

L 6 SB 43/05

Land

Freistaat Sachsen

Sozialgericht

Sächsisches LSG

Sachgebiet

Entschädigungs-/Schwerbehindertenrecht

Abteilung

6

1. Instanz

SG Dresden (FSS)

Aktenzeichen

S 19 SB 65/05

Datum

31.05.2005

2. Instanz

Sächsisches LSG

Aktenzeichen

L 6 SB 43/05

Datum

26.10.2005

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

I. Auf die Berufung des Beklagten wird der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Dresden vom 31.05.2005 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 des Merkzeichens "aG" (außergewöhnliche Gehbehinderung). Der am ...1930 geborene, derzeit 75 Jahre alte Kläger ist aufgrund des Bescheides des Beklagten vom 08.03.2002 seit Mai 2001 mit einem Grad der Behinderung (GdB) von 60 und dem Merkzeichen "G" wegen (1) Herzleistungsminderung, Durchblutungsstörungen des Herzens, Herzschrittmacher, Bluthochdruck (2) Nierenfunktionseinschränkung (3) Schwerhörigkeit beiderseits (4) Bewegungseinschränkung des Hüftgelenks beiderseits, Bewegungseinschränkung im Kniegelenk beiderseits als schwerbehinderter Mensch anerkannt. Er beantragte am 22.01.2004 die Erhöhung des GdB und die Zuerkennung des Merkzeichens "aG", weil seit 2002 ein mit oralen Antidiabetika behandelter Diabetes mellitus und eine Falthrom-Behandlung hinzugekommen sei-en. Seine Behinderungen seien erheblich schlechter geworden, besonders die Schmerzen in den Knien, Hüften und der Wirbelsäule, so dass er sich in der Wohnung nur noch mit Krücken und außerhalb nur noch mit Rollstuhl und Pkw fortbewegen könne. Der Beklagte zog zur Prüfung dieses Antrags ergänzend zu den in der Akte befindlichen medizinischen Unterlagen aus dem vorangegangenen Verwaltungsverfahren einen Befundbericht von Dr. med. S1 ..., Facharzt für Allgemeinmedizin, vom 24.02.2004 einschließlich eines Herzschrittmacher-Kontrollbefundes vom 04.11.2003 und einen Befundbericht von Dr. med. G1 ..., Fachärztin für Orthopädie, vom 23.03.2004 bei, wegen deren Einzelheiten auf die Blätter 55/56 und 60/61 des beigezogenen Verwaltungsvorganges verwiesen wird. Hierzu holte der Beklagte eine versorgungsärztliche Stellungnahme vom 10.08.2004 ein. Danach seien - wie bisher - die Herzkrankheit mit einem Einzel-GdB von 50, die Hüft- und Kniegelenke mit einem Einzel-GdB von 20, die Nierenfunktionseinschränkung mit einem Einzel-GdB von 20 und die Schwerhörigkeit ebenfalls mit einem Einzel-GdB von 20 zu bewerten, während als neue Behinderungen jeweils mit einem Einzel-GdB von 10 eine Funktionsbehinderung der Wirbelsäule und eine Zuckerkrankheit hinzugekommen seien. Insgesamt verbleibe es daher bei dem Gesamt-GdB von 60 und dem Merkzeichen "G", wobei die Falthrom-Behandlung im Einzel-GdB von 50 für die Herzkrankheit enthalten sei. Aus den aktuellen Berichten gehe eine Verschlimmerung der Gelenkfunktion nicht hervor, so dass das Merkzeichen "aG" nicht zu rechtfertigen sei. Darauf gestützt lehnte der Beklagte mit Bescheid vom 18.08.2004 die Erhöhung des GdB und die Zuerkennung des Merkzeichens "aG" ab. Auf den dagegen am 09.09.2004 erhobenen Widerspruch hin, mit dem der Kläger im Wesentlichen sein Vorbringen aus dem Neufeststellungsantrag wiederholte und auf Dr. med. H1 ..., Facharzt für Orthopädie, als neuem behandelnden Arzt hinwies, holte der Beklagte einen Befundbericht von Dr. med. H1 ... vom 18.10.2004 (Blatt 71 des beigezogenen Verwaltungsvorgangs) und eine versorgungsärztliche Stellungnahme dazu vom 14.12.2004 ein. Danach seien aufgrund der Beschreibung des Gangbildes des Klägers durch Dr. med. H1 ... und des aktuellen orthopädischen Befundes die Voraussetzungen des Merkzeichens "aG" nicht gegeben. Hierauf gestützt wies der Beklagte den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 17.02.2005 zurück. Dagegen erhob der Kläger am 03.03.2005 Klage und beantragte sinngemäß, den Beklagten unter Aufhebung des Bescheides vom 18.08.2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.02.2005 zu verpflichten, bei ihm die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen "aG" festzustellen. Zur Begründung wiederholte und vertiefte er im Wesentlichen sein Vorbringen aus dem Neufeststellungsantrag. Der Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen, weil es keine neuen Aspekte gebe und legte am 07.04.2005 dem Sozialgericht seine Verwaltungsakten vor. Das Sozialgericht hat die Beteiligten daraufhin jeweils mit Schreiben vom 12.04.2005 zur beabsichtigten Entscheidung durch Gerichtsbescheid angehört und angekündigt, nach § 131 Abs. 5 SGG verfahren zu wollen, weil die vom Beklagten eingeholten Befunde nicht ausreichend seien, um die Voraussetzungen des Merkzeichens "aG" zu prüfen. Die Beteiligten haben sich mit der Entscheidung durch Gerichtsbescheid einverstanden erklärt, wobei der Beklagte erklärte, dass die Befundberichte zur Beurteilung des Merkzeichens "aG"

ausreichend seien und auch eine Begutachtung keine andere Entscheidung ergeben werde. Zudem seien auch die Sozialgerichte zur Amtsermittlung befugt und verpflichtet, so dass nur eine erhebliche, unterlassene Sachverhaltsermittlung zur Aufhebung nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) berechtige. Der Beklagte nahm insofern Bezug auf eine versorgungszärztliche Stellungnahme vom 18.05.2005, worin unter konkreter Nachzeichnung der kardiologischen und orthopädischen Befunde in entsprechender Weise argumentiert wird. Das Sozialgericht Dresden hat daraufhin mit Gerichtsbescheid vom 31.05.2005 den Bescheid vom 18.08.2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.02.2005 aufgehoben, ohne in der Sache zu entscheiden, weil diese Bescheide unter Verstoß gegen den von Amts wegen zu beachtenden Untersuchungsgrundsatz aus [§ 20 SGB X](#) ergangen und daher gemäß [§ 131 Abs. 5 SGG](#) aufzuheben seien. [§ 131 Abs. 5 Satz 1 SGG](#) finde entgegen der in der Literatur vertretenen Auffassung von Bienert (SGB 2005, 84) nicht nur auf reine Anfechtungsklagen, sondern auch auf kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen Anwendung. Zwar sei [§ 131 Abs. 5 Satz 1 SGG](#) nach der amtlichen Gesetzesbegründung ([BT-Drs. 15/1508, S. 29](#) zu Art. 8 Nr. 1) der Regelung des [§ 113 Abs. 3 Satz 1 VwGO](#) nachgebildet und dort sei der Anwendungsbereich nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte auf reine Anfechtungsklagen beschränkt. Jedoch sage die Gesetzesbegründung nicht, ob eine derartige Beschränkung auch bei [§ 131 Abs. 5 SGG](#) gewollt sei. Gegen eine solche Beschränkung spreche, dass die Vorschrift des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) erst nach den Vorschriften des [§ 131 Abs. 1 bis 4 SGG](#) über Anfechtungs- und Verpflichtungsklage eingefügt worden sei, während [§ 113 Abs. 3 Satz 1 VwGO](#) unmittelbar nach den Vorschriften über die Anfechtungsklage stehe und sich erst danach in [§ 113 Abs. 4 und 5 VwGO](#) die Vorschriften über Leistungs- und Verpflichtungsklagen finden. Auch gebiete der Zweck des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) dessen Anwendung auch auf Verpflichtungsklagen, weil der Gesetzgeber damit das Ziel verfolgt habe, den Gerichten zeit- und kostenaufwendige Ermittlungen zu ersparen, die eigentlich der Behörde obliegen. Anders als in der Verwaltungsgerichtsbarkeit seien vor den Sozialgerichten aber die meisten Klagen auf Leistung oder Verpflichtung gerichtet, so dass bei Beschränkung nur auf Anfechtungsklagen für [§ 131 Abs. 5 SGG](#) nur ein geringer Anwendungsbereich verbliebe. Im Übrigen sei den Sozialgerichten wegen der Kostenfreiheit des Verfahrens anders als den Verwaltungsgerichten ein Abwälzen der Ermittlungskosten auf die Beteiligten verwehrt, so dass [§ 131 Abs. 5 SGG](#) ein Mittel sei, die Ermittlungskosten dort anfallen zu lassen, wo sie nach dem Willen des Gesetzgebers entstehen sollen. Dem Beklagten habe es sich geradezu aufdrängen müssen, dass weitere Ermittlungen erforderlich seien, weil die von den behandelnden Ärzten angegebene Befunde ungeeignet seien, die Voraussetzungen des Merkzeichens "aG" zu prüfen, weil offen bleibe, ob das Gehen für den Kläger mit großer Anstrengung verbunden sei. Denn obwohl insbesondere der orthopädische Befundbericht umfangreiche Messwerte enthalte, seien funktionellen Auswirkungen nur knapp beschrieben und das Zusammenspiel mit den kardiologischen Einschränkungen sei nicht bewertet. Der Kläger habe zudem eine erhebliche Verschlechterung seiner Befunde angegeben. Insofern sei ein Sachverständigen-gutachten notwendig, was den noch erforderlichen Ermittlungsaufwand erheblich mache. Die Aufhebung des Bescheides und Widerspruchsbescheides 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 richtet sich die Berufung des Beklagten vom 13.06.2005, die er im Wesentlichen damit begründet, dass er angesichts des Befundberichtes des behandelnden Orthopäden, der gezielt befragt worden sei, keinen Anlass zu weiteren Ermittlungen gehabt habe, weil der Orthopäde die Bewegungsmaße nach der Neutral-0-Methode sowie einen relativ flüssigen, kleinschrittigen Gang an 2 Unterarmstützen unter Luftnot bei einem Gewicht von 100 kg angegeben habe. Daraus folge weder ein höherer GdB noch das Merkzeichen "aG". Selbst wenn ein ergänzender Befundbericht erforderlich gewesen sein sollte, sei dessen Einholung jedenfalls kein erheblicher Ermittlungsaufwand im Sinne des [§ 131 Abs. 5 SGG](#). In solchen Fällen, in denen auch ein Befundbericht im Klageverfahren und eine hier-zu dann abzugebende versorgungszärztliche Stellungnahme gegenüber dem Gericht ausreichen, bedeute die Zurückverweisung eine unzumutbare Verfahrensverzögerung. Der Beklagte und Berufungskläger beantragt, den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Dresden vom 31.05.2005 aufzuheben und die Sache an das Sozialgericht Dresden zurückzuverweisen. Der Kläger und Berufungsbeklagte schließt sich diesem Antrag mit der Begründung an und führt im Wesentlichen aus, dass er nunmehr dringend das Merkzeichen "aG" benötige und seine behandelnden Ärzte dies bestätigen können. Ohne Rollstuhl könne er sich nur noch 20-30 m fortbewegen und benötige stets eine Begleitung. Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird im Übrigen auf die Gerichtsakten beider Instanzen sowie die beigezogenen Verwaltungsvorgänge Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte sowie form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig und im Sinne einer Zurückverweisung an das Sozialgericht auch begründet. Das Sozialgericht hat zu Unrecht gemäß [§ 131 Abs. 5](#) Sätze 1 und [4 SGG](#) den Bescheid vom 18.08.2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.02.2005 aufgehoben, ohne in der Sache zu entscheiden. Nach [§ 131 Abs. 5](#) Sätze 1 und [4 SGG](#) kann das Gericht binnen 6 Monaten seit Eingang der Behördenakten bei Gericht den Verwaltungsakt und den Widerspruchsbescheid aufheben, ohne in der Sache selbst zu entscheiden, wenn es eine weitere Sachaufklärung für erforderlich hält, nach Art oder Umfang die noch erforderlichen Ermittlungen erheblich sind und die Aufhebung auch unter Berücksichtigung der Belange der Beteiligten sachdienlich ist. Die Anwendung dieser Vorschrift führt daher zu einer vollständigen Zurückverweisung des Rechtsstreits an die Behörde zum Zwecke erneuter Ermittlung und neuer Bescheiderteilung. [§ 131 Abs. 5 SGG](#) wurde durch Artikel 8 Nr. 1 des 1. Justizmodernisierungsgesetzes vom 24.08.2004 ([BGBl. I Seiten 2198 ff.](#), 2205) mit Wirkung zum 01.09.2004 (Art. 14 Satz 1 des 1. Justizmodernisierungsgesetzes) dem bisherigen [§ 131 SGG](#) angefügt. Diese Vorschrift lehnt sich nach den Motiven des Gesetzgebers unmittelbar an die bereits vorhandenen, fast wortgleichen Vorschriften des [§ 113 Abs. 3](#) der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) sowie des [§ 100 Abs. 3](#) der Finanzgerichtsordnung (FGO) an und soll dem Gericht eine zeit- und kostenintensive Ermittlung ersparen, die eigentlich der Behörde obliegt, weil nach den Beobachtungen der Praxis die erforderliche Sachverhaltsaufklärung von den Verwaltungsbehörden zum Teil unterlassen werde, was zu einer sachwidrigen Aufwandsverlagerung auf die Gerichte führe ([BT-Drs. 15/1508 Seite 29](#), [BR-Drs. 378/03, Seite 67](#)). Hiervon ausgehend hat das Sozialgericht zu Recht angenommen, dass [§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf die vorliegend in der Sache erhobene, kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (Aufhebung des Bescheides vom 18.08.2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.02.2005 und Verpflichtung des Beklagten, die Voraussetzungen des Merkzeichens "aG" festzustellen) anwendbar ist. In Anlehnung an die ganz herrschende verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung und Lite-ratur zu [§ 113 Abs. 3 VwGO](#) (vgl. u.a.: BVerwG v. 06.07.1998, Az: [9 C 45/97](#), [BVerwGE 107, 128 ff.](#); Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. 2003, § 113 Rn. 166) wird in der sozial-rechtlichen Literatur zwar überwiegend vertreten, dass [§ 131 Abs. 5 SGG](#) nur auf reine Anfechtungsklagen, nicht aber auf Verpflichtungsklagen Anwendung finde (Krasney/Udsching, Handbuch des Sozialgerichtlichen Verfahrens, 4. Aufl. 2005, Kapitel VII, Rn. 138a; Meyer-Ladewig in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, § 131 Rn. 18; Rohwer-Kahlmann, SGG, Stand: Juni 2005, § 131 Rn. 26; Bienert, SGB 2005, Seiten 84 ff.; Humpert in: Berliner Kommentar zum SGG, § 131 Rn. 8). Jedoch gehen die bisher in der Sozialgerichtsbarkeit zu [§ 131 Abs. 5 SGG](#)

ergangenen Entscheidungen – ebenso wie die hier vorliegende erstinstanzliche Entscheidung – von dessen 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, § 131 Rn. 25b). Der Senat schließt sich letzterer Ansicht an. Denn anders als bei [§ 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 [§ 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 [§ 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 [§ 131 Abs. 5 SGG](#) nicht an das Ende der Vorschrift, hinter den Regelungen des [§ 131 Abs. 1 bis 4 SGG](#) über Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, einfügen müssen, was nahe legt, dass von [§ 131 Abs. 5 SGG](#) beide Klagearten erfasst werden sollen. Vielmehr hätte der Gesetzgeber die Vorschrift unmittelbar nach den Regelungen über die Anfechtungsklage einfügen können, wie dies bei [§ 113 Abs. 3 VwGO](#) der Fall ist, der systematisch hinter den Regelungen über die Anfechtungsklage in [§ 113 Abs. 1 und 2 VwGO](#), aber noch vor den Regelungen über die Leistungs- und Verpflichtungsklage in [§ 113 Abs. 4 und 5 VwGO](#) steht (ebenso: LSG Nordrhein-Westfalen a.a.O.). Allerdings spricht die ausdrückliche Anlehnung des Gesetzgebers auch an die Vorschrift des [§ 100 Abs. 3 FGO](#) nicht für, sondern – ebenso wie die Anlehnung an [§ 113 Abs. 3 VwGO](#) – eher gegen die Anwendung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf Verpflichtungsklagen (a.A. LSG Nordrhein-Westfalen a.a.O.). Denn [§ 100 FGO](#) regelt nach den Motiven des Gesetzgebers zu [§ 100 Abs. 3 FGO](#) ausdrücklich nur Inhalt und Umfang der gerichtlichen Entscheidung bei Anfechtungsklagen ([BT-Drs. 12/1061, Seite 18](#)), was sich ohne weiteres daraus erklärt, dass in der FGO die Verpflichtungsklage – noch weitergehend als in der VwGO – in einer eigenen Norm, dem [§ 101 FGO](#), geregelt ist. Es ist daher schon wegen der eigenständigen Regelung der Verpflichtungsklage in [§ 101 FGO](#) ausgeschlossen, dass [§ 100 Abs. 3 FGO](#) unmittelbar auf die Verpflichtungsklage anwendbar ist. Auch eine analoge Anwendung von [§ 100 Abs. 3 FGO](#) auf die Verpflichtungsklage wird in der Kommentierung zu [§ 101 FGO](#) unter Hinweis auf eine die analoge Anwendung des [§ 100 Abs. 2 FGO](#) ablehnende Entscheidung des Bundesfinanzhofs (BFH v. 26.10.1994, Az: [X R 104/92, BFHE 176, 3 ff.](#)) nicht angenommen (Tipke/Kruse, AO und FGO, [§ 101 FGO](#) Rn. 3). Deshalb findet sich auch in der Kommentierung zu [§ 100 Abs. 3 FGO](#) (Tipke/Kruse, AO und FGO, [§ 100 FGO](#) Rn. 39-48) kein Hinweis auf dessen Anwendung bei Verpflichtungsklagen. Im Übrigen ist auch [§ 100 Abs. 3 FGO](#) systematisch noch vor der Regelung über die Leistungsklage ([§ 100 Abs. 4 FGO](#)) eingefügt worden. Schließlich ist der Hinweis in den Motiven zu [§ 100 Abs. 3 FGO](#), dass ... "damit der Anwendungsbereich dieser Vorschrift erweitert worden ist," ... auf die Vorgängervorschrift zu [§ 100 Abs. 3 FGO](#), den [§ 100 Abs. 2 Satz 2 FGO](#) a.F., bezogen, der nur für 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 [§ 100 Abs. 2 Satz 2 FGO](#) a.F. findet sich im Übrigen auch in den Motiven zu [§ 113 Abs. 3 VwGO](#), der ausdrücklich in Kenntnis und auf Grundlage des [§ 100 Abs. 2 Satz 2 FGO](#) a.F. ohne Beschränkung auf einen wesentlichen Verfahrensmangel eingeführt wurde ([BT-Drs. 11/7030 Seite 30](#) oben). [§ 100 Abs. 3 FGO](#) ist deshalb ebenso wenig wie [§ 113 Abs. 3 VwGO](#) auf Verpflichtungsklagen anwendbar. Sind die zu einer Anwendbarkeit des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf Leistungs- und Verpflichtungsklagen schweigenden Motive des Gesetzgebers somit nicht eindeutig, weil die Anlehnung an die nur für Anfechtungsklagen geltenden [§§ 113 Abs. 3 VwGO](#) und [100 Abs. 3 FGO](#) gegen und die von diesen Normen abweichende systematische Stellung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) am Ende der Vorschrift für dessen Anwendbarkeit auf Verpflichtungsklagen spricht, ist nach Auffassung des Senats letztlich der aus den Motiven hervorgehende 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 [§ 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 [§ 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 [§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf Leistungs- und Verpflichtungsklagen auch nicht deshalb entbehrlich, weil mittels einer Bescheidungsklage prozessual das gleiche Ergebnis wie durch eine Anwendung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) zu erzielen ist, wie teilweise vertreten wird (u.a. Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. 2003, § 113 Rn. 169; Meyer-Ladewig in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, § 131 Rn. 18). Denn durch eine solche Bescheidungsklage wird dem Verpflichtungskläger nicht die gleiche Rechtsposition eingeräumt wie durch [§ 131 Abs. 5 SGG](#). Zwar hätte es der Verpflichtungskläger durch eine Umstellung auf eine Bescheidungsklage selbst in der Hand, die Aufhebung und Verpflichtung zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu erreichen, welche dann dahin gehen würde, der Behörde die erforderlichen Ermittlungen als Rechtsauffassung des Gerichts vorzuschreiben. Jedoch ist zum einen fraglich, ob dem jeweiligen Rechtssuchenden zuzumuten ist, zu erkennen, dass nicht ordnungsgemäß ermittelt wurde. Diese Prüfung obliegt in der Regel dem Gericht, welches dann gehalten wäre, auf die Möglichkeit einer entsprechenden Klageänderung hinzuweisen. Zum anderen ginge dem rechtssuchenden Verpflichtungskläger die verfahrensbeschleunigende Frist des [§ 131 Abs. 5 Satz 4 SGG](#) von 6 Monaten verloren, in der die Entscheidung nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) zu treffen ist. Angesichts dessen, dass die Anwendung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf die Verpflichtungsklage durchaus mit dem Recht auf effektiven Rechtsschutz ([Art. 19 Abs. 4 GG](#)) kollidieren kann, weil die Entscheidung über die Leistung ggf. verzögert wird, wie die Gegner der Erstreckung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf Verpflichtungsklagen betonen, wäre die Verweisung auf eine derartige Bescheidungsklage, über die nicht innerhalb von 6 Monaten zu entscheiden ist, noch problematischer als die Anwendung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf Verpflichtungsklagen. Die angesprochene Gefahr der Verzögerung des Rechtsstreits verbietet schließlich auch für sich allein genommen nicht die Anwendung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) auf Verpflichtungs- und Leistungsklagen, weil dem im Rahmen der Anwendung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) im Einzelfall ausreichend Rechnung getragen werden kann. Insoweit kommt der Auslegung und Anwendung der einzelnen Voraussetzungen des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) wesentliche Bedeutung zu, wobei sich der Senat insoweit an der bereits ergangenen Verwaltungs- und Finanzgerichtlichen Rechtsprechung zu den [§§ 113 Abs. 3 VwGO](#) und [100 Abs. 3 FGO](#) sowie an der diesbezüglichen Kommentierung unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Sozialgerichtsbarkeit orientiert. Dies erscheint sinnvoll, weil der Gesetzgeber mit der engen, fast wortgleichen Anlehnung an die [§§ 113 Abs. 3 VwGO](#) und [100 Abs. 3 FGO](#) zum Ausdruck gebracht hat, dass er jedenfalls deren inhaltliche Regelung auch auf die Sozialgerichtsbarkeit übertragen wollte. Danach ist die Prüfung, ob die drei Voraussetzungen des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) (noch erforderliche Ermittlungen, Erheblichkeit der Ermittlungen und Sachdienlichkeit der Zurückverweisung auch unter Berücksichtigung der Belange der Beteiligten) vorliegen, uneingeschränkt vom Rechtsmittelgericht überprüfbar, während dem erstinstanzlichen Gericht ein Ermessen ("kann"), ob es nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) verfährt oder nicht, erst bei Vorliegen dieser drei Voraussetzungen zusteht (so übereinstimmend: Meyer-Ladewig in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, § 131 Rn. 19/20; Rohwer-Kahlmann, SGG, Stand: Juni 2005, § 131 Rn. 27/28; Bienert, SGB 2005, 84 ff. Seite 87; Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. 2003, § 113 Rn. 167). Dem entspricht die Verwaltungs- und im Ergebnis wohl auch die finanzgerichtliche Rechtsprechung (u.a.: BFH v.

30.07.2004, Az: IV B 143-144/02, [IV B 143/02](#), [IV B 144/02](#), [BFH/NV 2005, 359](#) ff.; BVerwG v. 18.11.2002, Az: [9 C 2/02](#), [BVerwGE 117, 200](#) ff.). Weshalb demgegenüber Erheblichkeit und Sachdienlichkeit lediglich Kriterien im Rahmen der Ermessensabwägung sein sollen, wie zum Teil vertreten wird (Zehe, SGG, Stand: 21.07.2005, § 131 Rn. 28), ist hingegen nicht nachvollziehbar, weil die Frage, was erforderlich, erheblich und sachdienlich ist, dann bei konsequenter Anwendung durch das Rechtsmittelgericht nur eingeschränkt überprüfbar wäre. Für eine derart eingeschränkte Überprüfbarkeit findet sich in den Motiven des Gesetzgebers zu den [§§ 113 Abs. 3 VwGO](#), [100 Abs. 3 FGO](#) und [131 Abs. 5 SGG](#) kein Hinweis. Aus der Formulierung "Hält das Gericht ..." folgt insoweit nichts anderes. Denn der Gesetzgeber verwendet diese Formulierung auch in [§ 131 Abs. 2 bis 4 SGG](#), ohne dass etwa bei der Verpflichtungsklage gemäß [§ 131 Abs. 2 SGG](#) jemand annehmen würde, dass Gericht habe einen nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum, ob es die Verurteilung zum Erlass eines abgelehnten Verwaltungsaktes für begründet hält. Dies zugrunde gelegt kann der Gefahr einer Verzögerung der Entscheidung über die begehrte Leistung im Rahmen der vom Rechtsmittelgericht voll überprüfbaren, dritten Vor-aussetzung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#), dass eine Zurückverweisung auch unter Berücksichtigung der Belange der Beteiligten sachdienlich sein muss, hinreichend begegnet werden. Denn nach dem ausdrücklich geäußerten Willen des Gesetzgebers zu den [§§ 113 Abs. 3 VwGO](#) und [100 Abs. 3 FGO](#) ist sachdienlich eine Zurückverweisung an die Behörde nur dann, wenn die Behörde nach ihrer personellen und sachlichen Ausstattung eine Sachverhaltsermittlung besser durchführen kann als das Gericht und es auch unter übergeordneten Gesichtspunkten vernünftiger und sachgerechter ist, die Behörde tätig werden zu lassen ([BT-Drs. 11/7030 Seite 30](#), [BT-Drs. 12/1061 Seite 19](#)). Dem ist die verwaltungs- und finanzgerichtliche Rechtsprechung gefolgt (BVerwG v. 18.11.2002, Az: [9 C 2/02](#), [BVerwGE 117, 200](#) ff.; BFH v. 30.07.2004, Az: IV B 143-144/02, [IV B 143/02](#), [IV B 144/02](#), [BFH/NV 2005, 359](#) ff.). Zwar fehlt in den Motiven zu [§ 131 Abs. 5 SGG](#) eine derartige Formulierung. Jedoch folgt aus der engen Anlehnung an diese Vorschriften, dass dieser Grundsatz unter Beachtung des Zwecks des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) auch hier Berücksichtigung finden muss. Denn ebenso wie bei den [§§ 113 Abs. 3 VwGO](#) und [100 Abs. 3 FGO](#) besteht bei Anwendung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) ein Spannungsverhältnis zwischen dem öffentlichen Interesse an einer Entlastung der Gerichte von umfangreichen, eigentlich der Behörde obliegenden Sachverhaltsermittlungen und dem Bedürfnis der Beteiligten nach einer abschließenden und verbindlichen gerichtlichen Beurteilung des Rechtsstreits. Selbst in der Anfechtungssituation ist das Bundesverwaltungsgericht daher nur in besonders gelagerten Fällen von einem Überwiegen des Interesses an der Entlastung der Justiz ausgegangen (BVerwG v. 18.11.2002, Az: [9 C 2/02](#), [BVerwGE 117, 200](#) ff.). Es mag dahinstehen, ob diese Rechtsprechung vorbehaltlos auf die Sozialgerichtsbarkeit zu übertragen ist. Insbesondere in Anfechtungssituationen, bei denen durch eine Zurückverweisung an die Behörde die angefochtene, belastende Regelung für den jeweiligen Kläger vorerst nicht wirksam wird, mag dies bezweifelt werden. Besondere Bedeutung gewinnt dieser Gesichtspunkt jedoch dann, wenn – wie hier – eine Verpflichtungsklage oder auch eine Leistungsklage vorliegt. In diesen Fällen wird der Verpflichtungs- oder Leistungskläger durch die Zurückverweisung gerade nicht begünstigt, sondern typischerweise belastet, weil er damit rechnen muss, dass sich für ihn der Rechtsstreit verzögert, ohne dass er die Leistung erhält. Denn nur wenn die Behörde nach erneuter, diesmal ordnungsgemäßer Ermittlung die Leistung gewährt, besteht die Möglichkeit, dass er die Leistung schneller erhält als durch das Gericht. Dies ist jedoch nur eine vage Möglichkeit, weil zum einen nur schwer abschätzbar ist, ob die Ermittlungen der Behörde schneller zum Erfolg führen. Denn gerade bei den vor den Sozialgerichten ganz überwiegend anzustellenden medizinischen Ermittlungen ist die Behörde ebenso wie das Gericht auf die Einholung von externen Befundberichten angewiesen, deren Erzwingung im Weigerungsfall – etwa durch Zeugenladung – nur mit Hilfe des Gerichts möglich ist. Auch bei externen Sachverständigengutachten ist die Behörde in keiner anderen Position als das Gericht. Selbst wenn aber eine Untersuchung durch einen eigenen ärztlichen Dienst der Behörde erfolgt, ist nicht sicher, ob dies schneller als durch ein externes Gutachten geht, weil durch die Belastungssituation im öffentlichen Dienst auch hier durchaus erhebliche Wartezeiten entstehen können, wie dies dem Gericht insbesondere beim versorgungsärztlichen Dienst des Beklagten bekannt ist. Zum anderen steht selbst bei ordnungsgemäßer Ermittlung nicht fest, ob die so geschaffene Tatsachenbasis – selbst wenn sie positiv ist – auch dementsprechend von der Behörde rechtlich gewürdigt wird. Insgesamt ist der Leistungs- bzw. Verpflichtungskläger daher bei einer Zurückverweisung seinem eigentlichen Ziel, die begehrte Leistung zu erhalten, nicht näher, sondern in aller Regel weiter entfernt davon als zuvor. Dies gilt erst recht, wenn die Behörde – wie vorliegend – von dem ihr zustehenden Rechtsmittel gegen die Zurückverweisung Gebrauch macht. Insofern ist es entgegen der Argumentation des LSG Nordrhein-Westfalen (LSG Nord-rhein-Westfalen a.a.O.) für den Leistungs- bzw. Verpflichtungskläger auch kein Gewinn, nach der Zurückverweisung erneut den gesamten Rechtsmittelzug wieder vor sich zu haben. Denn die Rechtsschutzmöglichkeiten sind nicht Selbstzweck, sondern es geht dem Leistungs- bzw. Verpflichtungskläger um die endgültige Gewährung seiner Leistung. Da-her liegt ein ordnungsgemäßes Verwaltungsverfahren, welches der Leistungs- bzw. Verpflichtungskläger durch die Zurückverweisung möglicherweise gewinnt, im Stadium der einmal erhobenen Klage nicht mehr in seinem Interesse, da er nunmehr auf eine ordnungsgemäße Ermittlung des Gerichts hoffen kann. Auch besteht nicht die Gefahr, dass der Leistungs- bzw. Verpflichtungskläger für ein im Sinne der Beweiserhebung nicht vollständiges Verfahren mit außergerichtlichen Kosten belastet wird, weil ihn das Gericht im Rahmen der Kostenentscheidung gemäß [§ 193 SGG](#) entlasten kann, wenn Anlass für den Rechtsstreit eine unterlassene Ermittlung der Behörde war. Schließlich bewirkt die Einhaltung der Frist von 6 Monaten, in der die Zurückverweisung erfolgen muss, lediglich, dass nicht noch mehr Zeit bis zur endgültigen Klärung des Rechtsstreits verloren geht. Diese Frist begrenzt mithin die in der Verzögerung des Rechtsstreits liegende Belastung, beseitigt sie aber nicht. Zudem kommt hinzu, dass – anders als bei der isolierten Anfechtungsklage – mit der bloßen Aufhebung der angefochtenen Bescheide nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#), der gestellte Klageantrag auf Leistung oder Verpflichtung überhaupt nicht ausgeurteilt wird, mithin durch das Verfahren nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) im prozessualen Sinne nicht über den gesamten Streitgegenstand entschieden und trotzdem das Verfahren vor Gericht endgültig beendet wird (vgl. die dementsprechende, ausdrückliche Formulierung auf Seite 30 der [BT-Drs. 11/7030](#) zu [§ 113 Abs. 3 VwGO](#)). Die Anwendung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) führt daher in der Situation einer Leistungs- oder Verpflichtungsklage ohne Rücksicht auf den Willen des Klägers zu einer Reduzierung des Streitgegenstandes auf den Anfechtungsteil seines Antrags. Auch hierin liegt eine Belastung für den Verpflichtungs- oder Leistungskläger, dessen Klage streng genommen teilweise abgewiesen wird, auch wenn dies nicht zu tenorieren ist, damit diese teilweise Abweisung nicht in Rechtskraft erwächst. Es ist im Falle der Zurückverweisung auch nicht so, dass das Verfahren nach erneuter Bescheiderteilung durch die Behörde automatisch wieder bei Gericht anhängig wird. Viel-mehr muss der Kläger erneut fristgerecht Widerspruch und Klage erheben, um seine Rechte zu wahren. Mehr noch, es existiert keine Vorschrift, welche die Behörde nach der Aufhebung der streitigen Bescheide erzwingbar verpflichtet, erneut einen Bescheid zu erteilen. Zu [§ 113 Abs. 3 VwGO](#) wird daher vertreten, die Behörde könne je nach Lage der Dinge auch auf einen erneuten Bescheid verzichten (Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. 2003, § 113 Rn. 169). Der Verpflichtungs- oder Leistungskläger ist deshalb, wenn die Behörde untätig bleibt, gezwungen einen neuen Leistungsantrag zu stellen, um eine erneute Bescheiderteilung gegebenenfalls mit einer Untätigkeitsklage gemäß [§ 88 SGG](#) durchsetzen zu können. Denn der alte Leistungsantrag wurde durch die aufgehobenen Bescheide sachlich, wenn auch verfahrensfehlerhaft, beschieden. Er lebt durch die bloße Aufhebung der streitigen Bescheide auch nicht wieder auf, weil die erneute Bescheiderteilung ansonsten sofort mit der Untätigkeitsklage erzwingbar wäre, da die Frist von 6 Monaten gemäß [§ 88 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) bei der Zurückverweisung nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) regelmäßig abgelau-fen sein dürfte. Insofern bliebe allenfalls die Möglichkeit, in der Entscheidung nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) einen erneuten Leistungsantrag zu sehen und [§ 88 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) analog anzuwenden, was der Behörde aber mindestens 6 weitere Monate Zeit für die

erneuten Ermittlungen gäbe. Vor diesem Hintergrund ist die Zurückverweisung zwar nur dann sachdienlich, wenn die begründeten Möglichkeit besteht, dass die noch erforderlichen, erheblichen Ermittlungen wegen der personellen und sachlichen Ausstattung der Behörde (etwa mit einem eigenen ärztlichen Dienst) schneller vor sich gehen werden als bei Gericht. Jedoch müssen in der Situation einer Leistungs- oder Verpflichtungsklage für eine Zurückverweisung nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) darüber hinaus besondere, übergeordnete Gesichtspunkte hinzukommen, welche es rechtfertigen, dass der Verpflichtungs- oder Leistungskläger mit der Gefahr einer Verzögerung des Rechtsstreits und der Verfahrensbeendigung ohne Sachentscheidung über die begehrte Vergünstigung belastet wird. Solche übergeordneten, die Zurückverweisung bei Leistungs- oder Verpflichtungsklagen rechtfertigenden Gesichtspunkte liegen nach Auffassung des Senats nur dann vor, wenn die von der Behörde vorgenommene Ermittlung wegen des Interesses der Allgemeinheit an einer funktionierenden Verwaltung nicht mehr hinzunehmen ist, d.h. wenn die Verwaltung ihre Aufgabe, den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln, nicht wahrgenommen, sondern unterlassen hat und deshalb ein Ermittlungsausfall vorliegt. Für das Abstellen auf einen solchen Ermittlungsausfall spricht die vom Gesetzgeber in seinen Motiven gewählte Formulierung, dass in der Praxis beobachtet worden sei, dass die erforderliche Sachverhaltsaufklärung durch die Behörde zum Teil unterlassen wird ([BT-Drs. 15/1508 Seite 29](#), [BR-Drs. 378/03, Seite 67](#)). Die Verwendung der Formulierung "zum Teil unterlassen" weist insofern darauf hin, dass mit [§ 131 Abs. 5 SGG](#) vor allem die Fälle erfasst werden sollen, in denen die Behörde die Ermittlung zumindest zum Teil unterlassen hat und das Gericht daher nicht nur eine Überprüfung und Ergänzung der Ermittlungsergebnisse vornehmen, sondern die erforderliche Ermittlung – zumindest zum Teil – erstmals selbst durchführen muss. Hätte der Gesetzgeber mit der neuen Vorschrift hingegen in allen Fällen, insbesondere in denen, wo das Gericht lediglich ergänzende Ermittlungen für erforderlich hält, sicherstellen wollen, dass die Ermittlungskosten stets dort anfallen, wo sie nach dem Prinzip der Gewaltenteilung zwischen Verwaltung und Justiz eigentlich entstehen sollen, so hätte er den Sozialgerichten die Möglichkeit gegeben, die Ermittlungskosten im Rahmen der Kostenentscheidung der Behörde aufzuerlegen. Er hätte nicht den Weg über die Zurückverweisung an die Behörde wählen müssen, der – jedenfalls bei der Verpflichtungs- und Leistungsklage – stets mit einer Belastung für den jeweiligen Kläger verbunden ist. Daher kommt eine Zurückverweisung unter Berücksichtigung insbesondere der Belange des Leistungs- bzw. Verpflichtungsklägers nur bei einem Ermittlungsausfall im Sinne eines "Unterlassens" in Betracht, d.h. wenn keine für die Beurteilung des Streitgegenstandes verwertbare Ermittlung mehr vorliegt und die Sachverhaltsaufklärung der Behörde daher ausgefallen ist. Dies ist nicht nur dann gegeben, wenn überhaupt keine Sachverhaltsaufklärung erfolgt ist, sondern auch dann, wenn das Ermittlungsergebnis für die Beurteilung des Streitgegenstandes nicht verwertbar ist, weil das Gericht die erforderliche Ermittlung zumindest zum Teil erstmals selbst durchführen muss. Wann ein Ermittlungsergebnis danach unverwertbar ist, beurteilt sich letztlich nach dem Streitgegenstand und kann deshalb nicht allgemeingültig definiert werden. Auf die Feststellung des GdB und von Nachteilsausgleichen im Schwerbehindertenrecht bezogen, ist jedoch entscheidend, welche Behinderungen im Verwaltungsverfahren geltend gemacht wurden oder aus sonstigen Gründen (z.B. infolge vorangegangener Verwaltungsverfahren) der Behörde bekannt sein müssen. Denn die geltend gemachten oder bekannten Behinderungen bestimmen im Schwerbehindertenrecht den Umfang der notwendigen Ermittlungen, weil Streitgegenstand hier die Feststellung des GdB oder eines Nachteilsausgleichs ist, was entscheidend davon abhängt, welche Behinderungen vorliegen und wie sie sich auf bestimmte, für die einzelnen Nachteilsausgleiche relevante körperliche Funktionen auswirken. Daher ist im Schwerbehindertenrecht zu unterscheiden: Geht es um einen konkreten Nachteilsausgleich, so muss das Ermittlungsergebnis diejenigen Behinderungen betreffen, welche für die Tatbestandsvoraussetzungen des jeweiligen Nachteilsausgleichs relevant sein können. Ausgenommen sind nur die Behinderungen, die von vornherein, unter keinem denkbaren Gesichtspunkt, Auswirkungen auf die Zuerkennung des begehrten Nachteilsausgleichs haben (z.B. hat eine Schwerhörigkeit oder eine Schuppenflechte im Regelfall keine Auswirkungen auf die beim Merkzeichen "aG" zu beurteilende Gehfähigkeit). Geht es hingegen um die Feststellung des GdB, so muss das Ermittlungsergebnis alle Behinderungen betreffen, die mit dem Antrag geltend gemacht oder der Behörde sonst bekannt wurden, weil sämtliche Behinderungen relevant für die Bildung des GdB sind. Nur wenn der behinderte Mensch eine bisher geltend gemachte oder sonst bekannte Behinderung ausdrücklich nicht bewertet wissen will, kann diese unberücksichtigt bleiben (vgl. zum notwendigen Ermittlungsumfang und zur Außerachtlassung von geltend gemachten oder bekannten Behinderungen: BSG v. 08.10.1987, Az: [9a RVs 10/87](#), HV-INFO 1988, Seiten 1449 ff.). Ein Ermittlungsausfall liegt daher dann nicht vor, wenn zu jeder in diesem Sinne relevanten Behinderung medizinische Befunde vorhanden sind, gleichgültig, wie knapp oder unkonkret sie sind und gleichgültig, ob sie von einem Arzt des betroffenen Fachgebiets oder von einer anderen, für die jeweilige Behinderung kompetenten Person, die kein Arzt sein muss, stammen. Denn dann sind diese Befunde grundsätzlich verwertbar und auch das Gericht könnte grundsätzlich seine Entscheidung darauf stützen. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Befunde keine Aussage zum streitgegenständlichen Zeitraum (im Regelfall zum aktuellen Gesundheitszustand) enthalten, weil sie z.B. veraltet sind. Dann sind sie unabhängig von ihrem Aussagegehalt schon deshalb unverwertbar. Gleichgültig ist daher, ob das Gericht – möglicherweise zu Recht – der Meinung ist, dass eine Entscheidung auf das von der Behörde erzielte Ermittlungsergebnis nicht gestützt werden könne, weil sich weitere Ermittlungen, z.B. wegen Widersprüchlichkeiten, unkonkreten oder lückenhaften Befunden usw. geradezu aufdrängten. Erst recht gilt dies dann, wenn das Gericht der Meinung ist, dass die erhobenen Befunde anders zu würdigen seien und daher ergänzende Ermittlungen erforderlich sind. Dies mag die bei Gericht noch erforderlichen, ergänzenden Ermittlungen nach Art und Umfang erheblich machen und es mag auch die begründete Möglichkeit bestehen, dass diese ergänzenden Ermittlungen durch die Behörde schneller und besser erfolgen könnten als durch das Gericht. Allein wegen der zu berücksichtigenden Belange des Leistungs- bzw. Verpflichtungsklägers ist das Gericht ohne einen Ermittlungsausfall im beschriebenen Sinne jedoch gehalten, die von ihm noch für erforderlich gehaltenen Ermittlungen dann selbst durchzuführen. Denn die Tatsachengerichte sind im Grundsatz ebenso verpflichtet, umfassend von Amts wegen zu ermitteln wie die Behörde ([§ 103 SGG](#)), und es ist insoweit auch ihre Aufgabe, Ermittlungsdefizite zu beseitigen und nicht nur – vergleichbar einem Revisionsgericht – diese zu bezeichnen und zu deren Beseitigung den Rechtsstreit zurückzuverweisen. Umgekehrt genügt es jedoch für die Annahme eines Ermittlungsausfalls, wenn das Gericht zu einer bereits im Verwaltungs- oder Widerspruchsverfahren geltend gemachten oder bekannten Behinderung erstmals selbst Ermittlungen durchführen muss, weil keine, auch nicht zu einem geringen Teil, verwertbaren Befunde zu dieser Behinderung im Verwaltungsverfahren erhoben wurden. In diesem Fall liegt, selbst wenn verwertbare Ermittlungen zu anderen Behinderungen vorliegen, zumindest zum Teil ein Ermittlungsausfall, d.h. ein Unterlassen vor, welches das Gericht zwingen würde, zu dieser Behinderung erstmals selbst Ermittlungen durchzuführen. Dann wird jedoch zu prüfen sein, ob die diesbezüglich erstmals erforderlichen Ermittlungen nach Art und Umfang erheblich sind und ob es sachdienlich ist, eine Zurückverweisung vorzunehmen, weil die begründete Möglichkeit besteht, dass die ausgefallene Ermittlung durch die Behörde schneller und besser erfolgen kann als durch das Gericht. Soweit die ausgefallenen Ermittlungen eine Behinderung betreffen, die für nur einen Streitgegenstand relevant ist (z.B. für den GdB, aber nicht für daneben geltend gemachte Nachteilsausgleiche) mag auch ein Teilurteil oder – wenn die Entscheidung innerhalb der 6 Monate gemäß [§ 131 Abs. 5 Satz 4 SGG](#) ergeht – auch eine Entscheidung teilweise nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) als Zurückverweisungsurteil und teilweise nach [§ 131 Abs. 2 SGG](#) als Verpflichtungsurteil in Betracht kommen. Nicht möglich ist jedoch die Aufhebung allein des Widerspruchsbescheides. Zwar mag es sein, dass der bei einer solchen (Teil-)Zurückverweisung nicht 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 [§ 95 SGG](#) von vornherein alleiniger Gegenstand des Klageverfahrens war,

weil er eine erstmalige selbstständige Beschwer enthält und daher mit einer isolierten Anfechtungsklage angegriffen wurde (Meyer-Ladewig in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, § 95 Rn. 3a ff., insbesondere Rn. 3f mit Verweis auf BVerwG v. 29.11.1961, Az: [VI C 124.61](#), [BVerwGE 13, 195](#) ff. und BSG v. 14.12.1978, Az: [1 RJ 54/78](#), [BSGE 47, 278](#) ff.). Jedoch wäre dies hier in der Verpflichtungssituation ebenfalls mit dem Problem verbunden, dass die Frist von 3 Monaten gemäß [§ 88 Abs. 2 SGG](#) für die Erhebung einer Untätigkeitsklage wegen Nichtentscheidung über den Widerspruch in der Regel abgelaufen sein wird und daher sofort mit der Zurückverweisung nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) eine Untätigkeitsklage erhoben werden könnte, was nur dann zu umgehen wäre, wenn in der Zurückverweisung analog [§ 88 Abs. 2 SGG](#) erst der Widerspruch zu sehen wäre. Ungeachtet dessen kommt eine Aufhebung nur des Widerspruchsbescheides bei der vom Senat vorgenommenen Auslegung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) denknotwendig nicht in Betracht, weil ein Ermittlungsausfall im beschriebenen Sinne niemals allein das Widerspruchsverfahren betreffen kann. Selbst wenn im Ausgangsverfahren ein Ermittlungsausfall nicht vorlag und wegen neuer, erst im Widerspruchsverfahren geltend gemachter oder bekannt gewordener Behinderungen die Ermittlung dazu erst im Widerspruchsverfahren ausgefallen bzw. unterlassen worden sein sollte, ist rückblickend aus Sicht des Gerichts, welches nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) entscheiden will, immer auch der Ausgangsbescheid betroffen. Dies nicht nur dann, wenn die im Widerspruchsverfahren erstmals geltend gemachte oder bekannt gewordene Behinderung bereits im Ausgangsverfahren vorlag, sondern auch dann, wenn die Behinderung erst nach Abschluss des Ausgangsverfahrens erstmals entstanden sein sollte. Denn dann ist der Ausgangsbescheid jedenfalls ab diesem Zeitpunkt möglicherweise rechtswidrig, was durch die nachzuholende Ermittlung festzustellen ist. Es mag daher zwar im Rahmen des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) bei einem einheitlichen Streitgegenstand (z.B. über den GdB) eine Aufteilung in Zeitabschnitte möglich sein, weil es im Schwerbehindertenrecht insoweit stets um Dauerverwaltungsakte geht. Dies hätte aber nur zur Folge, dass für den späteren Zeitabschnitt durch Teilurteil der Ausgangsbescheid in Gestalt des Widerspruchsbescheides ([§ 95 SGG](#)) aufgehoben und gemäß [§ 131 Abs. 5 SGG](#) zurückverwiesen werden könnte, während der frühere, im Ausgangsverfahren noch allein streitige Zeitabschnitt zum Zwecke der Entscheidung in der Sache anhängig bleibt und dann eine (Sach-)Entscheidung ebenfalls bezüglich des Ausgangsbescheides in Gestalt des Widerspruchsbescheides für diesen früheren Zeitabschnitt ergeht. Daher kann gemäß [§ 131 Abs. 5 SGG](#) nur eine Aufhebung des Ausgangsbescheides in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat, erfolgen. Dies legt im Übrigen bereits der Wortlaut des [§ 131 Abs. 5 Satz 1 SGG](#) nahe, der von einer Aufhebung des Verwaltungsaktes und des Widerspruchsbescheides spricht, nicht aber von einer Aufhebung des Verwaltungsaktes und des Widerspruchsbescheides oder des Widerspruchsbescheides allein. Dies bedeutet allerdings nicht, dass das Gericht auch dann zurückverweisen darf, wenn erst im Klageverfahren erstmals eine Behinderung geltend gemacht oder bekannt wird, zu welcher die Behörde keine Ermittlungen angestellt hat und auch nicht anstellen konnte, weil sie davon nichts wusste. Bei Behinderungen, die erstmals im Klageverfahren tatsächlich auftreten, ist dies ohne weiteres einleuchtend. Aber auch bei schon vorher bestehenden, der Behörde aber unbekanntem Behinderungen kann nichts anders gelten, weil der Behörde dann ein Verfahrensfehler nicht vorzuwerfen ist und sie auch nicht sachwidrig eine Aufwandsverlagerung auf die Gerichte vorgenommen hat. Die Erwägungen zur Aufhebung von Ausgangs- und Widerspruchsbescheid haben jedoch auch zur Konsequenz, dass in Fällen, in denen einem Widerspruch zuerst mit Teilabhilfebescheid teilweise abgeholfen und im Übrigen der Widerspruch mit Widerspruchsbescheid zurückgewiesen wurde, zu unterscheiden ist: Geht es um einen einheitlichen Streitgegenstand, z.B. den GdB, so kann nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) nur der Ausgangsbescheid in der Fassung des Teilabhilfebescheides in Gestalt des Widerspruchsbescheides aufgehoben werden. Denn auch hier gilt, dass selbst dann, wenn erst nach dem Erlass des Teilabhilfebescheides eine neue Behinderung aufgetreten ist, deren Ermittlung unterlassen wurde, der Ausgangsbescheid in der Fassung des Teilabhilfebescheides wegen deren Dauerwirkung ab dem Zeitpunkt des Hinzutretens der nicht ermittelten Behinderung rechtswidrig sein könnte, was noch zu ermitteln ist. Hat der Teilabhilfebescheid hingegen über einen eigenständigen Streitgegenstand, z.B. ein Merkzeichen, entschieden und dem Begehren insoweit abgeholfen, während der Widerspruch hinsichtlich eines anderen Streitgegenstandes, z.B. des GdB, zurückgewiesen wurde, besteht kein Grund, diesen Teilabhilfebescheid aufzuheben, weil dessen Regelung bereits nicht Gegenstand des Klageverfahrens geworden ist. Dies würde aber auch bei jedem Verpflichtungsurteil gemäß [§ 131 Abs. 2 SGG](#) gelten. Darauf hinzuweisen ist schließlich, dass die zeitliche Aufteilung eines einheitlichen Streitgegenstandes zwecks Teilurteil über den späteren Zeitabschnitt in den beschriebenen Fällen die Ausnahme sein dürfte, weil bei einem festgestellten Ermittlungsausfall in den meisten Fällen auch der Zeitpunkt des Hinzutretens der weiteren Behinderung unklar sein dürfte und damit auch dies Gegenstand der nachzuholenden Ermittlung sein wird. Zuletzt muss prozessual berücksichtigt werden, dass in Fällen, in denen einem Erst- oder einem Verschlimmerungsantrag bereits mit dem Ausgangsbescheid oder auch erst mit einem Teilabhilfebescheid teilweise stattgegeben wurde, nur eine Teilaufhebung in dem Umfang in Betracht kommt, in dem der ursprüngliche Antrag abgelehnt wurde. Dabei ist gleichgültig, ob es sich um einen einheitlichen Streitgegenstand handelt (z.B. Zuerkennung eines GdB von 30 statt wie beantragt 50) oder ob in einem Bescheid über zwei Streitgegenstände entschieden und von der Behörde nur einem stattgegeben wurde (Erhöhung des GdB, aber Ablehnung eines Merkzeichens). Dies versteht sich zwar auch bei jedem Verpflichtungsurteil von selbst. Jedoch kommt dies dort nicht zum Tragen, weil dann im Falle eines Erfolgs der Verpflichtungsklage der angegriffene Bescheid lediglich abgeändert wird bzw. zu einer entsprechenden Abänderung verpflichtet wird. Wegen der Reduzierung des Streitgegenstandes auf den Anfechtungsteil des Antrags in den Fällen des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) ist es jedoch hier von besonderer Bedeutung, ausdrücklich nur eine entsprechende Teilaufhebung auszusprechen, da dem Leistungs- bzw. Verpflichtungskläger ansonsten die bereits zustehende, nicht streitige Vergünstigung zumindest vorübergehend, bis zur erneuten Bescheiderteilung, wieder genommen würde. Liegt danach tatsächlich ein Ermittlungsausfall im beschriebenen Sinne vor, so dass in der Situation einer Leistungs- oder Verpflichtungsklage eine Zurückverweisung aus übergeordneten Gesichtspunkten gerechtfertigt wäre und daher als sachdienlich in Betracht kommt, so müssen auch die übrigen Voraussetzungen des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) erfüllt sein, bevor das Gericht berechtigt ist, nach seinem Ermessen ("kann") zurückzuverweisen. Die noch erforderlichen, aber ausgefallenen bzw. unterlassenen Ermittlungen müssen also nach Art und Umfang erheblich und die Zurückverweisung auch sonst sachdienlich sein, weil die begründete Möglichkeit besteht, dass die ausgefallene Ermittlung durch die Behörde schneller und besser erfolgen kann als durch das Gericht. Nach Art und Umfang erheblich ist die noch erforderliche Ermittlung in der Regel dann, wenn wegen der ausgefallenen Ermittlung nicht nur ein Befunderbericht, 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 Befunderberichten häufig keine ausreichenden Informationen zu entnehmen sind, um ohne medizinische Sachkunde eine sachgerechte Bewertung des GdB und der Nachteilsausgleiche vornehmen zu können. Die in der finanzgerichtlichen Rechtsprechung vertretene Auffassung, dass die Notwendigkeit eines externen Sachverständigengutachtens den Ermittlungsaufwand nicht erheblich mache, weil sich der zusätzliche Aufwand des Gerichts auf die Gutachterausswahl und einen Beweisbeschluss beschränke, während die Auswertung des Gutachtens, die Anhörung der Beteiligten dazu und eventuell die Anhörung des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung auch bei einem Gutachten der Behörde anfallt (BFH v. 22.04.1997, Az: [IX R 74/95](#), [BFHE 182, 300](#) ff.), ist hingegen nicht auf sozialgerichtliche Streitigkeiten zu übertragen. Denn in der Sozialgerichtsbarkeit tritt der Umstand hinzu, dass die Kosten des Sachverständigengutachtens nicht den Beteiligten auferlegt werden können, so dass die Kosten stets bei der Staatskasse anfallen und den Justizetat belasten. Angesichts der Tatsache, dass medizinische Gutachten in der Regel kostenintensiv sind, ist der noch erforderliche

Ermittlungsaufwand jedenfalls dann erheblich, wenn das Sozialgericht ein externes Sachverständigengutachten einholen müsste. Insoweit ist es ohne Belang, ob der Behörde ein Befundbericht ausgereicht hätte, um den festgestellten Ermittlungsausfall zu beseitigen. Für die Frage, ob die noch erforderliche Ermittlung erheblich ist, kommt es nicht nur darauf an, ob der Ermittlungsausfall durch möglicherweise knappe, lückenhafte Befunde beseitigt werden könnte. Denn der Ermittlungsausfall bildet lediglich die Rechtfertigung, überhaupt zurückverweisen zu können. Die Frage, welche Ermittlungen gemäß [§ 131 Abs. 5 Satz 1 SGG](#) im Einzelnen noch erforderlich sind, orientiert sich demgegenüber streng am Untersuchungsgrundsatz gemäß [§ 103 SGG](#) und hier entscheidet das Gericht, welche Ermittlungen objektiv erforderlich sind, um die von der Behörde unterlassene Sachverhaltsaufklärung in dem Umfang nachzuholen, dass das Gericht hierauf seine Entscheidung tatsächlich stützen könnte. Dabei ist zu betonen, dass die Behörde wegen der Rechtskraft der Entscheidung gemäß [§ 131 Abs. 5 SGG](#) an die Rechtsauffassung des Gerichts gebunden ist ([BT-Drs. 12/1061 Seite 19](#); [BT-Drs. 11/7030 Seite 30](#); Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. 2003, § 113 Rn. 169; Meyer-Ladewig in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, § 131 Rn. 21) und zwar auch bezüglich Art und Umfang der danach durchzuführende Beweis-aufnahme (Rohwer-Kahlmann, SGG, Stand: Juni 2005, § 131 Rn. 26). Das Gericht muss daher in den Urteilsgründen darlegen, welche Ermittlungen es noch für erforderlich hält, während die Behörde anschließend die geforderte Sachaufklärung betreiben muss (Tip-ke/Kruse, AO und FGO, [§ 100 FGO](#) Rn. 46). Hält das Gericht bei einem festgestellten, die Zurückverweisung rechtfertigenden Ermittlungsausfall daher z.B. die Einholung von fehlenden Befundberichten und ein darauf aufbauendes Sachverständigengutachten mit eigener Untersuchung des Sachverständigen für erforderlich, muss die Behörde zuerst die fehlenden Befundberichte und danach auch ein solches Gutachten einholen. Sie kann sich wegen der aus der Rechtskraft des Urteils folgenden Bindung nicht auf die Befundberichte beschränken und allein darauf gestützt einen neuen Bescheid erlassen. Bei seiner Entscheidung darf das Gericht jedoch nicht die Sachdienlichkeit außer Acht lassen, d.h. es muss die begründete Möglichkeit bestehen, dass die noch erforderlichen, erheblichen Ermittlungen wegen der personellen und sachlichen Ausstattung der Behörde schneller vor sich gehen werden, als bei Gericht. Dies wird in der Regel nur zu bejahen sein, wenn die Behörde über einen eigenen ärztlichen Dienst oder bei ihr unter Vertrag stehende Beratungsärzte verfügt, bei denen es zwar nicht sicher, aber zumindest möglich ist, dass die Begutachtung mit eigener Untersuchung schneller und kostengünstiger vor sich geht, als bei einem externen Sachverständigengutachten. Dieser Gesichtspunkt wird allenfalls dann keine Rolle spielen können, wenn die Behörde aus Kostengründen systematisch eine sachwidrige Aufwandsverlagerung auf die Gerichte vornimmt (Zeihe, SGG, Stand: 21.07.2005, § 131 Rn. 31), was jedoch eher die Ausnahme sein dürfte. Auf den vorliegenden Fall angewandt bedeutet dies, dass das Sozialgericht nicht nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) entscheiden durfte, weil ein Ermittlungsausfall des Beklagten nicht feststellbar ist. Denn ausgehend davon, dass Streitgegenstand vorliegend allein die Zuerkennung des Merkzeichens "aG" ist, hat der Beklagte zu allen relevanten Behinderungen verwertbare Ermittlungen angestellt. Rechtsgrundlage für die Feststellung der gesundheitlichen Voraussetzungen des Merkzeichens "aG" durch den Beklagten ist § 69 Abs. 4 des Neunten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB IX), wonach die zuständige Behörde – neben dem GdB – auch die weiteren gesundheitlichen Merkmale, die Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Nachteilsausgleichen sind, im Verfahren nach [§ 69 Abs. 1 SGB IX](#) feststellt. Insbesondere für die Inanspruchnahme der besonders gekennzeichneten Behindertenparkplätze ist die Eintragung des Merkzeichens "aG" im Schwerbehindertenausweis Voraussetzung, welches gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 der Schwerbehindertenausweisverordnung (SchwbAwV) einzutragen ist, wenn der schwerbehinderte Mensch außergewöhnlich gehbehindert im Sinne von [§ 6 Abs. 1 Nr. 14](#) des Straßenverkehrsgesetzes (StVG) ist, weil er die Voraussetzungen der zu [§ 46 Abs. 1 Nr. 11](#) der Straßenverkehrsordnung (StVO) erlassenen Verwaltungsvorschrift vom 22.07.1976 erfüllt, welche seit 01.08.1976 unverändert ist (Bundesanzeiger 1976, Seiten 3 ff.). Danach sind gemäß Abschnitt II Nr. 1 dieser Verwaltungsvorschrift solche Personen außergewöhnlich gehbehindert, die sich wegen der Schwere ihres Leidens dauernd nur mit fremder Hilfe oder nur mit großer Anstrengung außerhalb ihres Kraftfahrzeuges bewegen können, wozu stets - Querschnittsgelähmte, - Doppeloberschenkelamputierte, - Doppelunterschenkelamputierte, - Hüftexartikulierte, - einseitig Oberschenkelamputierte, die dauernd außerstande sind, ein Kunstbein zu tragen, - einseitig Oberschenkelamputierte, die nur eine Beckenkorbprothese tragen können, - einseitig Oberschenkelamputierte, die zugleich unterschenkelamputiert sind und - einseitig Oberschenkelamputierte, die zugleich armamputiert sind, gehören sowie solche Personen, die diesen ausdrücklich genannten Personen wegen ihrer Erkrankungen gleichzustellen sind. Da der Kläger nicht zu den 8 ausdrücklich genannten Personengruppen gehört, kommt es bei ihm darauf an, ob er diesen ausdrücklich genannten Personen wegen seiner Erkrankungen gleichzustellen ist. Eine solche Gleichstellung ist nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts nur dann gerechtfertigt, wenn die Gehfähigkeit des Betroffenen in ungewöhnlich hohem Maße eingeschränkt ist und er sich daher – praktisch von den ersten Schritten an – nur unter ebenso großen Anstrengungen wie die ausdrücklich genannten Personen oder nur noch mit fremder Hilfe zu Fuß fortbewegen kann (BSG v. 10.12.2002, Az: [B 9 SB 7/01 R](#), zitiert nach JURIS; BSG v. 08.05.1981, Az: [9 RVs 5/80](#), [SozR 3870 § 3 Nr. 11](#); BSG v. 03.02.1988, Az: [9/9a RVs 19/86](#), [SozR 3870 § 3 Nr. 28](#)). Kommt es mithin für das hier streitgegenständliche Merkzeichen "aG" ausschließlich auf die Fähigkeit an, sich zu Fuß fortzubewegen, hat der Beklagte zu allen hierfür relevanten Behinderungen verwertbare Befunde beigezogen und seine Entscheidung hierauf gestützt. Während die Schwerhörigkeit beiderseits und der von Dr. med. S1 ...r als Diagnose benannte Diabetes mellitus Typ IIb keine Auswirkungen auf die Gehfähigkeit haben und daher von vornherein nicht relevant sind, enthalten die von Dr. med. S1 ... übermittelten Befunde Informationen zu allen übrigen Behinderungen (Herzleistungsminderung, Durchblutungsstörungen des Herzens, Herzschrittmacher, Bluthochdruck, Nierenfunktionseinschränkung, Bewegungseinschränkungen der Hüft- und Kniegelenke beiderseits) und zu deren Auswirkungen auf die Gehfähigkeit (Gehfähigkeit ohne Hilfsmittel praktisch nicht möglich, Gehen am Gehstock, Wege über 20 m nur mit dem Rollstuhl). Die behandelnden Orthopäden Dr. med. G1 ... und insbesondere Dr. med. H1 ... haben schließlich umfangreiche Messdaten und Befunde zu den orthopädischen Leiden und zur Gehfähigkeit im Besonderen (relativ flüssiger, kleinschrittiger Gang an 2 Unterarmstützen unter Luftnot) übermittelt. Vor diesem Hintergrund mag das Sozialgericht zu Recht weitere Ermittlungen für erforderlich halten, weil offen bleibt, ob das Gehen für den Kläger mit großer Anstrengung verbunden ist und wie sich die einzelnen Behinderungen in ihrem Zusammenspiel auswirken. Jedoch sind die erhobenen Befunde als solche geeignet, die Gehfähigkeit des Klägers zu bewerten, weil sie Informationen zu allen für die Gehfähigkeit relevanten Behinderungen enthalten. Insoweit mögen sie lückenhaft und ergänzungsbedürftig sein. Sie führen aber nicht dazu, dass das Gericht wegen einer unterlassenen Ermittlung zu einer relevanten Behinderung erstmalig selbst die Sachverhaltsaufklärung durchführen muss. Das Sozialgericht ist deshalb gehalten, 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 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. Verpflichtungstrag 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. Folglich 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 somit 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 [§ 113 Abs. 3 Satz 1 VwGO](#) anwendet und auch die Frist des [§ 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 Rüge des Revisionsklägers, das Oberverwaltungsgericht habe zu Unrecht [§ 113 Abs. 3 VwGO](#) nicht angewandt, eine Verfahrensrüge 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 [§ 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 [§ 131 Abs. 5 SGG](#) danach als Verfahrensvorschrift an, würde die Entscheidung des Sozialgerichts auf der fehlerhaften Anwendung dieser Vorschrift beruhen und der Verfahrensfehler infolgedessen wesentlich sein und die Zurückverweisung rechtfertigen. Aber auch wenn [§ 131 Abs. 5 Satz 1 SGG](#) nicht als Verfahrensvorschrift angesehen würde, weil bei einem Verstoß gegen dessen Voraussetzungen letztlich die nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) zu treffende Entscheidung "in der Sache des [§ 131 Abs. 5 SGG](#)" fehlerhaft ist, könnte eine Zurückverweisung in analoger Anwendung des [§ 159 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#) erfolgen (vgl. hierzu: BSG v. 18.02.1981, Az: [3 RK 61/80](#), [BSGE 51, 202](#) ff., Seite 205). Denn das Sozialgericht hat "in der Sache des Verpflichtungsantrags" selbst nicht entschieden und – einem Prozessurteil vergleichbar – eine Entscheidung nur über das verfahrensfehlerhafte Zustandekommen der angegriffenen Bescheide getroffen. Insoweit würde [§ 159 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#) eine planwidrige Lücke enthalten, weil der Gesetzgeber bei Einführung des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) ausweislich der bereits zitierten Motive Gesetzgebers übersehen hätte, [§ 159 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#) an die nunmehr mit [§ 131 Abs. 5 SGG](#) gegebene Möglichkeit einer Klagestattgabe ohne Sachentscheidung (statt Klageabweisung ohne Sachentscheidung wie in [§ 159 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#)) anzupassen. Geht man mithin davon aus, dass mit einer Berufung gegen eine Entscheidung nach [§ 131 Abs. 5 SGG](#) der gesamte Streitgegenstand beim Landessozialgericht anhängig wird und sieht man [§ 131 Abs. 5 SGG](#) nicht als Verfahrensvorschrift an, so wäre der Zweck von [§ 159 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#), ein Übergehen der ersten Tatsacheninstanz ohne Sachentscheidung zu vermeiden, nur zu erreichen, wenn diese Vorschrift entsprechend auf die Fälle des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) angewandt wird, in denen eine Entscheidung ausdrücklich 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 zurückverwiesen wird, welches daher insgesamt über die Erstattung der außergerichtlichen Kosten zu entscheiden hat (Meyer-Ladewig/Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, § 193 Rn. 2a). Da zu der hier entscheidungserheblichen Rechtsfrage wegen der neu eingefügten Vorschrift des [§ 131 Abs. 5 SGG](#) noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung existiert und zumindest teilweise von der zitierten Auffassung des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen abgewichen wird, ist die Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache zuzulassen.

Rechtskraft

Aus

Login

FSS

Saved

2006-02-28