinne vor, so dass in der Situation einer Leistungs- oder Verpflichtungsklage eine Zurückverweisung aus übergeordneten Gesichtspunkten gerechtfertigt wäre und daher als sachdienlich in Betracht kommt, so müssen auch die übrigen Voraussetzungen des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) erfüllt sein, bevor das Gericht berechtigt ist, nach seinem Ermessen ("kann") zurückzuverweisen. Die noch erforderlichen, aber ausgefallenen bzw. unterlassenen Ermittlungen müssen also nach Art und Umfang erheblich und die Zurückverweisung auch sonst sachdienlich sein, weil die begründete Möglichkeit besteht, dass die ausgefallene Ermittlung durch die Behörde schneller und besser erfolgen kann als durch das Gericht. Nach Art und Umfang erheblich ist die noch erforderliche Ermittlung in der Regel dann, wenn wegen der ausgefallenen Ermittlung nicht nur ein Befundbericht, sondern ein medizinisches Sachverständigengutachten eingeholt werden muss. Dies ist jedoch bei den meisten Behinderungen die Regel, weil das Gericht weder über einen ärztlichen Dienst noch selbst über ausreichende medizinische Sachkunde verfügt und den Befundberichten häufig keine ausreichenden Informationen zu entnehmen sind, um ohne medizinische Sachkunde eine sachgerechte Bewertung des GdB und der Nachteilsausgleiche vornehmen zu können. Die in der finanzgerichtlichen Rechtsprechung vertretene Auffassung, dass die Notwendigkeit eines externen Sachverständigengutachtens den Ermittlungsaufwand nicht erheblich mache, weil sich der zusätzliche Aufwand des Gerichts auf die Gutachterausswahl und einen Beweisbeschluss beschränke, während die Auswertung des Gutachtens, die Anhörung der Beteiligten dazu und eventuell die Anhörung des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung auch bei einem Gutachten der Behörde anfallt (BFH v. 22.04.1997, Az: [IX R 74/95](#), [BFHE 182, 300 ff.](#)), ist hingegen nicht auf sozialgerichtliche Streitigkeiten zu übertragen. Denn in der Sozialgerichtsbarkeit tritt der Umstand hinzu, dass die Kosten des Sachverständigengutachtens nicht den Beteiligten auferlegt werden können, so dass die Kosten stets bei der Staatskasse anfallen und den Justizetat belasten. Angesichts der Tatsache, dass medizinische Gutachten in der Regel kostenintensiv sind, ist der noch erforderliche Ermittlungsaufwand jedenfalls dann erheblich, wenn das Sozialgericht ein externes Sachverständigengutachten einholen müsste. Insoweit ist es ohne Belang, ob der Behörde ein Befundbericht ausgereicht hätte, um den festgestellten Ermittlungsausfall zu beseitigen. Für die Frage, ob die noch erforderliche Ermittlung erheblich ist, kommt es nicht nur darauf an, ob der Ermittlungsausfall durch möglicherweise knappe, lückenhafte Befunde beseitigt werden könnte. Denn der Ermittlungsausfall bildet lediglich die Rechtfertigung, überhaupt zurückverweisen zu können. Die Frage, welche Ermittlungen gemäß [§ 131 Abs. 5 Satz 1 SGG](#) im Einzelnen noch erforderlich sind, orientiert sich demgegenüber streng am Untersuchungsgrundsatz gemäß [§ 103 SGG](#) und hier entscheidet das Gericht, welche Ermittlungen objektiv erforderlich sind, um die von der Behörde unterlassene Sachverhaltsaufklärung in dem Umfang nachzuholen, dass das Gericht hierauf seine Entscheidung tatsächlich stützen könnte. Dabei ist zu betonen, dass die Behörde wegen der Rechtskraft der Entscheidung gemäß [§ 131 Abs. 5 SGG](#) an die Rechtsauffassung des Gerichts gebunden ist ([BT-Drs. 12/1061 Seite 19](#); [BT-Drs. 11/7030 Seite 30](#); [Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. 2003, § 113 Rn. 169](#); [Meyer-Ladewig in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, § 131 Rn. 21](#)) und zwar auch bezüglich Art und Umfang der danach durchzuführende Beweisaufnahme ([Rohwer-Kahlmann, SGG, Stand: Juni 2005, § 131 Rn. 26](#)). Das Gericht muss daher in den Urteilsgründen darlegen, welche Ermittlungen es noch für erforderlich hält, während die Behörde anschließend die geforderte Sachaufklärung betreiben muss ([Tipke/Kruse, AO und FGO, § 100 FGO Rn. 46](#)). Hält das Gericht bei einem festgestellten, die Zurückverweisung rechtfertigenden Ermittlungsausfall daher z.B. die Einholung von fehlenden Befundberichten und ein darauf aufbauendes Sachverständigengutachten mit eigener Untersuchung des Sachverständigen für erforderlich, muss die Behörde zuerst die fehlenden Befundberichte und danach auch ein solches Gutachten einholen. Sie kann sich wegen der aus der Rechtskraft des Urteils folgenden Bindung nicht auf die Befundberichte beschränken und allein darauf gestützt einen neuen Bescheid erlassen. Bei seiner Entscheidung darf das Gericht jedoch nicht die Sachdienlichkeit außer Acht lassen, d.h. es muss die begründete Möglichkeit bestehen, dass die noch erforderlichen, erheblichen Ermittlungen wegen der personellen und sachlichen Ausstattung der Behörde schneller vor sich gehen werden, als bei Gericht. Dies wird in der Regel nur zu bejahen sein, wenn die Behörde über einen eigenen ärztlichen Dienst oder bei ihr unter Vertrag stehende Beratungsärzte verfügt, bei denen es zwar nicht sicher, aber zumindest möglich ist, dass die Begutachtung mit eigener Untersuchung schneller und kostengünstiger vor sich geht, als bei einem externen Sachverständigengutachten. Dieser Gesichtspunkt wird allenfalls dann keine Rolle spielen können, wenn die Behörde aus Kostengründen systematisch eine sachwidrige Aufwandsverlagerung auf die Gerichte vornimmt ([Zeihe, SGG, Stand: 21.07.2005, § 131 Rn. 31](#)), was jedoch eher die Ausnahme sein dürfte. Auf den vorliegenden Fall angewandt bedeutet dies, dass das Sozialgericht nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) entscheiden durfte, weil ein Ermittlungsausfall des Beklagten vorliegt. Denn ausgehend davon, dass Streitgegenstand vorliegend die Zuerkennung des Merkzeichens "aG" ist, hat der Beklagte zu den relevanten Behinderungen keine verwertbaren Ermittlungen gestellt. Rechtsgrundlage für die Feststellung der gesundheitlichen Voraussetzungen des Merkzeichens "aG" durch den Beklagten ist [§ 69 Abs. 4 des Neunten Buches des Sozialgesetzbuchs \(SGB IX\)](#), wonach die zuständige Behörde – neben dem GdB – auch die weiteren gesundheitlichen Merkmale, die Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Nachteilsausgleichen sind, im Verfahren nach [§ 69 Abs. 1 SGB IX](#) feststellt. Insbesondere für die Inanspruchnahme der besonders gekennzeichneten Behindertenparkplätze ist die Eintragung des Merkzeichens "aG" im Schwerbehindertenausweis Voraussetzung, welches gemäß [§ 3 Abs. 1 Nr. 1 der Schwerbehindertenausweisverordnung \(SchwbAwV\)](#) einzutragen ist, wenn der schwerbehinderte Mensch außergewöhnlich gehbehindert im Sinne von [§ 6 Abs. 1 Nr. 14 des Straßenverkehrsgesetzes \(StVG\)](#) ist, weil er die Voraussetzungen der zu [§ 46 Abs. 1 Nr. 11 der Straßenverkehrsordnung \(StVO\)](#) erlassenen Verwaltungsvorschrift vom 22.07.1976 erfüllt, welche seit 01.08.1976 unverändert ist ([Bundesanzeiger 1976, Seiten 3 ff.](#)). Danach sind gemäß [Abschnitt II Nr. 1 dieser Verwaltungsvorschrift](#) solche Personen außergewöhnlich gehbehindert, die sich wegen der Schwere ihres Leidens dauernd nur mit fremder Hilfe oder nur mit großer Anstrengung außerhalb ihres Kraftfahrzeuges bewegen können, wozu stets - Querschnittsgelähmte, - Doppeloberschenkelamputierte, - Doppelunterschenkelamputierte, - Hüftexartikulierte, - einseitig Oberschenkelamputierte, die dauernd außerstande sind, ein Kunstbein zu tragen, - einseitig Oberschenkelamputierte, die nur eine Beckenkorbprothese tragen können, - einseitig Oberschenkelamputierte, die zugleich unterschenkelamputiert sind und - einseitig Oberschenkelamputierte, die zugleich armamputiert sind, gehören sowie solche Personen, die diesen ausdrücklich genannten Personen wegen ihrer Erkrankungen gleichzustellen sind. Da der Kläger nicht zu den 8 ausdrücklich genannten Personengruppen gehört, kommt es

bei ihm darauf an, ob er diesen ausdrücklich genannten Personen wegen seiner Erkrankungen gleichzustellen ist. Eine solche Gleichstellung ist nach der Rechtssprechung des Bundessozialgerichts nur dann gerechtfertigt, wenn die Gehfähigkeit des Betroffenen in ungewöhnlich hohem Maße eingeschränkt ist und er sich daher - praktisch von den ersten Schritten an - nur unter e-benso großen Anstrengungen wie die ausdrücklich genannten Personen oder nur noch mit fremder Hilfe zu Fuß fortbewegen kann (BSG v. 10.12.2002, Az: [B 9 SB 7/01 R](#), zitiert nach JURIS; BSG v. 08.05.1981, Az: [9 RVs 5/80](#), [SozR 3870 § 3 Nr. 11](#); BSG v. 03.02.1988, Az: [9/9a RVs 19/86](#), [SozR 3870 § 3 Nr. 28](#)). Kommt es mithin für das hier streitgegenständliche Merkzeichen "aG" ausschließlich auf die Fähigkeit an, sich zu Fuß fortzubewegen, hat der Beklagte zu den dafür relevanten Behinderungen keine verwertbaren Befunde beigezogen. Insoweit sind dem Beklagten bereits aus den vorangegangenen Verwaltungsverfahren wegen deren bescheidmäßiger Feststellung als Behinderungen bekannt: 1. Funktionsbehinderung beider Knie- und Hüftgelenke, Knorpelschäden beider Kniegelenke, 2. Hirndurchblutungsstörungen, Koordinationsstörungen, 3. Bewegungseinschränkung am linken Handgelenk, Narbe am linken Handgelenk, 4. Funktionsbehinderung der Wirbelsäule, 5. Bewegungseinschränkung im linken Schultergelenk,

Hierzu hat der Kläger zwar nur eine Verschlimmerung und keine neuen Behinderungen geltend gemacht. Selbst wenn aber die Hirndurchblutungsstörungen mit Koordinationsstörungen außer Betracht bleiben, weil die Prozessbevollmächtigte des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat angegeben hat, dass diese derzeit keine Rolle spielen, hat der Beklagte selbst hinsichtlich der orthopädischen Behinderungen keine verwertbaren Ermittlungen angestellt. Denn die von Dr. med. O1 ... am 17.03.2004 mitgeteilten Befunde stammten bereits vom 24.03.2003 und waren daher bei Stellung des Antrags des Klägers auf das Merkzeichen "aG" ein Jahr alt. Ob bei Antragstellung am 08.03.2004 eine derartige Verschlimmerung eingetreten war, dass dem Kläger nunmehr das Merkzeichen "aG" zusteht, kann deshalb anhand dieser Befunde nicht beurteilt werden. Sie sind wegen des Zeitablaufs unverwertbar, was der Beklagte mit der farblich besonders hervorgehobenen Frage an Dr. med. O1 ... nach Befunden aus 2004 im Widerspruchsverfahren selbst erkannt hatte. Als weitere medizinische Befunde standen dem Beklagten daher lediglich das vom Kläger vorgelegte Attest "zur Vorlage bei der Versicherung" vom 15.06.2004 und der Befundbericht von Dr. med. O1 ... vom 14.09.2004 zur Verfügung, welcher inhaltlich lediglich die bei der Vorstellung des Klägers am 15.06.2004 erhobenen, auch dem Attest zugrunde liegenden Daten wiedergibt. Beiden Dokumenten zusammen lässt sich nur die Aussage entnehmen, dass am 15.06.2004 eine Schwellung des rechten Kniegelenks, nicht straff und ohne Punktionspflicht infolge einer gesichert aktivierten Valgusgonarthrose rechts bestand, eine Benutzung von Stöcken wegen der Kriegsverletzung der linken Hand nicht möglich und deshalb infolge des Unfalles im Januar 2001 am rechten Kniegelenk ein Invaliditätsschaden auf Dauer eingetreten ist, aus dem eine ausgeprägte Mobilitätsbegrenzung folgt. Abgesehen davon, dass damit Aussagen lediglich zum rechten Kniegelenk und - mit Abstrichen - zum linken Handgelenk getroffen wurden, so dass für die Funktionsbehinderung beider Hüftgelenke, die Funktionsbehinderung der Wirbelsäule, und die Bewegungseinschränkung im linken Schultergelenk die Ermittlung vollständig ausgefallen ist, obwohl diese für die Fortbewegung zu Fuß mittels Unterarmstützen relevanten Behinderungen dem Beklagten bekannt waren und er im Befundbericht auch danach gefragt hatte (Werden im Wohnbereich oder außer Haus Stockstützen oder Rollstuhl benutzt? Welche Wirbelsäulenveränderungen haben Sie festgestellt? Skoliosewinkel nach Cobb? Liegen neurologische Ausfälle vor?), sind auch die Informationen zum rechten Kniegelenk und zum linken Handgelenk einem Ermittlungsausfall, d.h. einem Unterlassen der Ermittlung gleichzusetzen. Denn der Befundbericht des Orthopäden zusammen mit dem Attest gibt keine verwertbare Antwort auf die ebenfalls gestellten Fragen zur Gehstreckenbegrenzung, den Bewegungsbehinderungen nach der Neutral-0-Methode und den Beinverkürzungen, Narben und Weichteildefekten. Die von Dr. med. O1 ... mitgeteilte unveränderte Schwellung des rechten Kniegelenks seit dem Unfall 2001 gibt hingegen nur die eigenen (anamnestischen) Angaben des Klägers, aber keine Befunde wieder. Auch lässt die Information über ein geschwollenes, nicht straffes rechtes Knie ohne Punktionspflicht aufgrund einer aktivierten Valgusgonarthrose keinen Rückschluss darauf zu, in welchem Maße dadurch die Gehfähigkeit eingeschränkt wird. Angesichts dessen hält auch Dr. med. O1 ... ausdrücklich eine Begutachtung der Mobilitätseinschränkung für geboten. Dabei ist gleichgültig, ob er die Begutachtung gegenüber einer privaten oder gesetzlichen Versicherung oder gegenüber dem Beklagten für erforderlich hält. Denn er drückt damit aus, dass auf Grundlage seiner Untersuchung vom 15.06.2004 als der bis dahin einzigen Untersuchung, welche eine Beurteilung der Gehfähigkeit erlauben würde, gerade keine Einschätzung der auch für das Merkzeichen "aG" relevanten Mobilitätsbegrenzung möglich ist. War somit eine Entscheidung nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) wegen eines Ermittlungsausfalls grundsätzlich gerechtfertigt, so hat das Sozialgericht nach Eingang der Verwaltungsakten am 19.01.2005 fristgerecht innerhalb von 6 Monaten durch Gerichtsbescheid vom 15.06.2005, zugestellt am 20.06.2005 (Kläger) bzw. am 22.06.2005 (Beklagter), entschieden. Es ist insoweit auch nicht zu beanstanden, dass das Sozialgericht nach Art und Umfang noch erheblichen Ermittlungsbedarf gesehen hat. Denn angesichts des Ermittlungsausfalls beim Beklagten waren nicht nur Ermittlungen als solche erforderlich, sondern auch in erheblichem Umfang, weil wegen der Vielzahl insbesondere der orthopädischen Leiden und der mangelnden medizinischen Sachkunde des Gerichts hier nicht nur Befundberichte ausreichen, um zu beurteilen, ob die Gehfähigkeit des Betroffenen in funktionell vergleichbar ungewöhnlich hohem Maße eingeschränkt ist, wie bei den in der Verwaltungsvorschrift ausdrücklich genannten Personen. Seitens des Senats ist deshalb dem Sozialgericht darin zuzustimmen, dass über eventuell notwendige weitere Befundberichte hinaus eine umfassende Bewertung der wechselseitigen Wirkungen der verschiedenen Behinderungen des Klägers durch einen mit den schwerbehindertenrechtlichen Beurteilungen vertrauten Arzt zu erfolgen hat, der aufgrund einer eigenen Untersuchung einen persönlichen Eindruck von der Person des Klägers gewinnen muss. Das deshalb erforderliche Gutachten mit persönlicher Untersuchung durch den Sachverständigen macht die notwendigen Ermittlungen nach Art und Umfang - vor allem wegen der damit verbundenen Kosten - für das Sozialgericht erheblich, wie bereits erläutert wurde. Die Zurückverweisung an den Beklagten ist schließlich auch sachdienlich, weil der Beklagte im Gegensatz zum Gericht die Möglichkeit hat, eine Untersuchung durch den eigenen versorgungsärztlichen Dienst mit anschließendem schriftlichen Gutachten zu veranlassen, was nicht nur kostengünstiger ist, sondern - wie bereits ausgeführt - auch die begründete Aussicht beinhaltet, dass dies schneller als durch ein externes gerichtliches Gutachten vor sich geht. Darauf hinzuweisen ist schließlich nochmals, dass die vom Sozialgericht für unumgänglich gehaltene und mit vorliegender Entscheidung bestätigte Begutachtung mit eigener Untersuchung für den Beklagten bindend ist und ihn daher nicht dazu berechtigt, aufgrund von Befundberichten und einer versorgungsärztlichen Stellungnahme nach Aktenlage einen neuen Bescheid zu erteilen. Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 Abs. 1 SGG](#). Da zu der hier entscheidungserheblichen Rechtsfrage wegen der neu eingefügten Vorschrift des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung existiert und zumindest teilweise von der zitierten Auffassung des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen abgewichen wird, ist die Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache zuzulassen.

Rechtskraft

Aus

Login

FSS

Saved

2005-12-27