
S 19 SB 362/04

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Freistaat Sachsen
Sozialgericht	Sächsisches Landessozialgericht
Sachgebiet	Entschädigungs-/Schwerbehindertenrecht
Abteilung	6
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
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

Normenkette

[§ 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. Entscheidet das Sozialgericht nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#), kann in der Rechtsmittelinstanz nur der Anfechtungsteil des Klageantrags anhängig werden und verhindert eine Sachentscheidung des Berufungsgerichts über die begehrte Leistung oder Verpflichtung, was bei Aufhebung der Entscheidung des Sozialgerichts automatisch – ohne das Erfordernis einer Zurückverweisung nach [§ 159 SGG](#) – zur Fortsetzung des Leistungs- bzw. Verpflichtungsrechtsstreits vor dem Sozialgericht führt.

6. Sind in der Sache zwei Streitgegenstände anhängig, von denen der eine in seinem Bestand rechtlich vom Vorliegen des anderen abhängt (wie hier, wo das Merkzeichen "B" vom Vorliegen des Merkzeichens "G" abhängt), ist [§ 131 Abs 5 SGG](#) bereits dann nicht anwendbar, wenn der Behörde hinsichtlich des vorgreiflichen Streitgegenstandes (hier des Merkzeichens "G") ein Ermittlungsausfall nicht vorzuwerfen ist und sie die Voraussetzungen des vorgreiflichen Streitgegenstandes verneint hat.

[§ 131 Abs 5 SGG](#)

[§ 103 SGG](#)

[§ 95 SGG](#)

[§ 159 Abs 1 SGG](#)

[§ 113 Abs 3 VwGO](#)

[§ 100 Abs 3 FGO](#)

[Art 19 Abs 4 GG](#)

[§ 145 Abs 2 Nr 1 SGB IX](#)

[§ 1 Abs 2 SchwbAwV](#)

[§ 3 Abs 2 SchwbAwV](#)

1. Instanz

Aktenzeichen	S 19 SB 362/04
Datum	25.02.2005

2. Instanz

Aktenzeichen	L 6 SB 24/05
Datum	26.10.2005

3. Instanz

Datum	-
-------	---

- I. Auf die Berufung des Beklagten wird der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Dresden vom 25.02.2005 aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung an das Sozialgericht Dresden zurückverwiesen.
- II. Die Kostenentscheidung bleibt der Endentscheidung vorbehalten.
- 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 der Merkzeichen "G" (erhebliche Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit im Straßenverkehr) und "B" (Notwendigkeit st ndiger Begleitung). Der am 1939 geborene, derzeit 65 Jahre alte Kläger erlitt am 24.04.2000 einen Schlaganfall und ist aufgrund des Bescheides des Hessischen Amtes für Versorgung und Soziales vom 31.10.2000 in der Fassung des Teilabhilfebescheides vom 03.05.2001 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12.06.2001 seit August 2000 mit einem Grad der Behinderung (GdB) von 80 wegen einer Lähmung des linken Armes nach Schlaganfall, Depressionsneigung und Bluthochdrucks als schwerbehinderter Mensch anerkannt. Nachdem das Hessische Amt für Versorgung und Soziales mit Bescheid vom 10.07.2002 eine vom Kläger beantragte Neufeststellung seiner Behinderungen und die Vergabe von Merkzeichen abgelehnt hatte, verzog der Kläger in den Zuständigkeitsbereich des Beklagten und beantragte hier mit Schreiben vom 20.12.2003 die Merkzeichen "G" und "B". Zur Prüfung dieses Antrags lagen dem Beklagten folgende medizinische Unterlagen vor:    Befundberichte von Dr. med. R   , Fachärztin für Innere Medizin, vom 05.02.2001, 25.03.2002 und 10.02.2004,    Entlassungsberichte über Reha-Maßnahmen vom 16.06.2000 bis 20.07.2000, 19.04.2001 bis 24.05.2001 und 13.08.2002 bis 10.09.2002 sowie über eine stationäre Krankenhausbehandlung vom 21.09.2001 bis 26.09.2001,    schriftliche Befunde zu einem CT des Gehirnschädels vom 17.10.2001 und einer Thoraxaufnahme vom 30.04.2002,    Laborbefunde vom 21.09.2001, 12.12.2001, 14.02.2003, 16.07.2003 und 10.10.2003 einschließlich einer Duplexsonografie der extrazerebralen Gefäße vom 25.09.2001 und    ein MDK-Pflegegutachten vom 09.03.2004 mit Untersuchung am 26.02.2004, wegen deren Einzelheiten auf die Blätter 8 bis 17, 29, 42 bis 51, 77 bis 84 und 86 bis 91 des beigezogenen Verwaltungsvorganges

verwiesen wird. Der Beklagte holte dazu eine versorgungsärztliche Stellungnahme vom 17.05.2004 ein, wonach angesichts der vorliegenden medizinischen Unterlagen die Lähmungserscheinungen unverändert, erhebliche Schwindelercheinungen, die eine Begleitperson erfordern würden, nicht vorhanden und daher bei unverändertem GdB die Merkzeichen "B" und "G" nicht zu begründen seien. Darauf gestützt lehnte der Beklagte mit Bescheid vom 07.06.2004 den Neufeststellungsantrag ab, weil nach den beigezogenen medizinischen Unterlagen eine wesentliche Änderung gegenüber dem Teilabhilfebescheid vom 03.05.2001 nicht eingetreten sei und die Voraussetzungen für die Merkzeichen "G" und "B" nicht gegeben seien. Auf den dagegen am 18.06.2004 erhobenen Widerspruch hin, mit dem der Kläger im Wesentlichen geltend machte, dass der Beklagte seine Bewegungseinschränkungen bei der Mobilität nicht erkannt, ihn nur nach Aktenlage ohne eigenen Augenschein beurteilt und nicht berücksichtigt habe, dass ihm seit Dezember 2003 die Pflegestufe I zustehe, holte der Beklagte eine weitere versorgungsärztliche Stellungnahme ein, wonach auf die Stellungnahme vom 17.05.2004 verwiesen werden könne und die Merkzeichen "B" und "G" bei Hemiparese des linken Armes und einer leichten Fußheberschwäche am linken Bein, ohne dass orthopädisches Schuhwerk vorhanden sei, nicht begründet werden können. Daraufhin wies der Beklagte den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 06.08.2004 unter Bestätigung des Ausgangsbescheides zurück. Dagegen erhob der Kläger am 19.08.2004 Klage und nahm Bezug auf seine Widerspruchsbegründung, stellte aber keinen konkreten Antrag. Der Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen, weil es keine neuen Aspekte gebe und legte am 01.10.2004 dem Sozialgericht seine Verwaltungsakten vor. Das Sozialgericht Dresden forderte den Beklagten am 06.10.2004 unter Fristsetzung bis 05.11.2004 und unter Hinweis auf die Vorschrift des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf, näher darzulegen, wie die GdB-Bildung im Einzelnen und die Einschätzung der Gehfähigkeit des Klägers erfolgt sei und weshalb keine weiteren Ermittlungen angestellt worden seien. Hierzu legte der Beklagte eine weitere versorgungsärztliche Stellungnahme vom 24.11.2004 vor, wonach bezüglich der Bildung der Einzel-GdB der primäre Begutachter beim Hessischen Amt für Versorgung und Soziales befragt werden müsse, aber jedenfalls eine Funktionsstörung der unteren Extremitäten medizinisch nicht nachweisbar sei. Die behandelnde Internistin habe keine Lähmungserscheinungen an den Beinen festgestellt und der Reha-Entlassungsbericht aus August/September 2002 stelle lediglich eine diskrete Absinken-tendenz des linken Beines beim Beinhalteversuch fest, der wegen Schmerzen im Oberschenkel abgebrochen worden sei. Daraus folge mit Sicherheit keine erhebliche Gehbehinderung. Das depressive Leiden habe sich offenbar zurückgebildet und für einen Lendenwirbelsäulenschaden gebe es keine Anhaltspunkte. Die Einschätzung im Pflegegutachten, dass die Gehfähigkeit nur 300 m betrage, sei daher nicht nachvollziehbar und offenbar nur den eigenen Angaben des Klägers entnommen. Bei dieser Sachlage habe es keiner weiteren Ermittlungen mehr bedurft. Mit Schreiben vom 13.12.2004 bzw. 15.12.2004 hörte das Sozialgericht die Beteiligten zur beabsichtigten Entscheidung durch Gerichtsbescheid und unter Hinweis darauf, nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) verfahren zu wollen, an. Die Beteiligten stimmten der Entscheidung durch Gerichtsbescheid zu, wobei der Beklagte darauf hinwies, dass sich dadurch das Verfahren für den Kläger verlängere, ohne dass ein günstigerer Ausgang zu

erwarten sei. Er legte hierzu nochmals eine versorgungsärztliche Stellungnahme vom 29.12.2004 vor, wonach sämtliche medizinischen Unterlagen im zeitlichen Ablauf ihrer Befunde vom Versorgungsarzt im Einzelnen wiedergegeben wurden. Keine bis allenfalls geringe Unsicherheiten am linken Bein und lediglich eine weitgehende Gebrauchsunfähigkeit des linken Armes zu entnehmen sei. Der Einzel-GdB für das linke Bein und damit für die unteren Extremitäten betrage daher höchstens 30. Auch aus dem Pflegegutachten ergebe sich nichts anderes, da auch hier lediglich eine Fußheberschwäche links angegeben werde. Die übrigen Angaben seien solche des Klägers gewesen, denen die ärztlichen Befunde der behandelnden Internistin entgegenstehen, welche zudem durch die aussagekräftigen Reha-Berichte bestätigt werden. Bei dem Pflegegutachten handele es sich zudem nicht um einen ärztlichen Befund, so dass im Ergebnis keine weiteren Ermittlungen erforderlich seien. Das Sozialgericht Dresden hob daraufhin mit Gerichtsbescheid vom 25.02.2005 den Bescheid vom 07.06.2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 06.08.2004 auf, 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. Da der Kläger geltend gemacht habe, seine Gehstrecke betrage nur 300 m, was vom Pflegegutachten gestützt werde, habe es erhebliche Anhaltspunkte für eine Beeinträchtigung der Gehfähigkeit gegeben. Der Beklagte habe vor diesem Hintergrund nicht über eine ausreichende Tatsachenbasis zur Entscheidung verfügt, da er angesichts der Folgen des Schlaganfalles mit Lähmungserscheinungen keinen neurologischen Befund eingeholt habe, obwohl sich dies geradezu aufgedrängt habe. Soweit es keinen behandelnden Neurologen gegeben habe, sei eine persönliche Untersuchung durch den eigenen medizinischen Dienst oder einen Sachverständigen auf neurologischem Fachgebiet erforderlich gewesen. Die Kosten dafür seien im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen zu übernehmen. Darüber hinaus deute auch die erstmalige Angabe von Einzel-GdB im Klageverfahren darauf hin, dass eine unzureichende Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt erfolgt sei, weil ohne die Feststellung von Einzel-GdB nicht über die Voraussetzungen von Nr. 30 Abs. 3, Seite 137 f. der AHP entschieden werden könne. Die noch durchzuführenden Ermittlungen seien daher erheblich, vor allem weil es an einer neurologischen Diagnostik in kürzerer Zeit fehle und daher eine Begutachtung notwendig sei. Die Aufhebung der streitigen Bescheide 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 ordnungsgemäßer Sachverhaltsaufklärung ohnehin vom Beklagten zu tragen gewesen. Die Zurückverweisung entspreche deshalb auch den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit, zumal bei ordnungsgemäßer Ermittlung durch den Beklagten die zusätzlichen Kosten des Gerichtsverfahrens vermieden worden wären. Hiergegen hat der Beklagte am 29.03.2005 Berufung eingelegt und unter konkreter Nachzeichnung der Unterlagen im beigezogenen Verwaltungsvorgang sowie unter Wiederholung der im erstinstanzlichen Verfahren dazu angeführten Argumente des versorgungsärztlichen Dienstes ergänzend vorgetragen, dass

selbst im Pflegegutachten eine Befundverschlechterung nicht dokumentiert sei und aus dem Widerspruch zwischen den eigenen Angaben des Klägers und den niedergelegten ärztlichen Befunden keine weitergehende Ermittlungspflicht folgen könne, solange die ärztlichen Angaben vom Kläger nicht in Zweifel gezogen werden. Der Beklagte und Berufungskläger beantragt, den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Dresden vom 25.02.2005 aufzuheben und die Sache an das Sozialgericht Dresden zurückzuverweisen. Der Kläger und Berufungsbeklagte hat keinen Antrag gestellt und im Berufungsverfahren nicht vorgetragen. Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird im Folgenden 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 und im Sinne einer Zurückverweisung an das Sozialgericht auch begründet. Das Sozialgericht hat zu Unrecht gemäß [Â§ 131 Abs. 5 Sätze 1 und 4 SGG](#) den Bescheid vom 07.06.2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 06.08.2004 aufgehoben, ohne in der Sache zu entscheiden. Nach [Â§ 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 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. [Â§ 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 [Â§ 131 SGG](#) angefügt. Diese Vorschrift lehnt sich nach den Motiven des Gesetzgebers unmittelbar an die bereits vorhandenen, fast wortgleichen Vorschriften des [Â§ 113 Abs. 3](#) der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) sowie des [Â§ 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 [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf die vorliegend in der Sache erhobene, kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (Aufhebung des Bescheides vom 07.06.2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 06.08.2004 und Verpflichtung des Beklagten, die Voraussetzungen der Merkzeichen "G" und "B" festzustellen) anwendbar ist. In Anlehnung an die ganz herrschende verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung und Lite-ratur zu [Â§ 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, [Â§ 113 Rn. 166](#)) wird in der sozial-rechtlichen Literatur zwar überwiegend

vertreten, dass [Â§ 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, Â§ 131 Rn. 18; Rohwer-Kahlmann, SGG, Stand: Juni 2005, Â§ 131 Rn. 26; Bienert, SGB 2005, Seiten 84 ff.; Humpert in: Berliner Kommentar zum SGG, Â§ 131 Rn. 8). Jedoch gehen die bisher in der Sozialgerichtsbarkeit zu [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) ergangenen Entscheidungen ebenso wie die hier vorliegende erstinstanzliche Entscheidung von dessen Anwendbarkeit 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, Â§ 131 Rn. 25b). Der Senat schließt sich letzterer Ansicht an. Denn anders als bei [Â§ 113 Abs. 3 VwGO](#), dessen Anwendung bereits nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers auf Anfechtungsstreitigkeiten beschränkt ist ([BT-Drs. 11/7030 Seite 21](#) oben), enthalten die zitierten Motive zu [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) keinen Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber dessen Anwendung auf reine Anfechtungsklagen beschränken wollte. Dem Gesetzgeber kann ein solcher Wille wegen der ausdrücklichen Anlehnung an [Â§ 113 Abs. 3 VwGO](#) auch nicht ohne weiteres unterstellt werden (so aber Bienert, SGB 2005, 84 ff., Seite 85). Denn dann hätte der Gesetzgeber die Regelung des [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) nicht an das Ende der Vorschrift, hinter den Regelungen des [Â§ 131 Abs. 1 bis 4 SGG](#) über Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, einfügen müssen, was nahe legt, dass von [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) beide Klagearten erfasst werden sollen. Vielmehr hätte der Gesetzgeber die Vorschrift unmittelbar nach den Regelungen über die Anfechtungsklage einfügen können, wie dies bei [Â§ 113 Abs. 3 VwGO](#) der Fall ist, der systematisch hinter den Regelungen über die Anfechtungsklage in [Â§ 113 Abs. 1 und 2 VwGO](#), aber noch vor den Regelungen über die Leistungs- und Verpflichtungsklage in [Â§ 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 [Â§ 100 Abs. 3 FGO](#) nicht für, sondern ebenso wie die Anlehnung an [Â§ 113 Abs. 3 VwGO](#) eher gegen die Anwendung des [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf Verpflichtungsklagen (a.A. LSG Nordrhein-Westfalen a.a.O.). Denn [Â§ 100 FGO](#) regelt nach den Motiven des Gesetzgebers zu [Â§ 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 [Â§ 101 FGO](#), geregelt ist. Es ist daher schon wegen der eigenständigen Regelung der Verpflichtungsklage in [Â§ 101 FGO](#) ausgeschlossen, dass [Â§ 100 Abs. 3 FGO](#) unmittelbar auf die Verpflichtungsklage anwendbar ist. Auch eine analoge Anwendung von [Â§ 100 Abs. 3 FGO](#) auf die Verpflichtungsklage wird in der Kommentierung zu [Â§ 101 FGO](#) unter Hinweis auf eine die analoge Anwendung des [Â§ 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, [Â§ 101 FGO](#) Rn. 3). Deshalb findet sich auch in der Kommentierung zu [Â§ 100 Abs. 3 FGO](#) (Tipke/Kruse, AO und FGO, [Â§ 100 FGO](#) Rn. 39-48) kein Hinweis auf dessen Anwendung bei Verpflichtungsklagen. Im übrigen ist auch [Â§ 100 Abs. 3 FGO](#) systematisch noch vor der Regelung über die Leistungsklage ([Â§ 100 Abs. 4 FGO](#))

eingeführt worden. Schließlich ist der Hinweis in den Motiven zu [Â§ 100 Abs. 3 FGO](#), dass "damit der Anwendungsbereich dieser Vorschrift erweitert worden ist," auf die Vorgängervorschrift zu [Â§ 100 Abs. 3 FGO](#), den [Â§ 100 Abs. 2 Satz 2 FGO](#) a.F., bezogen, der nur für Geldleistungsverwaltungsakte galt und wo für die Zurückverweisung an die Behörde noch ein wesentlicher Verfahrensmangel erforderlich war ([BT-Drs. 12/1061, Seite 19](#)). Der gleiche Hinweis auf einen erweiterten Anwendungsbereich gegenüber dem des [Â§ 100 Abs. 2 Satz 2 FGO](#) a.F. findet sich im Übrigen auch in den Motiven zu [Â§ 113 Abs. 3 VwGO](#), der ausdrücklich in Kenntnis und auf Grundlage des [Â§ 100 Abs. 2 Satz 2 FGO](#) a.F. ohne Beschränkung auf einen wesentlichen Verfahrensmangel eingeführt wurde ([BT-Drs. 11/7030 Seite 30](#) oben). [Â§ 100 Abs. 3 FGO](#) ist deshalb ebenso wenig wie [Â§ 113 Abs. 3 VwGO](#) auf Verpflichtungsklagen anwendbar. Sind die zu einer Anwendbarkeit des [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf Leistungs- und Verpflichtungsklagen schweigenden Motive des Gesetzgebers somit nicht eindeutig, weil die Anlehnung an die nur für Anfechtungsklagen geltenden [Â§ 113 Abs. 3 VwGO](#) und [100 Abs. 3 FGO](#) gegen und die von diesen Normen abweichende systematische Stellung des [Â§ 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 Gesetzeszweck entscheidend. Denn angesichts der Tatsache, dass abweichend von der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit in der Sozialgerichtsbarkeit überwiegend Anfechtungsklagen 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 [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) bei Geltung nur für isolierte Anfechtungsklagen seines wesentlichen Anwendungsbereiches beraubt, selbst wenn einige Anwendungsfälle verbleiben würden (vgl. die Beispiele bei Bienert, SGB 2005, 84 ff., Seite 88). Nur wenn [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) auch für Leistungs- und Verpflichtungsklagen gilt, besteht daher in nennenswertem Umfang die Möglichkeit, einer sachwidrigen Aufwandsverlagerung auf die Gerichte zu begegnen und dem Gericht eine zeit- und kostenintensive Sachverhaltsaufklärung zu ersparen, die eigentlich der Behörde obliegt (ebenso im Ergebnis: LSG Nordrhein-Westfalen a.a.O.). Vor diesem Hintergrund ist die Erstreckung des [Â§ 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 [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) zu erzielen ist, wie teilweise vertreten wird (u.a. Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. 2003, Â§ 113 Rn. 169; Meyer-Ladewig in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, Â§ 131 Rn. 18). Denn durch eine solche Bescheidungsklage wird dem Verpflichtungskläger nicht die gleiche Rechtsposition eingeräumt wie durch [Â§ 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 [Â§ 131 Abs. 5 Satz 4 SGG](#) von 6 Monaten verloren, in der die Entscheidung nach [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) zu treffen ist. Angesichts dessen, dass die Anwendung des [Â§ 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 [Â§ 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 [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf Verpflichtungsklagen. Die angesprochene Gefahr der Verzögerung des Rechtsstreits verbietet schließlich auch für sich allein genommen nicht die Anwendung des [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf Verpflichtungs- und Leistungsklagen, weil dem im Rahmen der Anwendung des [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) im Einzelfall ausreichend Rechnung getragen werden kann. Insoweit kommt der Auslegung und Anwendung der einzelnen Voraussetzungen des [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) wesentliche Bedeutung zu, wobei sich der Senat insoweit an der bereits ergangenen verwaltungs- und finanzgerichtliche Rechtssprechung zu den [Â§ 113 Abs. 3 VwGO](#) und [100 Abs. 3 FGO](#) so wie 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 [Â§ 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 [Â§ 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 [Â§ 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, [Â§ 131 Rn. 19/20](#); Rohwer-Kahlmann, SGG, Stand: Juni 2005, [Â§ 131 Rn. 27/28](#); Bienert, SGB 2005, 84 ff. Seite 87; Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. 2003, [Â§ 113 Rn. 167](#)). Dem entspricht die verwaltungs- und im Ergebnis wohl auch die finanzgerichtliche Rechtssprechung (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, [Â§ 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 [Â§ 113 Abs. 3 VwGO](#), [100 Abs. 3 FGO](#) und [131 Abs. 5 SGG](#) kein Hinweis. Aus der Formulierung "Hält das Gericht â" folgt insoweit nichts anderes. Denn der Gesetzgeber verwendet diese Formulierung auch in [Â§ 131 Abs. 2 bis 4 SGG](#), ohne dass etwa bei der Verpflichtungsklage gemäß [Â§ 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 zugrundegelegt kann der Gefahr

einer Verzögerung der Entscheidung über die begehrte Leistung im Rahmen der vom Rechtsmittelgericht voll überprüfbaren, dritten Voraussetzung des [Â§ 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 [Â§Â§ 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](#), BVerw-GE 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 [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) eine derartige Formulierung. Jedoch folgt aus der engen Anlehnung an diese Vorschriften, dass dieser Grundsatz unter Beachtung des Zwecks des [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) auch hier Berücksichtigung finden muss. Denn ebenso wie bei den [Â§Â§ 113 Abs. 3 VwGO](#) und [100 Abs. 3 FGO](#) besteht bei Anwendung des [Â§ 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 es 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 Weigerungsfalle 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

kÄ¶nnen, wie dies dem Gericht insbesondere beim versorgungsÄ¶rztli-chen Dienst des Beklagten bekannt ist. Zum anderen steht selbst bei ordnungsgemÄ¶er Ermittlung nicht fest, ob die so geschaffene Tatsachenbasis Ä¶ selbst wenn sie positiv ist Ä¶ auch dementsprechend von der BehÄ¶rde rechtlich gewÄ¶rdigt wird. Insgesamt ist der Leistungs- bzw. Verpflichtungsklä¶ger daher bei einer ZurÄ¶ckverweisung seinem eigentli-chen Ziel, die begehrte Leistung zu erhalten, nicht nÄ¶her, sondern in aller Regel weiter entfernt davon als zuvor. Dies gilt erst recht, wenn die BehÄ¶rde Ä¶ wie vorliegend Ä¶ von dem ihr zustehenden Rechtsmittel gegen die ZurÄ¶ckverweisung Gebrauch macht. Insofern ist es entgegen der Argumentation des LSG Nordrhein-Westfalen (LSG Nord-rhein-Westfalen a.a.O.) fÄ¶r den Leistungs- bzw. Verpflichtungsklä¶ger auch kein Gewinn, nach der ZurÄ¶ckverweisung erneut den gesamten Rechtsmittelzug wieder vor sich zu haben. Denn die RechtsschutzmÄ¶glichkeiten sind nicht Selbstzweck, sondern es geht dem Leistungs- bzw. Verpflichtungsklä¶ger um die endgÄ¶ltige GewÄ¶hrung seiner Leistung. Da-her liegt ein ordnungsgemÄ¶es Verwaltungsverfahren, welches der Leistungs- bzw. Ver-pflichtungsklä¶ger durch die ZurÄ¶ckverweisung mÄ¶glicherweise gewinnt, im Stadium der einmal erhobenen Klage nicht mehr in seinem Interesse, da er nunmehr auf eine ordnungs-gemÄ¶e Ermittlung des Gerichts hoffen kann. Auch besteht nicht die Gefahr, dass der Leistungs- bzw. Verpflichtungsklä¶ger fÄ¶r ein im Sinne der Beweiserhebung nicht vollstÄ¶ndiges Verfahren mit auÄ¶ergerichtlichen Kosten belastet wird, weil ihn das Gericht im Rahmen der Kostenentscheidung gemÄ¶ Ä¶ [Ä¶ 193 SGG](#) entlasten kann, wenn Anlass fÄ¶r den Rechtsstreit eine unterlassene Ermittlung der BehÄ¶rde war. Schlie¶lich bewirkt die Einhal-tung der Frist von 6 Monaten, in der die ZurÄ¶ckverweisung erfolgen muss, lediglich, dass nicht noch mehr Zeit bis zur endgÄ¶ltigen KlÄ¶rung des Rechtsstreits verloren geht. Diese Frist begrenzt mithin die in der VerzÄ¶gerung des Rechtsstreits liegende Belastung, beseitigt sie aber nicht. Zudem kommt hinzu, dass Ä¶ anders als bei der isolierten Anfechtungsklage Ä¶ mit der blo-Ä¶en Aufhebung der angefochtenen Bescheide nach [Ä¶ 131 Abs. 5 SGG](#), der gestellte Klage-antrag auf Leistung oder Verpflichtung Ä¶berhaupt nicht ausgeurteilt wird, mithin durch das Verfahren nach [Ä¶ 131 Abs. 5 SGG](#) im prozessualen Sinne nicht Ä¶ber den gesamten Streit-gegenstand entschieden und trotzdem das Verfahren vor Gericht endgÄ¶ltig beendet wird (vgl. die dementsprechende, ausdrÄ¶ckliche Formulierung auf Seite 30 der [BT-Drs. 11/7030](#) zu [Ä¶ 113 Abs. 3 VwGO](#)). Die Anwendung des [Ä¶ 131 Abs. 5 SGG](#) fÄ¶hrt daher in der Situa-tion einer Leistungs- oder Verpflichtungsklage ohne RÄ¶cksicht auf den Willen des KlÄ¶gers zu einer Reduzierung des Streitgegenstandes auf den Anfechtungsteil seines Antrags. Auch hierin liegt eine Belastung fÄ¶r den Verpflichtungs- oder Leistungsklä¶ger, dessen Klage streng genommen teilweise abgewiesen wird, auch wenn dies nicht zu tenorieren ist, damit diese teilweise Abweisung nicht in Rechtskraft erwÄ¶chst. Es ist im Falle der ZurÄ¶ckverweisung auch nicht so, dass das Verfahren nach erneuter Be-scheiderteilung durch die BehÄ¶rde automatisch wieder bei Gericht anhÄ¶ngig wird. Viel-mehr muss der KlÄ¶ger erneut fristgerecht Widerspruch und Klage erheben, um seine Rech-te zu wahren. Mehr noch, es existiert keine Vorschrift, welche die BehÄ¶rde nach der Auf-hebung der streitigen Bescheide erzwingbar verpflichtet, erneut einen Bescheid zu erteilen. Zu [Ä¶ 113 Abs. 3 VwGO](#) wird daher vertreten, die BehÄ¶rde kÄ¶nne je nach Lage der Dinge auch auf einen erneuten Bescheid verzichten (Kopp/Schenke,

VwGO, 13. Aufl. 2003, Â§ 113 Rn. 169). Der Verpflichtungs- oder Leistungskl  ger ist deshalb, wenn die Behörde untätig bleibt, gezwungen einen neuen Leistungsantrag zu stellen, um eine erneute Be-scheiderteilung gegebenenfalls mit einer Unt  tigkeitklage gemäß [Â§ 88 SGG](#) durchsetzen zu können. Denn der alte Leistungsantrag wurde durch die aufgehobenen Bescheide sach-lich, 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 Unt  tigkeitklage erzwingbar wäre, da die Frist von 6 Monaten gemäß [Â§ 88 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) bei der Zurückverweisung nach [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) regelmäßig abgelau-fen sein dürfte. Insofern bliebe allenfalls die Möglichkeit, in der Entscheidung nach [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) einen erneuten Leistungsantrag zu sehen und [Â§ 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 [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) darüber hinaus besondere, übergeordnete Gesichtspunkte hinzukommen, wel-che es rechtfertigen, dass der Verpflichtungs- oder Leistungskl  ger 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, son-dern 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 Sachver-haltsaufkl  rung 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 [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) vor allem die F  lle 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 vor-nehmen, sondern die erforderliche Ermittlung    zumindest zum Teil    erstmals selbst durchführen muss. H  tte der Gesetzgeber mit der neuen Vorschrift hingegen in allen Fällen, insbesondere in denen, wo das Gericht lediglich ergänzende Ermittlungen für erforderlich hält, sicherstel-len 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 Kos-tenentscheidung der Behörde aufzuerlegen. Er hätte nicht den Weg über die Zur  ckverwei-sung an die Behörde wählen müssen, der    jedenfalls bei der Verpflichtungs- und Leis-tungsklage    stets mit einer Belastung für den

jeweiligen KlÄxger verbunden ist. Daher kommt eine ZurÄ¼ckverweisung unter BerÄ¼cksichtigung insbesondere der Belange des Leistungs- bzw. Verpflichtungskläxgers nur bei einem Ermittlungsausfall im Sinne eines "Unterlassens" in Betracht, d.h. wenn keine fÄ¼r die Beurteilung des Streitgegenstandes verwertbare Ermittlung mehr vorliegt und die SachverhaltsaufklÄxung der BehÄ¼rde daher ausgefallen ist. Dies ist nicht nur dann gegeben, wenn Ä¼berhaupt keine SachverhaltsaufklÄxung erfolgt ist, sondern auch dann, wenn das Ermittlungsergebnis fÄ¼r die Beurteilung des Streitgegenstandes nicht verwertbar ist, weil das Gericht die erforderliche Ermittlung zu-mindest zum Teil erstmals selbst durchfÄ¼hren muss. Wann ein Ermittlungsergebnis danach unverwertbar ist, beurteilt sich letztlich nach dem Streitgegenstand und kann deshalb nicht allgemeingÄ¼ltig 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 GrÄ¼nden (z.B. infolge vorangegangener Verwaltungsverfahren) der BehÄ¼rde bekannt sein mÄ¼ssen. 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 abhÄ¼ngt, welche Behinderungen vorliegen und wie sie sich auf bestimmte, fÄ¼r die einzelnen Nachteilsausgleiche relevante kÄ¼rperliche Funktionen auswirken. Daher ist im Schwerbehindertenrecht zu unterscheiden: Geht es um einen konkreten Nachteilsausgleich, so muss das Ermittlungsergebnis diejenigen Behinderungen betreffen, welche fÄ¼r die Tatbestandsvoraussetzungen des jeweiligen Nachteilsausgleichs relevant sein kÄ¼nnen. Ausgenommen sind nur die Behinderungen, die von vornherein, unter keinem denkbaren Gesichtspunkt, Auswirkungen auf die Zuerkennung des begehrten Nachteilsausgleichs haben (z.B. hat eine SchwerhÄ¼rigkeit oder eine Schuppenflechte im Regelfall keine Auswirkungen auf die beim Merkzeichen "aG" zu beurteilende GehfÄ¼higkeit). Geht es hingegen um die Feststellung des GdB, so muss das Ermittlungsergebnis alle Behinderungen betreffen, die mit dem Antrag geltend gemacht oder der BehÄ¼rde sonst bekannt wurden, weil sÄ¼mtliche Behinderungen relevant fÄ¼r die Bildung des GdB sind. Nur wenn der behinderte Mensch eine bisher geltend gemachte oder sonst bekannte Behinderung ausdrÄ¼cklich nicht bewertet wissen will, kann diese unberÄ¼cksichtigt bleiben (vgl. zum notwendigen Ermittlungsumfang und zur AuÄ¼serachtlassung 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, gleichgÄ¼ltig, wie knapp oder unkonkret sie sind und gleichgÄ¼ltig, ob sie von einem Arzt des betroffenen Fachgebiets oder von einer anderen, fÄ¼r die jeweilige Behinderung kompetenten Person, die kein Arzt sein muss, stammen. Denn dann sind diese Befunde grundsÄ¼tzlich verwertbar und auch das Gericht kÄ¼nnte grundsÄ¼tzlich seine Entscheidung darauf stÄ¼tzen. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Befunde keine Aussage zum streitgegenstÄ¼ndlichen Zeitraum (im Regelfall zum aktuellen Gesundheitszustand) enthalten, weil sie z.B. veraltet sind. Dann sind sie unabhÄ¼ngig von ihrem Aussagegehalt schon deshalb unverwertbar. GleichgÄ¼ltig ist daher, ob das Gericht â mÄ¼glicherweise zu Recht â der Meinung ist, dass eine

Entscheidung auf das von der Behörde erzielte Ermittlungsergebnis nicht gestützt werden können, weil sich weitere Ermittlungen, z.B. wegen Widersprüchlichkeiten, unkonkreten oder lückenhaften Befunden usw. geradezu aufdrängten. Erst recht gilt dies dann, wenn das Gericht der Meinung ist, dass die erhobenen Befunde anders zu wärdigen 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 Tatsachen-gerichte sind im Grundsatz ebenso verpflichtet, umfassend von Amts wegen zu ermitteln, wie die Behörde ([Â§ 103 SGG](#)) und es ist insoweit auch ihre Aufgabe, Ermittlungsdefizite zu beseitigen und nicht nur â vergleichbar einem Revisionsgericht â 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 â wenn die Entscheidung innerhalb der 6 Monate gemäß [Â§ 131 Abs. 5 Satz 4 SGG](#) ergeht â auch eine Entscheidung teilweise nach [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) als Zurückverweisungsurteil und teilweise nach [Â§ 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 aufgehobene 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 [Â§ 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, Â§ 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 gem. [§ 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 gem. [§ 131 Abs. 5 SGG](#) zurückverwiesen werden könnte, während der früheren, 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 gem. [§ 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 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 unbekannten 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 [Â§ 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 [Â§ 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 [Â§ 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 [Â§ 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 daher 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 anfalle (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 zurückschweifen zu können. Die Frage, welche Ermittlungen gemäß [Â§ 131 Abs. 5 Satz 1 SGG](#) im Einzelnen noch erforderlich sind, orientiert sich demgegenüber streng am Untersuchungsgrundsatz gemäß [Â§ 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 [Â§ 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, Â§ 113 Rn. 169; Meyer-Ladewig in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, Â§ 131 Rn. 21) und zwar auch bezüglich Art und Umfang der danach durchzuführende Beweisaufnahme (Rohwer-Kahlmann, SGG, Stand: Juni 2005, Â§ 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, [Â§ 100 FGO](#) Rn. 46). Hält das Gericht bei einem festgestellten, die Zurückschweifung 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, Â§ 131 Rn. 31), was jedoch eher die Ausnahme sein dürfte. Auf den vorliegenden Fall angewandt bedeutet dies, dass eine Zurückverweisung schon deshalb ausscheidet, weil ein Ermittlungsausfall des Beklagten nicht feststellbar ist. Streitgegenstände in der Sache sind vorliegend die Merkzeichen "G" und "B", wobei das Merkzeichen "B" ohnehin nur dann in Betracht kommt, wenn dem Kläger das Merkzeichen "G" zusteht. Denn gemäß [Â§ 145 Abs. 2 Nr. 1 SGB IX](#) werden unentgeltlich im Nah- und Fernverkehr nur Begleitpersonen befördert, die einen schwerbehinderten Menschen im Sinne des [Â§ 145 Abs. 1 SGB IX](#) begleiten, sofern die ständige Begleitung des schwerbehinderten Menschen notwendig und dies im Schwerbehindertenausweis eingetragen ist. Schwerbehinderte Menschen im Sinne des [Â§ 145 Abs. 1 SGB IX](#) sind aber nur solche, die in ihrer Bewegungsfähigkeit im Straßenverkehr erheblich beeinträchtigt sind, denen mithin das Merkzeichen "G" zusteht, oder die hilflos (Merkzeichen "H") oder gehfähig (Merkzeichen "Gl") sind. Da deshalb die Eintragung des Merkzeichens "B" im Schwerbehindertenausweis ohne eines dieser drei Merkzeichen überflüssig wäre, selbst wenn dessen persönliche Voraussetzungen gemäß [Â§ 146 Abs. 2 SGB IX](#) vorliegen, bestimmt Â§ 1 Abs. 2 der Schwerbehindertenausweisverordnung (SchwbAwVO) folgerichtig, dass nur schwerbehinderten Menschen, die das Recht auf unentgeltliche Beförderung im öffentlichen Personen-nahverkehr in Anspruch nehmen können, mithin die in [Â§ 145 Abs. 1 SGB IX](#) genannten Personen mit den Merkzeichen "G", "H" oder "Gl", einen durch einen halbseitigen, orange-farbenen Flächenaufdruck gekennzeichneten Schwerbehindertenausweis erhalten, auf dem gemäß Â§ 3 Abs. 2 Satz 1 SchwbAwVO die Merkzeichen "G" und "B" vorgedruckt sind. Diese Merkzeichen werden dann je nach Vorliegen der Voraussetzungen des [Â§ 146 Abs. 2 SGB IX](#) (Merkzeichen "B", Â§ 3 Abs. 2 Satz 2 SchwbAwVO) oder des [Â§ 146 Abs. 1 Satz 1 SGB IX](#) (Merkzeichen "G", Â§ 3 Abs. 2 Satz 3 SchwbAwVO) gelistet. Daher kommt schon vom Wortlaut des Gesetzes her das Merkzeichen "B" nur dann in Betracht, wenn der schwerbehinderte Mensch Anspruch auf die Merkzeichen "G", "H" oder "Gl" hat (vgl. BSG v. 13.07.1988, Az: [9/9a RVs 14/87](#), [SozR 1500 Â§ 128 Nr. 37](#); BSG v. 11.11.1987, Az: [9a RVs 6/86](#), [SozR 3870 Â§ 58 Nr. 2](#)). Da der Kläger aber weder hilf- noch gehfähig ist, steht ihm das Merkzeichen "B" nur zu, wenn er Anspruch auf das von ihm begehrte Merkzeichen "G" hat. Deshalb ist ein Ermittlungsausfall hinsichtlich des Merkzeichens "B" nur dann anzunehmen, wenn die Ablehnung des Merkzeichens "G" durch den Beklagten auf einem das Merkzeichen "G" betreffenden Ermittlungsausfall beruht. Dies ist jedoch

nicht der Fall, weil der Beklagte hinsichtlich des Merkzeichens "G" zu allen für dieses Merkzeichen relevanten Behinderungen des Klägers verwertbare Befunde erhoben und auf deren Grundlage die Voraussetzungen des Merkzeichens "G" verneint hat. Anspruch auf das Merkzeichen "G" besteht gemäß [§ 146 Abs. 1 Satz 1 SGB IX](#), wenn der Schwerbehinderte infolge einer Einschränkung des Gehvermögens (auch durch innere Leiden oder infolge von Anfällen oder von Störungen der Orientierungsfähigkeit) nicht ohne erhebliche Schwierigkeiten oder nicht ohne Gefahren für sich oder andere Wegstrecken im Ortsverkehr zurückzulegen vermag, die üblicherweise noch zu Fuß zurückgelegt werden. Danach sind nur die Behinderungen des Klägers relevant, welche sich zumindest potentiell auf dessen Gehvermögen auswirken können, was nur hinsichtlich der Lähmungserscheinungen und gegebenenfalls des Bluthochdrucks der Fall sein kann. Insoweit waren schon vor dem streitigen Verwaltungsverfahren beim Kläger als Behinderungen die Lähmung des linken Armes nach Schlaganfall, eine Depressionsneigung und Bluthochdruck anerkannt, wobei die Depressionsneigung keine für das Merkzeichen "G" relevante Behinderung darstellt, da sie unter keinem denkbaren Gesichtspunkt geeignet ist, das Gehvermögen einzuschränken (vgl. zur Einschränkung des Gehvermögens im Sinne des Merkzeichens "G" bei Depressions- und Angstzuständen: BSG v. 10.05.1994, Az: [9 BVs 45/93](#), zitiert nach JURIS). Auch in seinem Antrag auf Zuerkennung der Merkzeichen "G" und "B" sowie seinem Widerspruch gegen den Ablehnungsbescheid vom 07.06.2004 hat der Kläger lediglich auf seine halbseitige Lähmung nach dem Schlaganfall mit den entsprechenden Symptomen hingewiesen. Zu den Lähmungserscheinungen und auch zum Bluthochdruck enthalten aber sowohl der aktuelle Befundbericht der behandelnden Internistin als auch der von ihr in Bezug genommene Reha-Bericht aus 2002, welcher nach der behandelnden Internistin weiterhin dem gesundheitlichen Gesamtzustand des Klägers entspricht, medizinische Befunde, welche insbesondere im Reha-Bericht sehr detailliert sind. Das MDK-Pflegegutachten enthält ebenfalls lediglich Befunde zu den bereits bekannten Behinderungen. Zwar wird die Leistungsfähigkeit hier anders eingeschätzt, als durch die Internistin und den Reha-Bericht. Dies mag für das Sozialgericht Anlass genug sein, genauer zu ermitteln. Dass der Beklagte aber hinsichtlich einer Behinderung des Klägers, welche für dessen Gehvermögen relevant sein kann, jegliche Ermittlung unterlassen oder nur unverwertbare Befunde erhoben hat, kann angesichts dessen nicht angenommen werden. Insbesondere lassen sich auch dem bei Antragstellung des Klägers über ein Jahr alten Reha-Bericht noch aktuelle medizinische Aussagen entnehmen, weil die behandelnde Internistin angegeben hat, dass dessen Befunde weiterhin zutreffen. Unverwertbar werden die Befunde auch nicht deshalb, weil sie nicht von einem für Lähmungserscheinungen nach einem Schlaganfall besonders kompetenten Neurologen stammen. Dies mag eine Frage der Würdigung dieser Befunde sein und Anlass geben, ergänzend auf neurologischem Fachgebiet zu ermitteln, macht aber insbesondere die Aussagen der Internistin und des Reha-Berichts zur allgemeinen Leistungsfähigkeit und zum Gehvermögen nicht völlig unbrauchbar. Schließlich ist ohne Belang, dass die medizinischen Unterlagen zusätzlich eine Hypercholesterinämie (Fettstoffwechselstörung mit erhöhtem Gehalt des Blutes an Cholesterin) ohne nähere Befunde erwähnen, weil eine solche ebenso wenig wie die Depressionsneigung, das Gehvermögen des

Klägers beeinflussen kann. Bei dieser Sachlage müssen die Auffassungen des Beklagten und des versorgungsärztlichen Dienstes rechtlich unzutreffend und die Ermittlungen aus Sicht des Sozialgerichts unzureichend gewesen sein. Jedoch hat der Beklagte zumindest verwertbare Ermittlungen angestellt und diese zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht, so dass kein Ermittlungsausfall vorliegt und das Sozialgericht gehalten ist, die von ihm als erforderlich angesehenen weiteren Ermittlungen selbst vorzunehmen, ohne den Kläger mit der bei der Zurückverweisung zu erwartenden Verzögerung des Verfahrens und einer Beendigung des Verfahrens ohne Sachentscheidung über die begehrte Vergünstigung zu belasten. Der angegriffene Gerichtsbescheid ist daher aufzuheben, was zur Zurückverweisung der Sache an das Sozialgericht zwecks Entscheidung in der Sache führt. Dabei wird nach Auffassung des Senats die Sache bereits durch die bloße Aufhebung des Gerichtsbescheids wieder beim Sozialgericht anhängig, weil mit der Aufhebung der Entscheidung nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) wieder der ursprüngliche, beim Sozialgericht erhobene Leistungs- bzw. Verpflichtungsantrag auflebt. Denn bei einem Vorgehen nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) wird – wie bereits ausgeführt – der Streitgegenstand auf den Anfechtungsteil des Antrags reduziert, weil nur dieser Teil in Rechtskraft erwachsen würde. Daher kann auch nur die Entscheidung nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) über diesen Anfechtungsteil beim Landessozialgericht anhängig werden und nur darüber ist deshalb im Berufungsverfahren zu entscheiden. Dem Landessozialgericht ist es infolge dessen verwehrt, in der Sache selbst zu entscheiden, weil gegen den Leistungs- bzw. Verpflichtungsteil des ursprünglichen Streitgegenstandes eine Berufung nicht erhoben werden konnte, da hierüber vom Sozialgericht nicht entschieden wurde. Die tenorierte Zurückverweisung dient somit nur der Klarstellung. Selbst wenn aber davon ausgegangen würde, dass der gesamte ursprüngliche Streitgegenstand in der Berufungsinstanz anhängig wurde und eine Entscheidung des Berufungsgerichts in der Sache daher zulässig wäre, wie dies offensichtlich bei [§ 113 Abs. 3 VwGO](#) in Anfechtungsstreitigkeiten von der Verwaltungsgerichtsbarkeit angenommen wird (BVerwG v. 06.07.1998, Az. [9 C 45/97](#), [BVerwGE 107, 128](#) ff.), was zumindest in den Fällen prozessökonomisch wäre, in denen die Sache ohne weitere Ermittlung bereits spruchreif ist, wäre eine Zurückverweisung an das Sozialgericht entsprechend [§ 159 Abs. 1 SGG](#) im vorliegenden Fall sach- und ermessensgerecht. Denn das Sozialgericht hat – von seiner Rechtsposition aus konsequent – überhaupt nicht ermittelt und keine Entscheidung in der Sache getroffen, obwohl eine Spruchreife derzeit nicht besteht. Den Beteiligten würde deshalb bei einer Entscheidung des Rechtsmittelgerichts in der Sache eine Tatsacheninstanz vollständig genommen und daher gerichtlicher Rechtsschutz erstmalig in der Berufungsinstanz gewährt, was den Rechtszug über Gebühr verkürzen würde. Dabei kann dahinstehen, ob dann die Zurückverweisung auf [§ 159 Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) gestützt werden könnte, weil [§ 131 Abs. 5 Satz 1 SGG](#) eine das Gerichtsverfahren regelnde Vorschrift darstellt, welche dem Gericht einen anderen Weg zum Urteil ermöglicht als sonst, wo grundsätzlich eine Entscheidung in der Sache zu treffen ist, es sei denn die Klage wäre unzulässig (zum Begriff des Verfahrensmangels vgl. Meyer-Ladewig in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, § 159 Rn. 3). Insoweit geht zumindest das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass ein doppelter Verfahrensfehler des Oberverwaltungsgerichts

vorliegt, wenn dieses zu Unrecht [Â§ 113 Abs. 3 Satz 1 VwGO](#) anwendet und auch die Frist des [Â§ 113 Abs. 3 Satz 4 VwGO](#) nicht beachtet (BVerwG v. 18.11.2002, Az. [9 C 2/02](#), [BVerwGE 117, 200](#) ff.) bzw. dass die R^{1/4}ge des Revisionskl^{1/4}gers, das Oberverwaltungsgericht habe zu Unrecht [Â§ 113 Abs. 3 VwGO](#) nicht angewandt, eine Verfahrens-r^{1/4}ge darstellt (BVerwG v. 06.07.1998, Az. [9 C 45/97](#), [BVerwGE 107, 128](#) ff.). Der Bundesfinanzhof hat diese Frage bisher offengelassen und nur die Nichtbeachtung der Frist von 6 Monaten des [Â§ 100 Abs. 3 Satz 5 FGO](#) als wesentlichen Verfahrensfehler des erstinstanzlichen Gerichts angesehen (BFH v. 28.01.1997, Az: [IX R 31/95](#), [BFH/NV 1997, 509](#) f.). Sieht man [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) danach als Verfahrensvorschrift an, w^{1/4}rde die Entscheidung des Sozialgerichts auf der fehlerhaften Anwendung dieser Vorschrift beruhen und der Verfahrensfehler infolgedessen wesentlich sein und die Zur^{1/4}ckverweisung rechtfertigen. Aber auch wenn [Â§ 131 Abs. 5 Satz 1 SGG](#) nicht als Verfahrensvorschrift angesehen w^{1/4}rde, weil bei einem Versto^{1/4} gegen dessen Voraussetzungen letztlich die nach [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) zu treffende Entscheidung "in der Sache des [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#)" fehlerhaft ist, k^{1/4}nnte eine Zur^{1/4}ckverweisung in analoger Anwendung des [Â§ 159 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#) erfolgen (vgl. hierzu: [BSGE 51, 202](#), 205). Denn das Sozialgericht hat "in der Sache des Verpflichtungsantrags" selbst nicht entschieden und ^â einem Prozessurteil vergleichbar ^â eine Entscheidung nur ^{1/4}ber das verwaltungsverfahrensfehlerhafte Zustandekommen der angegriffenen Bescheide getroffen. Insoweit w^{1/4}rde [Â§ 159 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#) eine planwidrige L^{1/4}cke enthalten, weil der Gesetzgeber bei Einf^{1/4}hrung des [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) ausweislich der bereits zitierten Motive Gesetzgebers ^{1/4}bersehen h^{1/4}tte, [Â§ 159 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#) an die nunmehr mit [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) gegebene M^{1/4}glichkeit einer Klagestattgabe ohne Sachentscheidung (statt Klageabweisung ohne Sachentscheidung wie in [Â§ 159 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#)) anzupassen. Geht man mithin davon aus, dass mit einer Berufung gegen eine Entscheidung nach [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) der gesamte Streitgegenstand beim Landessozialgericht anh^{1/4}ngig wird und sieht man [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) nicht als Verfahrensvorschrift an, so w^{1/4}re der Zweck von [Â§ 159 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#), ein ^{1/4}bergehen der ersten Tatsacheninstanz ohne Sachentscheidung zu vermeiden, nur zu erreichen, wenn diese Vorschrift entsprechend auf die F^{1/4}lle des [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) angewandt wird, in denen eine Entscheidung ausdr^{1/4}cklich nicht in der Sache selbst ergeht. Die Kostenentscheidung bleibt der Endentscheidung des Sozialgerichts vorbehalten, weil der Rechtsstreit ohne Entscheidung in der Sache an das Sozialgericht zur^{1/4}ckverwiesen wird, welches daher insgesamt ^{1/4}ber die Erstattung der au^{1/4}ergerichtlichen Kosten zu entscheiden hat (Meyer-Ladewig/Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, [Â§ 193 Rn. 2a](#)). Da zu der hier entscheidungserheblichen Rechtsfrage wegen der neu eingef^{1/4}gten Vorschrift des [Â§ 131 Abs. 5 SGG](#) noch keine h^{1/4}chstrichterliche Rechtsprechung existiert und zumindest teilweise von der zitierten Auffassung des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen abgewichen wird, ist die Revision gem^{1/4} [Â§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) wegen der grunds^{1/4}tzlichen Bedeutung der Sache zuzulassen.

Zuletzt verändert am: 23.12.2024