

## L 13 SB 242/10

Land

Berlin-Brandenburg

Sozialgericht

LSG Berlin-Brandenburg

Sachgebiet

Entschädigungs-/Schwerbehindertenrecht

Abteilung

13

1. Instanz

SG Berlin (BRB)

Aktenzeichen

S 48 SB 533/09

Datum

17.09.2010

2. Instanz

LSG Berlin-Brandenburg

Aktenzeichen

L 13 SB 242/10

Datum

29.11.2012

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Auf die Berufung der Klägerin wird der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Berlin vom 17. September 2010 und der Bescheid des Beklagten vom 07. November 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28. Januar 2009 insoweit aufgehoben, als der Grad der Behinderung für die Klägerin von 80 auf 60 festgesetzt worden ist und die Merkzeichen "aG" und "T" entzogen worden sind. Der Beklagte hat der Klägerin deren außergerichtliche Kosten des gesamten Rechtsstreits zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen die Herabsetzung des zu ihren Gunsten festgestellten Grades der Behinderung (GdB) von 80 auf 60 sowie die Entziehung der Merkzeichen "aG" (außergewöhnlich Gehbehinderung) und "T" (Telebusberechtigung).

Mit Bescheid vom 28. Juli 2006 stellte der Beklagte auf den Antrag der Klägerin vom 14. März 2006 der gutachtlichen Stellungnahme der Frau Dr. Ga vom 14. Juli 2006 folgend einen GdB von 30 auf Grund folgender Funktionsbeeinträchtigungen fest:

- Diabetes mellitus (Einzel-GdB 20) - Depression, Kopfschmerz (Einzel-GdB 20) - Funktionsbehinderung beider Kniegelenke, Funktionsstörung durch Fußfehlform (Einzel-GdB 20) - Chronische Bronchitis (Einzel-GdB 10) - Ohrgeräusche, Tinnitus (Einzel-GdB 10) - Nervenwurzelreizerscheinungen der Wirbelsäule, degenerative Veränderungen der Wirbelsäule, Bandscheibenschäden, Bandscheibenvorfall (Einzel-GdB 10) - Herzrhythmusstörungen, Bluthochdruck (Einzel-GdB 10)

Zudem stellte er fest, dass eine dauernde Einbuße der körperlichen Beweglichkeit gegeben sei. Auf den hiergegen erhobenen Widerspruch der Klägerin vom 08. August 2006 ließ der Beklagte die Klägerin durch die Fachärztin für Neurologie und Psychiatrie Gebegutachten, die nach körperlicher Untersuchung der Klägerin in ihrem Gutachten vom 01. März 2007 einen Gesamt-GdB von 80 sowie die Zuerkennung der Merkzeichen "B" (Notwendigkeit ständiger Begleitung), "aG" und "T" befürwortete. Dabei bewertete sie in Abänderung zu den bisherigen Feststellungen sowohl die bestehende Depression als auch die Funktionsbeeinträchtigungen beider Kniegelenke jeweils mit einem Einzel-GdB von 50, das Wirbelsäulenleiden mit einem Einzel-GdB von 30, das Herzleiden sowie den bestehenden Diabetes mellitus jeweils mit einem Einzel-GdB von 20. In ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 02. April 2007 führte die Sachverständige Ge aus, dass wegen des sehr ungünstigen Zusammenwirkens organischer Störungen und psychischer Störungen (außergewöhnliche Schmerzreaktion) die Voraussetzungen für die Merkzeichen "aG" und "T" gegeben seien. Mit Abhilfebescheid vom 19. April 2007 stellte der Beklagte daraufhin der Einschätzung der Sachverständigen Ge folgend sowohl einen GdB von 80 als auch das Vorliegen der gesundheitlichen Voraussetzungen für die Merkzeichen "B", "aG" und "T" fest.

Aufgrund bestehender Zweifel an dem Gutachten der Frau Ge leitete der Beklagte am 22. Oktober 2007 ein Nachprüfungsverfahren ein und beauftragte den Chirurgen und Sozialmediziner Dr. Brmit der Erstattung eines Sachverständigengutachtens. In seinem Gutachten vom 07. November 2007 gelangte der Sachverständige nach körperlicher Untersuchung der Klägerin zu der Einschätzung, dass der GdB insgesamt lediglich mit 60 zu bewerten sei und die gesundheitlichen Voraussetzungen für die Merkzeichen "B", "aG" und "T" nicht vorlägen. Entgegen der Einschätzung der Sachverständigen Geließen sich Funktionsbeeinträchtigungen der Kniegelenke nicht feststellen, so dass insoweit kein Einzel-GdB festzustellen sei. Auch seien Nervenwurzelreizerscheinungen der Wirbelsäule entgegen der Einschätzung der Sachverständigen Ge nicht feststellbar, so dass das Wirbelsäulenleiden lediglich mit einem Einzel-GdB von 20 zu bewerten sei. Nach Einholung weiterer gutachtlicher Stellungnahmen nahm der Beklagte nach Anhörung der Klägerin daraufhin mit Bescheid vom 07. November 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28. Januar 2009 den Bescheid vom 19. April 2007 mit Wirkung für die Zukunft gem. § 45 des X. Buches des Sozialgesetzbuches (SGB X) teilweise zurück, indem er den GdB mit 60 sowie das Vorliegen der gesundheitlichen Voraussetzungen für die Merkzeichen "G" und "B" feststellte, das Vorliegen der gesundheitlichen Voraussetzungen für die Merkzeichen "aG"

und "T" verneinte.

Die hiergegen am 17. Februar 2009 erhobene Klage hat das Sozialgericht Berlin mit Gerichtsbescheid vom 17. September 2010 abgewiesen. Die auf die - richtigerweise teilweise - Aufhebung des Bescheides vom 07. November 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28. Januar 2009 gerichtete Anfechtungsklage sei zulässig, jedoch unbegründet. Der mit dem vorgenannten Bescheid aufgehobene Bescheid vom 19. April 2007 sei gem. [§ 45 SGB X](#) von Anfang an teilweise rechtswidrig gewesen. Anstelle des festgestellten GdB von 80 sei dieser lediglich mit 60 zu bewerten gewesen, da sich weder dem Attest des behandelnden Orthopäden Dr. L vom 01. Februar 2007 noch den Begutachtungen durch Dr. Ge und Dr. BrBefunde entnehmen ließen, die hinsichtlich des Kniegelenksleidens einen GdB von 50 rechtfertigen würden. Insoweit sei der Gesamt-GdB mit maximal 60 zu bewerten gewesen. Auch hätten die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen "aG" nicht vorgelegen, da die Gehfähigkeit nicht auf das Schwerste eingeschränkt gewesen sei. Da das Merkzeichen "aG" nicht hätte zuerkannt werden dürfen, hätten auch die Voraussetzungen für das Merkzeichen "T" von Anfang an nicht vorgelegen.

Gegen den ihr am 30. September 2010 zugestellten Gerichtsbescheid hatte die Klägerin am 03. Oktober 2010 Berufung eingelegt, mit der ihr Begehren auf die teilweise Aufhebung des angefochtenen Bescheides weiterverfolgt.

Am 21. August 2012 hat ein Erörterungstermin vor dem Berichterstatter stattgefunden.

Die Klägerin beantragt sinngemäß,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Berlin vom 17. September 2010 und den Bescheid des Beklagten vom 07. November 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28. Januar 2009 insoweit aufzuheben, als der Grad der Behinderung für die Klägerin von 80 auf 60 festgesetzt worden ist und die Merkzeichen "aG" und "T" entzogen worden sind.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält die erstinstanzliche Entscheidung für zutreffend.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte und die beigezogenen Verwaltungsvorgänge des Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Klägerin ist zulässig und begründet. Das Urteil des Sozialgerichts ist unzutreffend.

Die der Berufung zu Grunde liegende Klage ist zulässig. Richtige Klageart ist die isolierte Anfechtungsklage im Sinne des [§ 54 Abs. 1 Satz 1](#) 1. Alternative des Sozialgerichtsgesetzes (SGG). Denn der angegriffene Bescheid des Beklagten vom 07. November 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28. Januar 2009 erschöpft sich in der teilweisen Aufhebung eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung (hier des Bescheides vom 19. April 2007). Würde der angefochten Bescheid aufgehoben, lebte der ursprüngliche Bescheid vom 19. April 2007, mit dem der Beklagte zugunsten der Klägerin einen GdB von 80 festgestellt und die Merkzeichen "aG" und "T" zuerkannt hatte, wieder auf.

Die Anfechtungsklage ist auch begründet. Denn der angefochtene Bescheid des Beklagten vom 07. November 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28. Januar 2009 ist im Umfang seiner Aufhebung, d. h. der Herabsetzung des GdB von 80 auf 60 und der Entziehung der Merkzeichen "aG" und "T", rechtswidrig und verletzt insoweit die Klägerin in ihren Rechten.

Entgegen der Auffassung des Beklagten findet der Bescheid vom 07. November 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28. Januar 2009 nicht in [§ 45 SGB X](#) eine wirksame Rechtsgrundlage, weil zur Überzeugung des Senats nicht erwiesen ist, dass der Bescheid vom 19. April 2007 im Umfang seiner vorliegend angefochtenen Aufhebung von Anfang an rechtswidrig war. Dies geht zu Lasten des Beklagten, der sich hierauf beruft. Hinsichtlich der Herabsetzung des GdB von 80 auf 60, die der Beklagte maßgeblich damit begründet, dass das Kniegelenksleiden der Klägerin nicht mit einem Einzel-GdB von 50 zu bewerten gewesen wäre, liegen sich widersprechende ärztliche Feststellungen des Dr. B einerseits und der Frau G andererseits vor, ohne dass sich im Nachhinein nachweislich feststellen lässt, inwieweit die Bewertung durch die Sachverständige G unzutreffend gewesen ist, mithin ein Gesamt-GdB von 80 mit Blick auf Ihre Bewertung der Funktionsbeeinträchtigungen von Anfang an nicht hätte zuerkannt werden dürfen. Nichts anderes gilt hinsichtlich der Entziehung der Merkzeichen "aG" und "T". Auch hier lässt sich nicht der Nachweis führen, dass die Vergabe dieser Merkzeichen im Zeitpunkt des Bescheiderlasses am 19. April 2007 rechtswidrig war. Dies folgt insbesondere daraus, dass vorliegend die Merkzeichen entsprechend der Empfehlung der Sachverständigen Ge aufgrund einer besonderen Einzelfallssituation wegen des Zusammenwirkens organischer und psychischer Störungen zuerkannt worden sind. Das gerade eine solche besondere Einzelfallentscheidung rechtswidrig war, lässt sich nicht feststellen.

Der angefochtene Bescheid findet auch nicht im Wege der Umdeutung in [§ 48 SGB X](#) eine wirksame Rechtsgrundlage, weil sich aufgrund der vorliegenden medizinischen Erkenntnisse nicht der Nachweis führen lässt, dass eine Änderung im Gesundheitszustand der Klägerin nach Erlasses des Bescheides vom 19. April 2007 eingetreten ist, die im maßgeblichen Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung (hier des Widerspruchsbescheides vom 28. Januar 2009) die Zuerkennung eines GdB von 80 sowie der Merkzeichen "aG" und "T" nicht mehr rechtfertigt.

Schließlich rechtfertigt sich der angefochtene Bescheid auch nicht nach den Grundsätzen der sog. Wahlfeststellung (vgl. hierzu [BSGE 26, 22](#)). Danach kann in Fällen, in denen einerseits weder eine ursprüngliche Unrichtigkeit des Verwaltungsaktes noch eine Änderung nach Erlasses des Verwaltungsaktes nachweisbar ist, aber feststeht, dass nur die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der einen oder anderen Vorschrift vorliegen können, die beide dieselbe Rechtsfolge auslösen, der Bescheid auf beide Rechtsvorschriften gestützt werden. Der Bescheid muss dann aber die für den Betroffenen günstigeren Voraussetzungen (hier: die nach [§ 45 SGB X](#)) erfüllen.

An letzterem fehlt es indes vorliegend. Denn der Beklagte hat das für eine nach Rücknahmeentscheidung nach [§ 45 SGB X](#) erforderliche Ermessen nicht ausgeübt. Soweit der Beklagte in dem Bescheid vom 07. November 2008 ausführt, dass die im Anhörungsverfahren vorgebrachten Gründe nicht dazu hätten führen können, dass die Verwaltung von dem ihr eingeräumten Ermessen, einen Rücknahmebescheid zu erteilen, anders als hier geschehen Gebrauch machen konnte, fehlt es an der erforderlichen und nachvollziehbaren Darlegung der Gründe, von denen sich die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens hat leiten lassen (vgl. [§ 35 Abs. 1 Satz 3 SGB X](#)). Eine entsprechende Begründung hat der Beklagte auch nicht nachträglich gegeben (vgl. [§ 41 Abs. 1 Nr. 2](#) i. V. m. Abs. 2 SGB X). Diese wäre aber umso mehr erforderlich gewesen als gerade mit Blick auf die Entziehung der Merkzeichen "aG" und "T" diese aufgrund einer, wie bereits ausgeführt, besonderen Einzelfallsituation zuerkannt worden sind.

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

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil Zulassungsgründe gem. [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht gegeben sind.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2013-02-08