

Zur Beweislast im Anfechtungsprozess: Folgen einer unterlassenen Befunderhebung durch das Versorgungsamt – zugleich Anmerkung zum Urteil des LSG Berlin-Brandenburg vom 09.04.2020 – L 13 SB 91/18

Jens-Torsten Lehmann*

I. Problemstellung

Auf der Grundlage der Entscheidung des LSG Berlin-Brandenburg sollen exemplarisch zwei Fragen beleuchtet werden, die bei Fällen im Schwerbehindertenrecht mit Heilungsbewährung immer wieder auftauchen:

1. Unter welchen Voraussetzungen kann das Versorgungsamt einer Herabstufung des Grades der Behinderung (GdB) vornehmen?¹
2. Unter welchen Voraussetzungen sind psychische Begleiterscheinungen nach Ablauf der Zeit der Heilungsbewährung (Rezidivangst, etc.) bei der Bemessung des GdB zu berücksichtigen?²

II. Sachverhalt und Entscheidungsgründe

1. Sachverhalt (gekürzt)

„Die [...] Klägerin wehrt sich gegen die Absenkung des bei ihr festgestellten Grades der Behinderung (GdB) von 50 auf 30.

Bei der Klägerin wurde eine Krebserkrankung der linken Brust im August 2010 operativ brusterhaltend behandelt, wobei an der linken Brust eine Aufbauplastik mit körpereigenem Fettgewebe und an der rechten Brust eine angleichende Reduktionsplastik vorgenommen wurde. Postoperativ wurde bei der Klägerin eine Strahlentherapie durchgeführt. Postoperativ aufgetretene Wundheilungsstörungen machten mehrere Nachoperationen nötig, zuletzt im Dezember 2016. Auf Antrag der Klägerin hatte der Beklagte mit **Bescheid vom 24. Januar 2011** bei ihr einen **GdB von 50** festgestellt und dem die Brustdrüsenkrankung links in Heilungsbewährung zugrunde gelegt. Im Zuge des Überprüfungsverfahrens Ende 2015 zog der Beklagte Befundberichte der die Klägerin behandelnden Ärzte und Berichte über die Krankenhausaufenthalte der Klägerin bei und setzte mit **Bescheid vom 17. Juni 2016** bei der Klägerin mit Wirkung ab Bekanntgabe des Bescheides den **GdB von 50 auf 20** herab. Hierbei ging er von folgenden Funktionsbeeinträchtigungen aus, die er verwaltungsintern mit dem jeweils genannten Einzel-GdB bewertete:

- Teilverlust beider Brüste (10),
- Restless-Legs-Syndrom RLS (10),
- Sehbehinderung (15) sowie
- Funktionsstörung des rechten Schultergelenkes (10).

Mit dem hiergegen gerichteten Widerspruch machte die Klägerin geltend, sie habe infolge mehrerer Nachoperationen an der Brust schmerzhafteste Verhärtungen und Vernarbungen erlitten und sei hierdurch stark beeinträchtigt. Darüber hinaus seien Arthrosen in allen Gelenken vorhanden und sie könne nur unter Schmerzen lange stehen und gehen. Sie benötige regelmäßig wöchentlich Lymphdrainagen. Daraufhin holte der

Beklagte erneut Befundberichte ein und zog auch Berichte über weitere stationäre Behandlungen der Klägerin im Jahr 2016 bei. Mit **Widerspruchsbescheid vom 11. Januar 2017** änderte der Beklagte seinen Bescheid vom 17. Juni 2016 dahingehend, dass die Absenkung mit Wirkung ab dem 21. Juni 2016 nicht auf einen GdB von 20, sondern auf einen **GdB von 30** erfolgte. Hierbei ging er von folgenden Funktionsbeeinträchtigungen unter verwaltungsinterner Zugrundelegung des jeweils genannten Einzel-GdB aus:

- RLS (10),
- Sehbehinderung (20),
- Teilverlust beider Brüste (20),
- Lymphödem des linken Armes (10) sowie
- Funktionsstörung des rechten Schultergelenkes (10).

Im Übrigen wies der Beklagte den Widerspruch zurück. Mit der hiergegen erhobenen Klage hat die Klägerin ihr Begehren weiter verfolgt. Das Sozialgericht hat Befundberichte der die Klägerin behandelnden Ärzte beigezogen und Beweis erhoben durch Einholung eines Gutachtens des Facharztes für Chirurgie und Sozialmedizin Dr. [...] der die Klägerin am 11. Januar 2018 untersucht hat und in seinem **Gutachten vom 12. Januar 2018** zu der Einschätzung gelangt ist, die Klägerin leide unter einem Restless Legs Syndrom (RLS), einer Sehbehinderung sowie einem Teilverlust beider Brüste nach Ablauf der Heilungsbewährung. Das RLS sei mit einem GdB von 10, die beiden anderen Leiden seien jeweils mit Einzel-GdB von 20 zu bewerten. Dies gelte sowohl für den 20. Juni 2016 wie auch für den 11. Januar 2017. Seines Erachtens betrage der **Gesamt-GdB 20**. Wegen der Einzelheiten wird auf das Gutachten Bezug genommen.

Mit **Urteil vom 11. April 2018** hat das Sozialgericht die Klage **abgewiesen** und zur Begründung ausgeführt, die angefochtenen Bescheide seien rechtmäßig und fänden ihre Grundlage in § 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X. In den tatsächlichen Verhältnissen bei der Klägerin seien Änderungen aufgrund des Ablaufes der Heilungsbewährung nach Entfernung eines malignen Brustdrüsentumors eingetreten. Dies mache eine Neubewertung der bei der Klägerin bestehenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen nötig. Insoweit hat sich die Kammer die Einschätzungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen zu Eigen gemacht und in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen die Einschätzung erlangt, bei der Klägerin liege ab dem 21. Juni 2016 nur ein **Gesamt-GdB in Höhe von 20** vor, wes-

* Dr. Jens-Torsten Lehmann ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Sozialrecht in Cottbus.

1 Hierzu unter IV. 1.

2 Hierzu unter IV. 2.

halb die vorgenommene Absenkung auf einen GdB von 30 die Klägerin nicht in ihren Rechten verletze. Wegen der Einzelheiten wird auf das Urteil Bezug genommen, das dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin am 2. Mai 2018 zugestellt worden ist.

Mit der am 4. Mai 2018 eingelegten **Berufung**³ verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter. Sie ist der Ansicht, das Sozialgericht habe sich zu Unrecht die Einschätzung des Sachverständigen zu Eigen gemacht. Aus dem Gutachten ergebe sich nicht, inwieweit der Sachverständige seine Einschätzung und Bewertung auf den Zustand der Klägerin im rechtlich maßgeblichen Zeitpunkt des Widerspruchsbescheides gestützt habe. Darüber hinaus habe der Sachverständige die Bedeutung des RLS verkannt, dieses auf einer unzutreffenden rechtlichen Grundlage rechtlich gewürdigt und darüber hinaus auch außerhalb seines Fachgebietes falsch beurteilt.“

2. Entscheidungsgründe (gekürzt)

„[...] Die zulässige Berufung ist auch begründet. Auf die Anfechtungsklage der Klägerin sind das Urteil des Sozialgerichts Cottbus sowie die angefochtenen Bescheide des Beklagten aufzuheben.

Der Neufeststellungsbescheid des Beklagten vom 17. Juni 2016 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 11. Januar 2017 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten. Er findet insbesondere keine Grundlage in § 48 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch/Zehntes Buch (SGB X).

Nach dieser Vorschrift ist ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die bei seinem Erlass vorgelegen haben, eine **wesentliche Änderung** eintritt. Maßgeblich ist insoweit die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung, mithin also im Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchbescheides vom 11. Januar 2017. Spätere Veränderungen sind im Rahmen eines Verfahrens nach § 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X unbeachtlich.

Eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse im Sinne der genannten Vorschrift liegt bei Erkrankungen, die auf der Grundlage der Anlage 2 zu § 2 der Versorgungsmedizinverordnung, den so genannten medizinischen Grundsätzen (VMG) wegen der Natur der Erkrankung bzw. der Behandlungsverfahren für eine bestimmte Dauer (Heilungsbewährung) pauschal bewertet werden, mit Ablauf der Dauer der Heilungsbewährung vor, soweit während dieses Zeitraums kein so genanntes Rezidiv aufgetreten ist.

So liegt es im Falle der Klägerin, denn die bei ihr im August 2010 operativ behandelte Krebserkrankung der linken Brust ist für die Dauer der vorgesehenen Heilungsbewährung rezidivfrei geblieben. Allerdings setzt auch bei einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse im Sinne von § 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X die Aufhebung bzw. teilweise Aufhebung des ursprünglichen Verwaltungsaktes weiter voraus, dass nunmehr der festzustellende GdB entweder vollständig entfallen ist, oder aber um mindestens einen Grad von 10 unterhalb des ursprünglich festgesetzten GdB liegt. Nur dann ist die Veränderung auch wesentlich im Sinne von § 48 Abs. 1 SGB X.

Anders als im Falle einer erstmaligen Festsetzung des GdB ist für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen in einem

Absenkungsverfahren die die Absenkung vornehmende Behörde materiell beweiselastet. Dementsprechend wirkt sich die Unaufklärbarkeit der maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse im maßgeblichen Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung zu Lasten der die Absenkung vornehmenden Behörde aus. Dies gilt jedenfalls, wenn unter Zugrundelegung der feststehenden Verhältnisse im maßgeblichen Zeitpunkt und der sich aus ihnen ergebenden GdB-Bewertung bei Hinzutreten der nicht mehr aufklärbaren Aspekte im rechtserheblichen Zeitpunkt ein Erfolg des Anfechtungsbegehrens nicht vernünftigerweise ausgeschlossen werden kann. So liegt es hier.

Es ist zwischen den Beteiligten unstrittig, dass bei der Klägerin im Zeitpunkt der Bescheidung des Widerspruchs am 11. Januar 2017 eine **Sehminderung** vorgelegen hat, die mit einem **Einzel-GdB von 20** zu bewerten ist. Es ist zwischen den Beteiligten weiter unstrittig, dass bei der Klägerin in jenem Zeitpunkt ein **Teilverlust beider Brüste** festzustellen war. Nach Überzeugung des Senates ist insoweit indes der durch den Beklagten in Ansatz gebrachte GdB von 20 zu niedrig bemessen.

Zutreffend hat das Sozialgericht insoweit auf den Maßstab aus Teil B 14.1 VMG zurückgegriffen, wonach bei einer Aufbauplastik zur Wiederherstellung der Brust mit Prothese je nach Ergebnis nach subkutaner Mastektomie beidseitig der Bewertungsrahmen mit 20 bis 30 vorgegeben ist, bei einer Aufbauplastik zur Wiederherstellung der Brust mit Eigengewebe jedoch ein geringerer GdB in Betracht komme. Zusätzlich zu dieser Vorgabe ist allerdings die allgemeine Bestimmung in Teil B 1.c) VMG zu berücksichtigen, wonach außergewöhnliche Folgen oder Begleiterscheinungen der Behandlung zu berücksichtigen sind. Hierzu gehören die als Beispiele aufgeführten langdauernden schweren Auswirkungen einer wiederholten Chemotherapie, wobei es sich insoweit nur um eine beispielhafte Nennung und nicht um eine abschließende handelt. Im Falle der Klägerin hat zwar keine wiederholte Chemotherapie stattgefunden, jedoch hat sie sich aufgrund von Wundheilungsstörungen und Narbenbildung mit einhergehenden Schmerzen diversen Nachoperationen an den Brüsten unterziehen müssen. Das so erzielte Ergebnis hat der erstinstanzlich bestellte Sachverständige so beschrieben, dass bei der Klägerin eine auffällige Asymmetrie verblieben sei, die bei Anheben der Arme noch deutlicher werde. An beiden Brüsten fände sich jeweils eine ausgeprägte Narbenbildung mit rechtsseitiger Veränderung der Areola mammae. Die an beiden Brüsten feststellbare jeweils 17 cm lange Narbenbildung sei links deutlich verbreitert und keloidartig verändert. Hier fänden sich zwei weitere Narben von fünf bzw. sechs Zentimetern Länge, die ebenfalls unregelmäßig breite Narbenausläufer aufwiesen. Im Narbenbereich selbst seien vermehrte knotige Bindegewebszüge tastbar. Bei einer solchen Sachlage, die das Ergebnis diverser Operationen ist, muss nach Auffassung des Senates der in den VMG vorgegebene Bewertungsrahmen ausgeschöpft und ein **GdB von 30** festgestellt werden.

3 In dem Berufungsverfahren war auf Seiten der Klägerin der Verfasser als Anwalt mandatiert.

Bei der Klägerin ist darüber hinaus ein so genanntes **Restless Legs Syndrom** (RLS) festzustellen. Der Senat hat bereits mehrfach entschieden, dass diese in den VMG nicht ausdrücklich mit einem eigenen Bewertungsrahmen versehene Funktionsbeeinträchtigung eine analoge Bewertung zu erfahren hat, die sich anhand der konkreten Auswirkungen und Erscheinungsformen des RLS an der Bewertung von Hirnschäden mit isoliert vorkommenden Syndromen gemäß Teil B 3.1.2 VMG bzw. der Bewertung des Schlaf-Apnoe-Syndroms nach Teil B 8.7 VMG auszurichten hat (vgl. Urteil vom 15. Januar 2015, L 13 SB 52/11, juris; Urteil vom 20. Dezember 2018, L 13 SB 303/16; juris). Der konkret zu wählende jeweilige Bewertungsrahmen hängt dabei individuell von der Natur und Schwere der Beeinträchtigungen ab. Beschränkt sich die Symptomatik auf eine Störung des Schlaf-wach-Rhythmus mit entsprechender Entkräftung tagsüber, die jedoch medikamentös weitgehend therapiert werden kann, bietet sich eine Analogie zur Überdruckbeatmung im Sinne von Teil B 8.7 VMG an. Ist eine entsprechende Therapie nicht dauerhaft möglich oder tritt zusätzlich zur Störung des Schlaf-wach-Rhythmus eine erhebliche Beeinträchtigung der Bewegungskoordination auf, so liegt eine Bewertung anhand der Kriterien für Hirnschäden mit isoliert vorkommenden Syndromen auf der Grundlage von Teil B 3.1 VMG nahe. Ausgehend von diesen Grundsätzen sieht sich der Senat im hier zur Entscheidung stehenden Fall nicht in der Lage, eine hinreichende Bewertung der bei der Klägerin im maßgeblichen Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung festzustellenden Funktionsbeeinträchtigung durch die Erkrankung an RLS vorzunehmen. Zwar hat der die Klägerin behandelnde Neurologe in seinem **Befundbericht vom 30. April 2017**, der auf einen letztmaligen Besuch der Klägerin bei ihm am 25. Januar 2017 — und damit sehr zeitnah am hier maßgeblichen Zeitpunkt 11. Januar 2017 — zurückging, berichtet, bei der Klägerin habe ein schwer ausgeprägtes RLS bestanden, nach medikamentöser Therapie Ende 2015 sei eine Gewöhnung an die Therapie eingetreten und ein Therapieerfolg verzeichenbar, da die Beine als deutlich ruhiger beschrieben würden. Gleichzeitig hat er jedoch insbesondere über die Konsultation am 25. Januar 2017 festgehalten, die Klägerin klage wieder vermehrt über Bewegungsunruhe der Beine. Auf Befragen des Senats hat der die Klägerin behandelnde Neurologe in seiner **Stellungnahme vom 6. Juli 2019** indes auch ausgeführt, seine Diagnose eines schwer ausgeprägten RLS habe auf der Auswertung eines Beurteilungsbogens vom 10. Juni 2015 beruht, spätere objektivierbare klinische oder paraklinische Befunde lägen nicht vor. Gleichwohl halte er an seiner Diagnose auch aufgrund der Beobachtung des Therapieeffekts fest und sehe keinen Widerspruch darin, dass der gerichtlich bestellte Sachverständige bei seiner Untersuchung im Januar 2018 keine Symptome eines RLS habe feststellen können. Die Beweiserhebung in erster Instanz hat in Bezug auf das Vorliegen und das Ausmaß der Beeinträchtigung durch das RLS im hier maßgeblichen Zeitpunkt 11. Januar 2017 keine entscheidenden Erkenntnisse erbringen können. Zwar hat der Sachverständige in seinem Gutachten ausgeführt, bei seiner Untersuchung sei ein Syndrom der unruhigen Füße während der gesamten Anamneseerhebung und der körperlichen Untersuchung nicht nachweisbar gewesen. Zugleich hat er aber ausgeführt, die Klägerin habe auch bei jener Untersuchung über

Missempfindungen an beiden Füßen geklagt. Zugleich könne er nicht in Abrede stellen, dass die Klägerin insbesondere im Verlauf des Tages und im Ruhezustand eine derartige Gesundheitsstörung aufweise. Damit ist das Gutachten nicht geeignet, das Vorliegen eines RLS im hier maßgeblichen Zeitpunkt der Widerspruchsbescheidung vollständig auszuschließen. Es ist ebenfalls nicht geeignet, den Grad der Teilhabebeeinträchtigung im maßgeblichen Zeitpunkt näher zu bestimmen. Insofern hätte es einer zeitnahen spezifischen Untersuchung in Bezug auf die konkreten Auswirkungen des RLS bedurft, die nicht nachholbar ist. Die daher gegebene Unaufklärbarkeit wirkt sich hier zu Lasten des Beklagten aus, da aus den gezeigten Gründen eine **Einzelbewertung** des RLS mit einem **GdB zwischen 20 und 50** in Betracht kommt und daher auf der Grundlage von Teil A 3. VMG eine **Gesamtbewertung** des bei der Klägerin festzustellenden GdB mit einem Wert **von mehr als 30 und auch von 50 nicht sicher ausgeschlossen** werden kann. [...]“

III. Zeitachse der relevanten Ereignisse

24.01.2011	Ursprungsbescheid	Feststellung GdB von 50
17.06.2016	Herabstufungsbescheid	Feststellung GdB von 20
11.01.2017	Widerspruchsbescheid	Änderung GdB auf 30 <i>keine</i> spezifische Untersuchung des Versorgungsamtes zum Restless-Legs-Syndrom
	Anfechtungsklage	Klagebegehren: Aufhebung der Herabstufungsbescheide
12.01.2018	SV-Gutachten	Feststellung GdB von 20 <i>keine</i> Erkenntnisse des SV zum Restless-Legs-Syndrom im hier maßgeblichen Zeitpunkt: 11.01.2017
11.04.2018	Urteil des SG Cottbus	Klageabweisung
04.05.2018	Berufung	Berufungsbegehren: Aufhebung Urteil SG Cottbus + Herabstufungsbescheide
	Fragestellung des LSG	Wesentliche Änderung zum 11.01.2017?
06.07.2019	Befragung des Neurologen	Erkenntnisgewinn zum Restless-Legs-Syndrom aus dem Befundbericht vom 30.04.2017?
	Sehminderung	Einzel-GdB von 20
	Teilverlust beider Brüste	Einzel-GdB von 30
09.04.2020	Restless Legs Syndrom	Einzel-GdB von 20 bis 50 möglich
	Urteil des LSG Berlin-Brandenburg	Gesamt-GdB von 50 zum 11.01.2017 kann nicht sicher ausgeschlossen werden

In zeitlicher Hinsicht erlischt der gesetzliche Schutz Schwerbehinderter nach § 199 Abs. 1 Halbsatz 1 SGB IX zwar grundsätzlich mit dem Wegfall der Voraussetzungen nach § 2 Abs. 2 SGB IX. Wenn sich der GdB – wie hier – auf weniger als 50 verringert – bleibt gleichwohl nach § 199 Abs. 1 Halbsatz 2 SGB IX die Schutzwirkung bis zum Ende des 3. Monats nach Eintritt der Unanfechtbarkeit des die Verringerung feststellenden Bescheides erhalten.

Für den Betroffenen wirkt sich mithin in einem Herabsetzungsstreit die Dauer des Klageverfahrens *immer* zu seinen Gunsten aus. Denn vor Eintritt der Bestandskraft wird der Herabstufungsverwaltungsakt nicht wirksam. Selbst bei einer wahrscheinlichen Erfolglosigkeit des Klageverfahrens ist daher aus taktischen Gründen zu überlegen, ob der Rechtsstreit nicht gleichwohl geführt werden soll, insbesondere wenn durch die Verfahrensdauer die vorgezogene Altersrente beansprucht werden kann⁴. Zudem behält der Betroffene in der Zeit des Klageverfahrens auch alle anderen Rechte aus dem höheren GdB, beispielsweise den Kündigungsschutz⁵ sowie den Anspruch auf Zusatzurlaub⁶. Ob ein nachwirkender Schutz auch im Hinblick auf die Pauscheträge nach § 33 b EStG besteht, ist indes unklar⁷.

IV. Anmerkung

Die Entscheidung des LSG Berlin-Brandenburg ist bemerkenswert. Ihr ist in allen Punkten zuzustimmen. Sie zeigt lehrbuchartig, wie die Aufhebung eines Feststellungsbescheides nach § 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X in einer Anfechtungssituation zu prüfen ist und was passieren kann, wenn das Versorgungsamt seiner Amtsermittlungspflicht im Verwaltungsverfahren nicht bzw. nur unzureichend nachkommt.

1. Keine wesentliche Änderung i.S. von § 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X

Bei Streitigkeiten im Schwerbehindertenrecht vor den Sozialgerichten geht es häufig um die zutreffende Einschätzung der Höhe des GdB. Entscheidungserheblich ist hierbei regelmäßig die medizinische Beurteilung von Gesundheitsstörungen mit den damit verbundenen Funktionsbeeinträchtigungen⁸.

Überwiegend muss in diesen Klageverfahren die Anpassung der Feststellung an veränderte gesundheitliche Verhältnisse geprüft werden. Rechtsgrundlage hierfür ist § 48 Abs. 1 SGB X, wonach Verwaltungsakte mit Wirkung für die Zukunft (Satz 1) oder (auch) für die Vergangenheit (Satz 2) aufzuheben sind, wenn in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die beim Erlass des Verwaltungsakts vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt. Zwei Varianten sind hierbei zu unterscheiden:

Zum einen kann sich gegenüber dem früheren Gesundheitszustand und den hiermit verbundenen Funktionsstörungen eine Verschlimmerung ergeben. In diesem Fall sollte der Betroffene selbst die Initiative ergreifen und einen sogenannten Verschlimmerungsantrag stellen.

Zum anderen können sich auch bestimmte gesundheitliche Beeinträchtigungen zurückbilden. Dies passiert häufig in Fällen der sogenannten Heilungsbewährung. In diesem Anwendungsbereich von § 48 Abs. 1 SGB X ist auch die Entscheidung des LSG Berlin-Brandenburg angesiedelt. Bei bestimmten Krankheiten – vielfach Krebserkrankungen – wird hier

zunächst ein hoher GdB festgesetzt. Hintergrund dieser Festsetzung ist die Überlegung, dass die Zeit nach operativer Entfernung bzw. nach Durchführung der Primärtherapie für den Erkrankten durch außerordentlich hohe seelische und körperliche Belastungen geprägt ist. In dieser Zeit bleibt häufig auch unklar, ob es zu Rezidiven kommen wird⁹. Nach Ablauf der Zeit der Heilungsbewährung¹⁰ prüft das Versorgungsamt sodann von Amts wegen, ob eine Stabilisierung des Gesundheitszustands eingetreten ist, die eine Herabsetzung des GdB rechtfertigen kann. Hierbei kann insbesondere bei der Befunderhebung und Befundsicherung einiges „schief laufen“, wie der Fall des LSG Berlin-Brandenburg eindrucksvoll zeigt.

Völlig zu Recht gelangt das LSG Berlin-Brandenburg zu dem Ergebnis, dass entgegen der Auffassung des Versorgungsamtes und des SG Cottbus der Absenkungsbescheid *keine* Grundlage in § 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X findet.

a) maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Änderung?

Soweit das Versorgungsamt – wie hier – einen Neufeststellungsbescheid zum Nachteil der betroffenen Person erlässt, muss hiergegen Anfechtungsklage erhoben werden. Diese verfolgt das Ziel, den Herabsetzungsbescheid aufzuheben. Das LSG Berlin-Brandenburg hält mit der absolut vorherrschenden Meinung¹¹ die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung für maßgeblich, mithin also diejenige im Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchbescheides. Spätere Veränderungen seien nach § 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X unbeachtlich.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Die Gegenmeinung¹², die aus Gründen der Prozessökonomie auch neue gesundheitliche Umstände (Verbesserungen und Verschlechterungen) mit berücksichtigen will, die erst im Verlauf des Rechtsstreits eintreten, ist abzulehnen. Denn das Versorgungsamt hat im Herabstufungsverfahren eine Entscheidung getroffen, die durch nachträgliche Änderungen des Sachverhaltes nicht mehr berührt werden soll. Der Herabstufungsbescheid will keine Regelungen für noch unbekannt zukünftige Erkrankungen erfassen. Zudem wäre bei einem Nachschieben späterer gesundheitlicher Veränderungen ohnehin die Durchführung eines (nochmaligen) vorherigen Verwaltungsverfahrens nebst

4 Nach §§ 37, 236 a SGB VII ist es hierfür unerheblich, ob die Schwerbehinderung nach dem Rentenbeginn entfällt.

5 Die Rechtsgrundlage hierfür findet sich in den §§ 168 bis 175 SGB IX.

6 Die Rechtsgrundlage hierfür findet sich in § 208 SGB IX.

7 Nach Ansicht des BFH soll jedenfalls im Falle einer Herabsetzung des GdB auf weniger als 50 eine einkommensteuerrechtliche Berücksichtigung bereits ab dem im Absenkungsbescheid genannten Zeitpunkt erfolgen, BFH, 11.03.2014 – VI B 95/13.

8 Entscheidend für die Feststellung eines GdB sind nicht die getroffenen Diagnosen, sondern allein das Ausmaß der festgestellten Funktionsbeeinträchtigungen, BSG, 27.02.2002 – B 9 SB 6/01 R; LSG Bayern, 23.07.2003 – L 18 SB 8/02.

9 LSG Sachsen, 25.05.2005 – L 6 SB 55/04; LSG Niedersachsen-Bremen, 21.07.2015 – L 13 SB 122/14.

10 Der Zeitraum der Heilungsbewährung beträgt in der Regel fünf Jahre. Er beginnt mit der operativen Entfernung des Tumors bzw. der Beendigung der durchgeführten Primärtherapie (z.B. Chemotherapie), LSG Bayern 22.03.2017 – L 2 SB 86/15; SG Hamburg, 06.02.2019 – S 43 SB 125/16.

11 BSG, 11.08.2015 – B 9 SB 2/15 R; LSG Bayern, 13.07.2015 – L 15 SB 16/14; LSG Berlin-Brandenburg, 28.03.2019 – L 13 SB 101/16.

12 Udsching in: Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, 7. Auflage, 2016, VII Rn. 100.

Erlas eines entsprechenden Bescheides erforderlich. Anderenfalls droht der Verlust einer Entscheidungsebene.

Vor diesem Hintergrund kann eine Verschlechterung des Gesundheitszustands des Betroffenen nach Erlass des Herabstufungsbescheides bzw. des Widerspruchsbescheids nicht im Rahmen der Anfechtung der entsprechenden Bescheide in das gerichtliche Verfahren der ersten und zweiten Instanz eingebracht werden. In solchen Fällen ist mit einem Antrag auf Neufeststellung nach § 48 Abs. 1 SGB X zu arbeiten.

b) Heilungsbewährung = Änderung?

Mit Ablauf der Zeit der Heilungsbewährung ändern sich – so die Auffassung des LSG Berlin-Brandenburg in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BSG¹³ – die tatsächlichen Verhältnisse nach § 48 Abs. 1 Satz 1 SGB auch dann, wenn die gesundheitliche Risikosituation unverändert fortbesteht. Auch eine ungünstige Prognose einer bösartigen Erkrankung kann regelmäßig nicht zu einer Verlängerung der Zeit der Heilungsbewährung führen¹⁴.

Soweit also mit Ablauf der Dauer der Heilungsbewährung kein Rezidiv der Erkrankung auftritt, wird – wie hier – anschließend der GdB allein nach den konkret verbliebenen Funktionsbeeinträchtigungen bestimmt. Es liegt dann eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse vor, welche eine Herabstufung nach § 48 Abs. 1 Satz 1 SGB rechtfertigen kann¹⁵.

Gleichwohl darf nicht verkannt werden, dass das Institut der Heilungsbewährung nicht immer greift. Nach der zutreffenden Auffassung des LSG Sachsen¹⁶ haben Statistiken, aus denen die üblichen Heilungsbewährungszeiten abgeleitet werden, nur eine bedingte Aussagekraft für das Erstrezidiv. Ist bereits ein Rezidiv aufgetreten, ist die statistische Wahrscheinlichkeit, dass auch in Zukunft weitere Rezidive auftreten werden, signifikant höher. In solchen Fällen erscheinen die Grundsätze der Heilungsbewährung verfehlt.

Unabhängig hiervon ist die Vorstellung lebensfremd, wonach mit Ablauf der Zeit der Heilungsbewährung datumsgenau bei allen Betroffenen die psychische Ausnahmesituation, die mit der Krebsdiagnose verbunden ist, verschwindet. In vielen Fällen verbleibt eine mehr oder weniger stark ausgeprägte Rezidivangst. Hinzu kommen die vielfältigen Auswirkungen, die auch nach überstandener Erkrankung noch fortbestehen. Hierzu zählen u.a. eine Dauertherapie mit Medikamenten, Antriebsarmut, Hoffnungslosigkeit und mögliche soziale Anpassungsprobleme¹⁷.

Nach Ansicht der herrschenden Rechtsprechung begründen solche Umstände, insbesondere eine nach wie vor bestehende Rezidivangst, für sich allein weder die Annahme einer GdB-relevanten Gesundheitsstörung¹⁸ noch kann eine insgesamt ungünstigere Prognose zu einer Verlängerung der Heilungsbewährung führen¹⁹. Stattdessen sollen derartige Fälle über die Frage gelöst werden, ob die seelische Störung nach Ablauf der Zeit der Heilungsbewährung aufgrund der Rezidivangst im Einzelfall (immer) noch den Charakter einer für die Bildung des Gesamt-GdB relevanten psychischen Gesundheitsstörung hat. Anders ausgedrückt: Nach Ablauf der Zeit der Heilungsbewährung soll das Privileg der pauschalen Bewertung ausnahmslos entfallen. Abzustellen sei dann auf den konkret feststellbaren Gesundheitszustand, wie bei anderen Antragstellern auch²⁰.

c) Wesentlichkeit der Änderung?

Die Frage, ob – unabhängig vom Ablauf der Zeit der Heilungsbewährung – eine wesentliche Änderung eingetreten ist, muss anhand eines Vergleiches erfolgen. Hierbei ist auf den Gesundheitszustand des Betroffenen und die dadurch bedingten Funktionsbeeinträchtigungen mit ihren Auswirkungen auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft bei Abschluss des Herabstufungsverfahrens abzustellen, also zum Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheides. Dieser Zustand ist dann mit dem zum Zeitpunkt der letzten bestandskräftigen Entscheidung mit Dauerwirkung (Ursprungsbescheid) zu vergleichen²¹. Eine wesentliche Änderung, die den Erlass eines Herabstufungsbescheides rechtfertigt, liegt nur dann vor, wenn sich der Gesamt-GdB um mindestens 10 verringert hat²².

Trifft – wie im Fall des LSG Berlin-Brandenburg – ein Leiden im Stadium der Heilungsbewährung (hier: die Brustdrüsenerkrankung) mit einem anderen Leiden zusammen (hier: das Restless-Legs-Syndrom), so ist bei der Bildung des Gesamt-GdB genauso zu verfahren, wie beim Aufeinandertreffen üblicher Funktionsbeeinträchtigungen. Erforderlich ist eine Neuermittlung des Gesamt-GdB unter Berücksichtigung der verschiedenen aktuellen Funktionsbeeinträchtigungen²³. Das Versorgungsamt muss mithin eine *Gesamtüberprüfung* vornehmen und im Hinblick auf die Einzel-GdBs entsprechende Befunde erheben und sichern, aus denen sich die jeweiligen Funktionsbeeinträchtigungen zum Stichtag (Erlass des Widerspruchsbescheides) ableiten lassen.

Soweit dies – wie im Fall des LSG Berlin-Brandenburg in Bezug auf das Restless-Legs-Syndrom – versäumt wird und sich diese Umstände auch im Nachgang durch Zeitablauf und aufgrund der Unwiederholbarkeit einer Untersuchung zum maßgeblichen Stichtag (Erlass des Widerspruchsbescheides) nicht mehr aufklären lassen, geht dies zu Lasten des beweisbelasteten Versorgungsamtes.

Ein Anwalt, der in einem Herabstufungsverfahren mandatiert wird, sollte daher – anders als bei einem Verschlimmerungsantrag – taktisch gesehen nicht zu früh, also bereits schon im Widerspruchsverfahren, zu den konkreten Auswirkungen der jeweiligen Leidenskomplexe vortragen und so die Arbeit des Versorgungsamtes übernehmen. Die Zeit arbeitet hier automatisch für ihn.

13 BSG, 11.08.2015 – B 9 SB 2/15 R.

14 LSG Bayern, 28.04.2016 – L 3 SB 20/16; SG Hamburg, 06.02.2019 – S 43 SB 125/16.

15 BSG, 11.10.1994 – 9 RVs 2/93; BSG, 11.08.2015 – B 9 SB 2/15 R.

16 LSG Sachsen, 25.05.2005 – L 6 SB 55/04; kritisch demgegenüber LSG Niedersachsen-Bremen, 21.07.2015 – L 13 SB 122/14 und SG Hamburg, 06.02.2019 – S 43 SB 125/16; keine Verlängerung der Heilungsbewährungszeit.

17 LSG Sachsen, 25.05.2005 – L 6 SB 55/04.

18 LSG Baden-Württemberg, 29.04.2014 – L 6 SB 3891/13; LSG Niedersachsen-Bremen, 21.07.2015 – L 13 SB 122/14.

19 LSG Hamburg, 26.11.2013 – L 3 SB 13/10; LSG Niedersachsen-Bremen, 21.07.2015 – L 13 SB 122/14.

20 LSG Niedersachsen-Bremen, 21.07.2015 – L 13 SB 122/14; SG Hamburg, 06.02.2019 – S 43 SB 125/16.

21 LSG Bayern, 13.07.2015 – L 15 SB 16/14; LSG Berlin-Brandenburg, 28.03.2019 – L 13 SB 101/16.

22 LSG Berlin, 09.05.2000 – L 13 SB 15/98.

23 LSG Bayern, 13.07.2015 – L 15 SB 16/14; LSG Berlin-Brandenburg, 28.03.2019 – L 13 SB 101/16.

Nichtsdestotrotz sollte der prozessführende Anwalt intern sorgfältig anhand aktueller ärztlicher Befunde prüfen, ob und welche Funktionsbeeinträchtigungen sich zum Stichtag (Erlass des Widerspruchsbescheides) möglicherweise verschlimmert haben bzw. welche Leiden neu hinzugetreten sind. Nach Klageerhebung empfiehlt es sich, den Aktenvorgang des Versorgungsamtes beizuziehen, um die Bewertung der Höhe der Einzel-GdBs nachvollziehen zu können.

d) Beweislastentscheidung?

Schwerpunkt des Verwaltungsverfahrens bei Herabsetzungsstreitigkeiten, in denen neben der Krebserkrankung noch weitere Leidenskomplexe eine Rolle spielen, ist die Bewertung der festgestellten Gesundheitsstörungen und Funktionsbeeinträchtigungen durch die Ärzte des Versorgungsamtes.

Grundsätzlich sieht das Versorgungsamt sowohl im Verwaltungs- als auch im Widerspruchsverfahren davon ab, eigene Untersuchungen oder Begutachtungen des Betroffenen zu veranlassen. Dass ein solches Vorgehen für das Versorgungsamt nicht „ungefährlich“ werden kann, zeigt der Fall des LSG Berlin-Brandenburg. Denn dann hängt die Angreifbarkeit der Herabsetzungsentscheidung vornehmlich von der Qualität und der Aussagekraft der Befundberichte der behandelnden Ärzte ab. Da diese sich häufig darauf beschränken, lediglich die jeweilige Diagnose in Form eines Kurzattestes wiederzugeben, kann es zu Beweislastentscheidungen kommen, wenn sich das Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigungen zum Stichtag (Erlass des Widerspruchsbescheides) nicht mehr aufklären lässt.

Auch die Einholung eines medizinischen Gutachtens in einem gerichtlichen Verfahren zur Aufklärung des Sachverhaltes hilft hier nicht wirklich weiter. Denn auch der gerichtliche Sachverständige muss seine stichtagsbezogene Bewertung zwingend am Erlass des Widerspruchsbescheides ausrichten. Problematisch hierbei ist, dass bei üblichen Verfahrenslaufzeiten von mehreren Jahren ein Stichtag begutachtet werden muss, der weit in der Vergangenheit liegt. Fehlen medizinische Anknüpfungstatsachen, die den Gesundheitszustand des Betroffenen zum Zeitpunkt des Widerspruchsbescheides dokumentieren, oder liegt der Stichtag soweit in der Vergangenheit, dass ein medizinischer Erkenntnisgewinn durch eine Begutachtung nunmehr ausgeschlossen werden kann, ist eine Beweislastentscheidung zu Lasten des Versorgungsamtes vorprogrammiert²⁴.

Im streitgegenständlichen Fall setzt der 13. Senat des LSG Berlin-Brandenburg seine bestehende Rechtsprechungslinie konsequent fort²⁵. Seiner Ansicht nach wirkt sich die Unaufklärbarkeit der maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse zum Stichtag (Erlass des Widerspruchsbescheides) jedenfalls dann zu Lasten des Versorgungsamtes aus, wenn nach der Gesamtschau aller Umstände ein Erfolg des Anfechtungsbegehrens nicht vernünftigerweise ausgeschlossen werden kann. Unterlassene Untersuchungen, Begutachtungen und Befunderhebungen seien nicht nachholbar.

Der prozessführende Anwalt sollte spätestens im Berufungsverfahren eine solche unzureichende medizinische Sachverhaltsermittlung rügen. Im streitgegenständlichen Fall hat es sich jedenfalls „gelohnt“, die Stellungnahme des versorgungs-

ärztlichen Dienstes sowie die vorhandenen medizinischen Unterlagen einer kritischen Prüfung zu unterziehen.

2. Exkurs: psychischer Leidensdruck und Nachweismöglichkeiten?

Nach Ansicht der herrschenden Rechtsprechung²⁶ begründet – wie oben bereits erwähnt – eine Rezidivangst nach Ablauf der Zeit der Heilungsbewährung für sich allein nicht mehr automatisch die Annahme einer GdB-relevanten Gesundheitsstörung. Vielmehr muss im Einzelfall der psychische Leidensdruck der seelischen Störung näher untersucht werden. Doch wie lässt sich ein solcher Leidensdruck nachweisen?

Nach althergebrachten Rechtsprechungsgrundsätzen²⁷ (müssen) Leidensdruck und Behandlungsintensität in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen. Dieser Theorie zufolge äußert sich die Stärke des empfundenen Leidensdrucks maßgeblich in der Behandlung (z.B. Psychotherapie), die der Betroffene in Anspruch nimmt, um das Leiden zu heilen oder seine Auswirkungen zu lindern, weshalb bei fehlender ärztlicher Behandlung in der Regel davon ausgegangen werden kann, dass ein diagnostiziertes seelisches Leiden nicht über eine leichtere psychische Störung hinausgeht.

Diese streng schematische Betrachtungsweise wird nunmehr ganz aktuell vom SG Karlsruhe in einer Entscheidung vom 15.01.2020²⁸ mit lebenspraktischen Argumenten zu Recht kritisch hinterfragt. Klargestellt wird insbesondere, dass sich das Versorgungsamt nicht auf die ständige Rechtsprechung des LSG Baden-Württemberg berufen kann, wonach weitere Ermittlungen zum Ausmaß psychisch bedingter Teilhabebeeinträchtigungen bei Fehlen einer fachärztlichen Behandlung für entbehrlich gehalten werden. Wörtlich wird hierzu vom SG Karlsruhe wie folgt ausgeführt:

„Die Stärke des empfundenen Leidensdrucks äußert sich nicht maßgeblich in der Behandlung, die der Betroffene in Anspruch nimmt, ... Für den vom Obergericht zur Schematisierung der in Angelegenheiten des Schwerbehindertenrechts oft müßigen sozialrechtlichen Rechtsanwendung kurzerhand allgemeingültig postulierten Erfahrungssatz findet sich in der praktischen Lebenswirklichkeit psychischer Gesundheitsstörungen schlechterdings kein real existierendes Korrelat. Im Gegenteil: Eine dermaßen oberflächliche Beweiswürdigung blendet sowohl die offenkundige Verschiedenartigkeit psychischer Leiden als auch die Individualität des Umgangs mit ihnen aus. ... Es bedarf keinerlei medizinischen Sachverständes, um festzustellen, dass die behauptete Korrelation nicht die Regel, sondern die Ausnahme ist, weil Art und Ausmaß der von psychisch kranken Menschen (nicht) in Anspruch genommenen (fachärztlichen) Untersuchungen und Behandlungen evidenter Maßen von einer Vielzahl weiterer Faktoren als ihrem Leidensdruck geprägt sind, deren systematische Vernachlässigung unweigerlich zu Fehlurteilen führt.“

24 Vgl. zu diesem „Zeitreiseproblem“ auch die Entscheidungsbesprechung von Lehmann, ASR 2020, 17, 21 f.

25 LSG Berlin-Brandenburg, 28.03.2019 – L 13 SB 101/16.

26 LSG Niedersachsen-Bremen, 21.07.2015 – L 13 SB 122/14; SG Hamburg, 06.02.2019 – S 43 SB 125/16.

27 LSG Baden-Württemberg, 22.02.2018 – L 6 SB 4718/16 mwN.

28 SG Karlsruhe, 15.01.2020 – S 12 SB 3054/19, Volltextveröffentlichung in ASR 2020, 76 ff.

Sodann führt das SG Karlsruhe beispielhaft Umstände an, in denen eine streng schematische Betrachtung an ihre Grenzen stößt:

- *Unterlassen engmaschiger fachspezifischer Therapiemaßnahmen mangels Krankheitseinsicht (z.B. bei Persönlichkeitsstörungen oder Demenz)*
- *sozialisationsbedingte Verslossenheit für psychische Behandlungsformen (einschließlich etwaiger Vorbehalte aufgrund religiöser, kultureller, generationstypischer, medikonsumentbedingter Prägungen)*
- *individuelle soziale Einbettung des jeweils Betroffenen (Skepsis hinsichtlich fachärztlicher Untersuchungen und Behandlungen durch Bekannte und Verwandte)*
- *Fehlen zeitlicher Ressourcen für fachspezifische Therapiemaßnahmen aufgrund anderweitiger Verpflichtungen beruflicher, familiärer, gesundheitlicher oder sozialer Natur*
- *finanzielle Hinderungsgründe (z.B. fehlende gesetzliche oder private Absicherung im Krankheitsfall)*
- *Fehlen einer wohnortnahen medizinischen Versorgung*

Seelische Leiden, insbesondere Rezidivängste, können auch nach einer überstandenen Krebserkrankung die Lebensqualität stark beeinträchtigen. Dies wird häufig übersehen. Ein Grund

hierfür liegt darin, dass es keine geeignete Messmethode zur Quantifizierung des Leidensdrucks gibt. Die vorherrschende Rechtsprechung argumentiert, die Stärke des empfundenen Leidensdrucks und die Behandlungsintensität würden in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen. Daher könne bei fehlender ärztlicher Behandlung in der Regel nicht davon ausgegangen werden, dass ein seelisches Leiden über eine leichtere psychische Störung hinausgehe²⁹.

Das SG Karlsruhe setzt sich in seinem aktuellen Gerichtsbescheid ausführlich und kritisch mit dieser Rechtsprechung auseinander. Psychisch bedingte Teilhabebeeinträchtigungen lassen sich danach regelmäßig nicht nach Aktenlage beurteilen. Auch eine „*stumpf schematisierende Betrachtungsweise*“ verbietet sich³⁰. Die vom SG Karlsruhe herangezogenen Kriterien geben den Betroffenen und ihren Anwälten praxistaugliche Argumente an die Hand, um seelische Leiden anderweitig „sichtbar“ zu machen.

29 LSG Baden-Württemberg, 22.02.2018 – L 6 SB 4718/16 mwN.

30 SG Karlsruhe, 15.01.2020 – S 12 SB 3054/19, Volltextveröffentlichung in ASR 2020, 76 ff.