

---

-

## Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht	Bundessozialgericht
Sachgebiet	Entschädigungs-/Schwerbehindertenrecht
Abteilung	9
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

### 1. Instanz

Aktenzeichen	-
Datum	-

### 2. Instanz

Aktenzeichen	-
Datum	26.01.1998

### 3. Instanz

Datum	12.04.2000
-------	------------

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts vom 26. Januar 1998 aufgehoben und der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

Die Beteiligten streiten über die Zuerkennung der Merkzeichen H (Hilflosigkeit) und aG (außergewöhnliche Gehbehinderung) an den schwerbehinderten Kläger.

Der im November 1959 geborene Kläger bezieht Rente wegen Erwerbsunfähigkeit und laufende Leistungen nach dem Bundessozialhilfegesetz. Er leidet ua an chronischem allergischem Asthma sowie an einem chronischen allergischen Ekzem. Der Beklagte hat in der Vergangenheit das Vorliegen der gesundheitlichen Voraussetzungen für die Merkzeichen G und RF sowie ab seit April 1997 ab einen Grad der Behinderung (GdB) von 90 anerkannt. Im Januar 1994 hatte der Kläger die Zuerkennung des Merkzeichens H, im September 1994 außerdem die Zuerkennung des Merkzeichens aG beantragt. Beide Anträge hat

---

der Beklagte abgelehnt (Bescheide vom 7. Januar 1994 und 1. März 1995 sowie Widerspruchsbescheide vom 15. März 1995 und 17. Mai 1995).

Die gegen diese Bescheide erhobenen Klagen wurden von dem Sozialgericht (SG) verbunden und anschließend nach Beiziehung von Befundberichten und Einholung eines schriftlichen internistischen Sachverständigengutachtens mit Gerichtsbescheid vom 28. Februar 1997 abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Das Landessozialgericht (LSG) lud nach Beiziehung weiterer Befundberichte Mitte August 1995 den Internisten Dr. H., den Facharzt für Chirurgie Dr. S. und den Facharzt für Psychiatrie und Neurologie Dr. K. als Sachverständige zu dem für den 13. Oktober 1997 angesetzten Termin zur mündlichen Verhandlung. Bereits mit Schriftsatz vom 5. September 1997 hatte der Kläger beantragt, "daß die vom Landessozialgericht beauftragten Gutachter ihre Gutachten vor Gericht erläutern, weil die Terminsetzung der Gutachtenerhebung und der mündlichen Verhandlung nur wenige Tage auseinanderliegen". Zur mündlichen Verhandlung am 13. Oktober 1997 erschien er jedoch nicht, weil er am Vorabend dieses Tages zur Ableistung einer vom Amtsgericht Hamburg-Altona in einer Bußgeldsache angeordneten Erziehungshaft festgenommen und erst am 13. Oktober 1997 um 22.00 Uhr wieder freigelassen worden war.

Die Sachverständigen, die den Kläger einige Zeit zuvor ambulant untersucht und dazu die Gerichts- und Verwaltungsakten erhalten hatten, übergaben am Terminstag jeweils ein schriftliches Sachverständigengutachten. Das LSG vertagte den Rechtsstreit, übersandte dem Kläger die Gutachten als Anlage zur Sitzungsniederschrift und lud die Beteiligten erneut für den 26. Januar 1998 zur mündlichen Verhandlung. Mit Schriftsatz vom 29. Dezember 1997 bemängelte der Kläger, daß die Sachverständigen erneut zur Erörterung ihrer abgegebenen Gutachten hätten geladen werden müssen. Das LSG teilte den Beteiligten daraufhin mit Schreiben vom 6. Januar 1998 mit, es bestehe derzeit kein Anlaß, die medizinischen Sachverständigen zur mündlichen Verhandlung am 26. Januar 1998 zu laden. Mit Schriftsatz vom 12. Januar 1998 nahm der Kläger außerdem zu den einzelnen Gutachten Stellung und beanstandete u.a. die falsche Angabe seiner Körpergröße und seines Körpergewichts im Gutachten des Dr. S. vom 1. Oktober 1997; diesem Gutachter warf er zudem eine falsche Einschätzung des GdB-Grades vor. Zudem sagte er, die Sachverständigen hätten "nicht beschrieben", inwieweit sie "zu der Auffassung gelangen", wie er mit schwerem Anstrengungsasthma sei und mit dauerhaften Gehbeschwerden seitens der Füße dauerhaft auf Krücken gehen solle, ohne dabei eine Verschlimmerung in Gestalt von Entkräftung und Anstrengungsasthma davonzutragen. Hinsichtlich des Gutachtens der Sachverständigen Dr. H. und Dr. K. machte er sinngemäß geltend, diese hätten sich nicht ausreichend mit dem Einfluß seiner fortwährenden Kortisonbehandlung auf seine Psyche und seine Lebensführung auseinandergesetzt. Überhaupt sei seine psychische Behinderung unzureichend berücksichtigt worden. Das LSG hat die Berufung des Klägers auf die mündliche Verhandlung vom 26. Januar 1998, zu der der Kläger persönlich erschienen war und lediglich einen Sachantrag, aber keinen Beweisantrag gestellt hatte, zurückgewiesen.

---

Mit der vom Senat zugelassenen Revision rügt der Kläger die Verletzung des [Â§ 103](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) (gerichtliche Aufklärungspflicht) und des [Â§ 117 SGG](#), wonach Beweise regelmäßig in der mündlichen Verhandlung zu erheben seien.

Der Kläger hat beantragt,

das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts vom 26. Januar 1998 aufzuheben und den Rechtsstreit an dieses Gericht zurückzuverweisen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Er hat ua die Auffassung vertreten: Der Kläger könne die gerügten Verfahrensmängel in der Revisionsinstanz nicht mehr geltend machen. Er habe seinen Antrag auf Erläuterung der Sachverständigengutachten in der mündlichen Verhandlung vom 26. Januar 1998 nicht ausdrücklich wiederholt, der Antrag sei jedenfalls nicht protokolliert und auch im Tatbestand des angefochtenen Urteils nicht aufgeführt worden; dies habe zum Verlust des Rügerechts geführt.

Beide Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung durch Urteil ([Â§ 124 Abs 2 SGG](#)) einverstanden erklärt.

II

Die Revision des Klägers ist insoweit begründet, als der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen ist ([Â§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG](#)).

Soweit der Kläger die Verletzung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im dem Mündlichkeitsgrundsatz ([Â§ 117 SGG](#)) rügt, übersieht er, dass diese Grundsätze bei der Erhebung des Sachverständigenbeweises nach [Â§ 118 Abs 1 SGG](#) im [Â§ 411](#) Zivilprozessordnung (ZPO) eingeschränkt sind. Danach steht es dem Tatsachengericht grundsätzlich frei, anstelle der für Sachverständige vorgesehenen mündlichen Gutachtenerstattung ([Â§ 118 Abs 1 SGG](#) im [Â§ 402](#) und [Â§ 395 f ZPO](#)) eine schriftliche Begutachtung anzuordnen; die Beschränkungen des [Â§ 377 Abs 3 ZPO](#) für die schriftliche Zeugenaussage gelten nicht ([Â§ 411 Abs 1 Satz 1 ZPO](#); Thomas/Putzo, ZPO mit GVG, 22. Aufl, RdNr 1b zu [Â§ 411 ZPO](#)). Den in [Â§ 117 SGG](#) verankerten Grundsätzen trägt die Vorschrift des [Â§ 411 Abs 3 ZPO](#) Rechnung, wonach das Gericht das Erscheinen des Sachverständigen anordnen kann, "damit er das schriftliche Gutachten erläutere". Daneben erkennt die Rechtsprechung ein selbständiges Fragerecht an den Sachverständigen nach [Â§ 118 Abs 1 SGG](#) im [Â§ 402](#) und [Â§ 397 ZPO](#) an (vgl. Beschluss des Senats vom 3. März 1999 â B 9 VJ 1/98 B -, dort S 3 f).

---

Mit der R<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ge der Verletzung des [Â§ 117 SGG](#) iVm [Â§ 103 SGG](#) und den sonstigen Ausf<sup>1</sup>/<sub>4</sub>hrungen i<sup>1</sup>/<sub>4</sub> der Kl<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ger allerdings erkennen, da<sup>1</sup>/<sub>4</sub> er in der Nichtladung der drei vom LSG ernannten gerichtlichen Sachverst<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ndigen zur m<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ndlichen Verhandlung am 26. Januar 1998 und darin, da<sup>1</sup>/<sub>4</sub> diese ihre Gutachten nicht m<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ndlich erl<sup>1</sup>/<sub>4</sub>utert haben, einen Verfahrensfehler erblickt. Er r<sup>1</sup>/<sub>4</sub>gt somit unter Bezugnahme auf seinen an das LSG gerichteten Schriftsatz vom 12. Januar 1998 iS des [Â§ 164 Abs 2 Satz 3 SGG](#) (vgl dazu Meyer-Ladewig SGG 6. Aufl RdNrn 2 und 9c zu Â§ 164) die Verletzung des [Â§ 118 Abs 1 SGG](#) iVm [Â§ 411 Abs 3 ZPO](#) sowie iVm [Â§ 402](#) und [397 ZPO](#).

Die Ladung des gerichtlichen Sachverst<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ndigen, damit dieser sein schriftliches Gutachten erl<sup>1</sup>/<sub>4</sub>utere ([Â§ 118 Abs 1 SGG](#) iVm [Â§ 411 Abs 3 ZPO](#)), steht grunds<sup>1</sup>/<sub>4</sub>tlich im Ermessen des Tatsachengerichts. Wie der Senat in seinem vorzitierten Beschluss vom 3. M<sup>1</sup>/<sub>4</sub>rz 1999 ausgef<sup>1</sup>/<sub>4</sub>hrt hat (dort S 4 f), verdichtet sich der Ermessensfreiraum dann zu einer Verpflichtung des Gerichts zur Ladung des gerichtlichen Sachverst<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ndigen, wenn diese beantragt ist und noch Ermittlungsbedarf besteht, dh wenn sich das Gericht h<sup>1</sup>/<sub>4</sub>tte gedr<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ngt f<sup>1</sup>/<sub>4</sub>hlen m<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ssen, hinsichtlich des von dem Sachverst<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ndigen in seinem schriftlichen Gutachten behandelten Beweisthemas noch weitere Sachaufkl<sup>1</sup>/<sub>4</sub>rung zu betreiben (vgl dazu Meyer-Ladewig, SGG, RdNr 20 zu [Â§ 103 SGG](#)). Liegen insbesondere die Voraussetzungen f<sup>1</sup>/<sub>4</sub>r die Einholung eines zweiten Gutachtens vor (vgl dazu Meyer-Ladewig, aaO, RdNrn 11b f zu Â§ 103), etwa weil <sup>1</sup>/<sub>4</sub> wegen mangelnder Schl<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ssigkeit oder wegen Zugrundeliegens falscher Voraussetzungen (vgl BVerwG Buchholz 210 Â§ 86 Nr 68) <sup>1</sup>/<sub>4</sub> die Einholung des ersten Gutachtens nicht ausreicht, um die Ermittlungspflicht des Tatsachengerichts zu erf<sup>1</sup>/<sub>4</sub>llen, so hat der Beteiligte, der einen Antrag auf Erl<sup>1</sup>/<sub>4</sub>uterung des Sachverst<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ndigengutachtens stellt, ein Recht auf Ladung des gerichtlichen Sachverst<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ndigen.

So liegt der Fall hier. Der Sachverst<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ndige Dr. S. ist bei seinem Gutachten von unzutreffenden Voraussetzungen ausgegangen, und die Gutachten der beiden <sup>1</sup>/<sub>4</sub>brigen Sachverst<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ndigen erweisen sich sowohl in Einzelfragen als auch bei einer Gesamtschau aller drei Gutachten als i<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ckenhaft. So hat der Sachverst<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ndige Dr. S. <sup>1</sup>/<sub>4</sub> worauf der Kl<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ger in seinem Schriftsatz vom 12. Januar 1998 ausdr<sup>1</sup>/<sub>4</sub>cklich hingewiesen hat <sup>1</sup>/<sub>4</sub> als K<sup>1</sup>/<sub>4</sub>rpergr<sup>1</sup>/<sub>4</sub>e 165 cm statt 170 cm und als K<sup>1</sup>/<sub>4</sub>rpergewicht 65 kg statt 74 kg zugrunde gelegt; somit lag das wirkliche K<sup>1</sup>/<sub>4</sub>rpergewicht des Kl<sup>1</sup>/<sub>4</sub>gers um etwa 14 vH <sup>1</sup>/<sub>4</sub>ber dem vom Sachverst<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ndigen angenommenen. Schon allein dieser Umstand kann geeignet sein, den Beweiswert des Gutachtens zu ersch<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ttern, und rechtfertigt den Antrag auf Erl<sup>1</sup>/<sub>4</sub>uterung. Soweit die medizinischen Voraussetzungen des streitigen Merkzeichens aG festzustellen sind, k<sup>1</sup>/<sub>4</sub>nnen n<sup>1</sup>/<sub>4</sub>mlich K<sup>1</sup>/<sub>4</sub>rpergewicht und K<sup>1</sup>/<sub>4</sub>rpergr<sup>1</sup>/<sub>4</sub>e <sup>1</sup>/<sub>4</sub> bei der Beurteilung der Gehbehinderung des mit einem Grade von 90 behinderten Kl<sup>1</sup>/<sub>4</sub>gers <sup>1</sup>/<sub>4</sub> von Bedeutung sein. Da diese Unstimmigkeit des Sachverst<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ndigengutachtens bei einer Ladung und Befragung des Sachverst<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ndigen aller Voraussicht nach zur Sprache gekommen w<sup>1</sup>/<sub>4</sub>re, kann von der M<sup>1</sup>/<sub>4</sub>glichkeit ausgegangen werden, da<sup>1</sup>/<sub>4</sub> das angefochtene Urteil auf der Nichtladung des Sachverst<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ndigen Dr. S. beruht.

Wer au<sup>1</sup>/<sub>4</sub>ergew<sup>1</sup>/<sub>4</sub>hnlich gehbehindert ist, ergibt sich aus den <sup>1</sup>/<sub>4</sub> aufgrund des [Â§](#)

---

[6 Abs 1 Nr 14](#) Straßenverkehrs-gesetz erlassenen  $\hat{\square}$  Verwaltungsvorschriften zu [Ä§ 46 Abs 1 Nr 11](#) Straßenverkehrsordnung (insoweit seit dem 1. August 1976 unverändert  $\hat{\square}$  vgl BAnz 1976, 142 vom 31. Juli 1976, S 3 f). Unter Abschnitt II Nr 1 heißt es dort: "Als Schwerbehinderte mit außergewöhnlicher Gehbehinderung sind solche Personen anzusehen, die sich wegen der Schwere ihres Leidens dauernd nur mit fremder Hilfe oder nur mit großer Anstrengung außerhalb ihres Kraftfahrzeugs bewegen können. Hierzu zählen: Querschnittsgelähmte, Doppeloberschenkelamputierte, Doppelunterschenkelamputierte, Häftexartikulierte und einseitig Oberschenkelamputierte, die dauernd außer Stande sind, ein Kunstbein zu tragen, oder nur eine Beckenkorbprothese tragen können oder zugleich unterschenkel- oder armamputiert sind, sowie andere Schwerbehinderte, die nach versorgungsärztlicher Feststellung auch aufgrund von Erkrankungen dem vorstehend angeführten Personenkreis gleichzustellen sind." Für das Vorliegen dieser Voraussetzungen, etwa die Gleichsetzung der beim Kläger vorliegenden Gehbehinderung mit derjenigen eines Doppelunterschenkelamputierten (vgl dazu BSG [SozR 3-3870 Ä§ 4 Nr 22](#)), können Körpergewicht und Körpergröße bedeutsam sein. Es erscheint nicht ausgeschlossen und ist jedenfalls hier aufklärungsbedürftig geblieben, ob Dr. S. oder ein sonstiger chirurgischer oder orthopädischer Sachverständiger bei Zugrundelegung der zutreffenden Körpergröße und des zutreffenden Körpergewichts zu einer anderen Beurteilung des Ausmaßes der Gehbehinderung gekommen wäre, insbesondere zu der Auffassung, daß der Kläger zur Abwendung einer Verschlimmerungsgefahr einen Rollstuhl benutzen müsse ([BSGE 82, 37 = SozR 3-3870 Ä§ 4 Nr 23](#)). Dies gilt um so mehr, als der Kläger gewöhnlich Unterarmstützen zur Fortbewegung verwendet und als die übrigen Sachverständigen (Dr. K. und Dr. H. ) die Beurteilung der Gehbehinderung des Klägers weitgehend dem chirurgischen Sachverständigen überlassen haben.

Auch hinsichtlich der gesetzlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen H stand dem Kläger ein Recht auf Befragung der gerichtlichen Sachverständigen zu. Nach [Ä§ 33b Abs 6 Satz 2](#) des Einkommenssteuergesetzes in der seit 29. April 1997 geltenden Fassung des Gesetzes vom 16. April 1997 ([BGBl I S 821](#)  $\hat{\square}$  EStG) liegt Hilflosigkeit vor, wenn eine Person "für eine Reihe von häufig und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen zur Sicherung ihrer persönlichen Existenz im Ablauf eines jeden Tages fremder Hilfe dauernd bedarf", wovon nach Satz 3 aaO auch auszugehen ist, "wenn die Hilfe in Form einer Überwachung oder einer Anleitung zu den in Satz 2 genannten Verrichtungen erforderlich ist oder wenn die Hilfe zwar nicht dauernd geleistet werden muß, jedoch eine ständige Bereitschaft zur Hilfeleistung erforderlich ist". Die Gutachten der gerichtlichen Sachverständigen haben auch zu diesen Voraussetzungen noch Tatfragen offen gelassen, denen das LSG aufgrund seiner Amtsermittlungspflicht ([Ä§ 103 SGG](#)) hätte nachgehen müssen. So wäre auch insoweit unter Zugrundelegung des zutreffenden Körpergewichts und der zutreffenden Körpergröße (s oben) zu prüfen gewesen, ob und gegebenenfalls wie weit die Mobilität des Klägers eingeschränkt ist. Denn diese Fähigkeit zur körperlichen Bewegung gehört zu den Kriterien, die bei der Prüfung der Hilflosigkeit zu beurteilen sind (vgl "Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit im sozialen Entschädigungsrecht und nach dem Schwerbehindertengesetz 1996" (AHP) RdNr

---

21 Abs 3).

Nicht ausreichend geklärt ist ferner die Frage, inwiefern die schweren Asthmaanfälligkeiten, denen der Kläger ausgesetzt ist, eine ständige Bereitschaft zur Hilfeleistung erforderlich machen. Schließlich fehlt es an einer zusammenfassenden Würdigung der Gesamtbeeinträchtigung des Klägers unter Berücksichtigung der durch die laufende Kortisonbehandlung verursachten psychischen Störungen. Diese Gesamtwürdigung ist bisher nicht erfolgt, obwohl der neurologisch-psychiatrische Sachverständige Dr. K. in seinem Gutachten ausgeführt hat, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen H zwar "allein aufgrund der neuropsychiatrischen Gesichtspunkte" nicht vorliegen, diese aber von den übrigen Sachverständigen in ihre Beurteilung einzubeziehen seien; an dieser Einbeziehung fehlt es sowohl im Gutachten des chirurgischen Sachverständigen Dr. S. vom 1. Oktober 1997 als auch in dem ausdrücklich nur auf internistische Gesichtspunkte gestützten Gutachten des Sachverständigen Dr. H. vom 13. Oktober 1997.

Mit der Verletzung des [Â§ 118 Abs 1 SGG](#) iVm [Â§ 411 Abs 3 RVO](#) liegt auch ein Verstoß gegen [Â§ 118 Abs 1 SGG](#) iVm [Â§ 402](#) und [Â§ 397 ZPO](#) vor (vgl dazu Urteil des Senats vom heutigen Tage [â€ B 9 VS 2/99 R -](#)).

Die vom Kläger erhobene Verfahrensrüge ist nicht etwa nach [Â§ 202 SGG](#) iVm [Â§ 558](#) und [Â§ 295 ZPO](#) ausgeschlossen. Denn die Rüge der Verletzung des [Â§ 411](#) und des [Â§ 397 ZPO](#) richtet sich zugleich auf die Verletzung des von Amts wegen zu beachtenden [Â§ 103 SGG](#) (gerichtliche Ermittlungspflicht). Auf einen Verstoß gegen diese Vorschrift finden die [Â§ 558](#) und [295 ZPO](#) keine Anwendung, weil es sich dabei um einen von Amts wegen zu beachtenden Verfahrensfehler handelt (vgl [Â§ 295 Abs 2 ZPO](#); Meyer-Ladewig, aaO, 6. Aufl, RdNr 20 zu [Â§ 103 mwN](#); s dazu auch Kummer, NJW 1989, 1569, 1571 und BSG SozR Nr 31 zu [Â§ 103](#), sowie [SozR 5070 Â§ 9 Nr 9](#) = "Die Beitrüge" [1986, 185](#)). Im übrigen ist im sozialgerichtlichen Verfahren die Vorschrift des [Â§ 295 ZPO](#) jedenfalls dann unanwendbar, wenn [â€](#) wie hier [â€](#) der Kammer- oder Senatsvorsitzende den nicht rechtskundig vertretenen Beteiligten nicht auf den drohenden Verlust seines Rügegerechts hingewiesen hat (vgl [Â§ 112 SGG](#); vgl für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren den zur Veröffentlichung in SozR vorgesehenen Beschluss des BSG vom 1. Februar 2000 [â€ B 8 KN 7/99 U B -](#)).

Die Kostenentscheidung ist der Endentscheidung vorzubehalten.

Erstellt am: 19.08.2003

Zuletzt verändert am: 20.12.2024