

# TE Bvwg Erkenntnis 2021/4/6 L503 2228090-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.04.2021

## Entscheidungsdatum

06.04.2021

## Norm

BBG §40

BBG §41

BBG §45

B-VG Art133 Abs4

## Spruch

L503 2228090-1/24E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. DIEHSBACHER als Vorsitzenden und die Richterin Mag.a JICHA sowie den fachkundigen Laienrichter RgR PHILIPP über die Beschwerde von XXXX , vertreten durch RA MMMMag. Dr. Konstantin Haas, gegen den Bescheid des Sozialministeriumservice, Landesstelle Oberösterreich, vom 11.09.2019, OB XXXX , nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 30.09.2020, zu Recht erkannt:

A.) Der Beschwerde wird stattgegeben und ausgesprochen, dass der Beschwerdeführer mit einem Grad der Behinderung von 50 v. H. die Voraussetzungen für die Ausstellung eines Behindertenpasses erfüllt.

B.) Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

## Text

Entscheidungsgründe:

### I. Verfahrensgang

1. Der nunmehrige Beschwerdeführer (im Folgenden kurz: „BF“) verfügte zunächst seit 19.10.2016 über einen bis zum 28.2.2019 befristeten Behindertenpass mit einem Grad der Behinderung im Ausmaß von 50 v. H.

Am 27.11.2018 beantragte der BF beim Sozialministeriumservice (im Folgenden kurz: „SMS“) die Ausstellung eines (weiteren) Behindertenpasses.

2. Daraufhin holte das SMS ein Sachverständigengutachten ein und wurde der BF am 25.3.2019 von Dr. G. P., einem Arzt für Allgemeinmedizin, untersucht. Mit Gutachten vom 29.3.2019 stellte Dr. G. P. beim BF einen Gesamtgrad der Behinderung von (nur mehr) 40 v. H. fest. Unter „Stellungnahme zu gesundheitlichen Änderungen im Vergleich zum Vorgutachten“ wurde ausgeführt: „keine neuen Erkrankungen, bessere Beweglichkeit der Kniegelenke“.

Dieses Gutachten wurde dem BF am 1.4.2019 im Rahmen des Parteiengehörs übermittelt und ihm die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt.

3. Mit Stellungnahme vom 9.4.2019 wies der BF darauf hin, dass er bis dato über einen Behindertenpass (Grad der Behinderung: 50 v. H.) verfügt habe. In den letzten Jahren habe sich sein Gesundheitszustand weiterhin verschlechtert, sodass er die Herabsetzung des Grades der Behinderung nicht verstehen könne. Er habe von einem näher genannten Unfallchirurgen 10 % Dauerinvalidität attestiert bekommen. Er leide an chronischen Rückenschmerzen und an sehr starken Knieschmerzen. Er sei dreimal am Knie operiert worden (links zweimal und rechts einmal). Wegen der Arthrose habe sich sein Leiden weiterhin verschlechtert und hätten sich seine Schmerzen verstärkt. Er habe auch Nackenschmerzen. Seit einigen Monaten habe er Probleme mit dem Blutdruck. Außerdem habe er mittig am Bauch einen Muskelbruch. Letztens habe er eine Fraktur seines linken Kleinfingers erlitten. Noch dazu habe er Schmerzen bei Bewegung wegen Fettleber. Dadurch werde er sehr schnell müde und leide an Durchschlafstörungen. Alle diese Beschwerden seien seiner Ansicht nach nicht genug berücksichtigt worden. Daher ersuche er um eine neuerliche Überprüfung und Feststellung der Behinderung.

4. Im Gefolge der Stellungnahme des BF holte das SMS ein weiteres Sachverständigengutachten ein und wurde der BF am 19.8.2019 von Dr. K. B., Ärztin für Allgemeinmedizin, untersucht. Diese gelangte in ihrem Gutachten vom 11.9.2019 wiederum zum Ergebnis, dass beim BF (nur mehr) einen Gesamtgrad der Behinderung von 40 v. H. vorliege.

5. Mit dem nunmehr bekämpften Bescheid vom 11.9.2019 sprach das SMS aus, dass der BF mit einem Grad der Behinderung von 40 v. H. die Voraussetzungen für die Ausstellung eines Behindertenpasses nicht erfülle; sein Antrag vom 27.11.2018 sei daher abzuweisen.

Neben der Zitierung der rechtlichen Grundlagen (§§ 40, 41 und 45 BBG) wurde nochmals betont, dass laut eingeholtem Gutachten beim BF lediglich ein Grad der Behinderung in Höhe von 40 v. H. vorliege. Aufgrund der Stellungnahme des BF vom 10.4.2019 sei das medizinische Beweisverfahren nochmals eröffnet worden. Nach nochmaliger Prüfung der Sachlage hätten im ergänzenden Sachverständigengutachten vom 11.9.2019 keine neuen Aspekte festgestellt werden können, die eine Abänderung der getroffenen Festsetzung des Grades der Behinderung rechtfertigen würden. Das dem Bescheid beiliegende und einen Teil der Begründung bildende Sachverständigengutachten vom 11.9.2019 sei als schlüssig erkannt und der Entscheidung im Rahmen der freien Beweiswürdigung zugrunde gelegt worden.

6. Mit Schreiben vom 25.9.2019 erhob der BF fristgerecht Beschwerde gegen den Bescheid vom 11.9.2019. In seiner Beschwerde führte der BF aus, seine Erkrankungen wie beiderseitige Kniegelenksbeschwerden und bronchiale Asthma hätten sich im Vergleich zur ersten Begutachtung aus dem Jahr 2017 wesentlich verschlechtert. Seit Ausstellung des befristeten Behindertenpasses mit 50 % habe sich sein Gesundheitszustand verschlechtert. Er könne seinen Alltag ohne Schmerzmittel nicht aushalten und befinde sich in laufender Therapie im KUK Campus III Linz. Es seien auch weitere Knieoperationen für 13.12.2019 geplant und er werde für einen längeren Zeitraum von seiner Beschäftigung ausfallen. Wenn er den Schutz als begünstigter Behinderter verliere, würden ihm noch der Jobverlust und existenzielle Schwierigkeiten drohen, die ganzen Umstände würden zusätzlich seinen Genesungsprozess beeinträchtigen. Er sei der Meinung, dass der Grad der Behinderung von 50 % unverändert bleiben müsse, daher beantrage er den Bescheid in diesem Sinne abzuändern und ihm einen Behindertenpass auszustellen.

7. Im Gefolge der Beschwerde des BF holte das SMS ein weiteres Sachverständigengutachten ein und wurde der BF am 9.1.2020 von Dr. R. B., Arzt für Allgemeinmedizin und Facharzt für Orthopädie, untersucht.

In seinem am 27.1.2020 erstellten Sachverständigengutachten führte Dr. R. B. eingangs wie folgt aus:

„Derzeitige Beschwerden:

Herr K. berichtet in der heutigen Untersuchung über Beschwerden im Bereich beider Kniegelenke. Er gibt an, dass er am 12.12.2019 neuerlich im Kepler Universitätsklinikum operiert wurde. Ein entsprechender Befund wurde mitgebracht. Es wurde hier eine Knorpelglättung/Mikrofrakturierung im Sulcus retropatellaris durchgeführt. In der Folge wurde eine Aktiv-Press-Schiene initial mit 0-0-60 Grad angelegt. Aus den mitgebrachten Unterlagen ist

festzuhalten, dass für heute, 09.01.2020, eine klinische Kontrolle sowie eine Schienenabnahme an der KUK bereits geplant ist. Herr K. berichtet, dass nun wieder verstärkt Beschwerden im Bereich des linken Kniegelenks hätte, da er sozusagen das rechte Kniegelenk nicht benützen würde. Zur Untersuchung selbst wird eben eine Aktiv-Press-Schiene getragen sowie 2 Unterarmstützkrücken werden mitgebracht. Weitere Beschwerden schildert der Patient allerdings auch auf mehrmaliges Nachfragen nicht. Die Hauptbeschwerden werden anhaltend im Bereich beider Kniegelenke angegeben.“

Als Ergebnis der durchgeführten Begutachtung wurde zusammengefasst wie folgt festgehalten:

Lfd. Nr.

Funktionseinschränkung

Position

GdB

01

Kniegelenksbeschwerden beidseitig;

Z.n. Arthroskopie rechtes Kniegelenk vom 13.12.2019 und 2016 bei neuerlichem Meniskusschaden und beginnenden Verschleißerscheinungen, derzeit Schiene auf 0-0-60 eingestellt, 2 Unterarmstützkrücken werden noch verwendet, Bewegungseinschränkung 0-10-70 und klinische Ergussbildung, Indikation zur medikamentösen Schmerztherapie ist gegeben, insgesamt reguläre postoperative Situation am rechten Kniegelenk, Z.n. arthroskopischer Kreuzbandplastik links 2007 und nachfolgender Meniskusoperation 2010, keine Instabilitätszeichen, regelrechte Beweglichkeit;

02.05.19

30 vH

02

Asthma bronchiale;

Unverändert zum Vorgutachten, keine Änderung der medikamentösen Therapie;

06.05.02

30 vH

03

Wirbelsäulenbeschwerden;

Unverändert zum Vorgutachten, radiologisch dokumentierte degenerative Veränderungen, kein neuromotorisches Defizit, bedarfsweise analgetische Therapie;

02.01.01

20 vH

04

Bluthochdruck;

Mit Monotherapie gut eingestellt;

05.01.01

10 vH

05

Fingerbeschwerden;

Z.n. offenem Endgliedbruch V. Finger links 2018 mit geringem Streckdefizit von ca. 20 Grad im Endgelenk;

02.06.26

10 vH

## Gesamtgrad der Behinderung

40 vH

Begründend für den Gesamtgrad der Behinderung wurde ausgeführt, führend sei das Leiden Nummer 1 mit 30 %. Das Leiden Nummer 2 steigere, da es das Gesamtbild verschlechtere, um eine Stufe. Die Leiden Nummer 3-5 würden aufgrund von Geringfügigkeit nicht weiter steigern. Somit ergebe sich ein Gesamtgrad der Behinderung von 40 %.

8. Am 29.1.2020 legte das SMS den Akt dem BVwG vor und wies darauf hin, dass die fristgerechte Erlassung einer Beschwerdeentscheidung nicht möglich gewesen sei.

9. Mit Schreiben zur Wahrung des Parteihörs vom 13.2.2020 übermittelte das BVwG dem BF das Gutachten von Dr. R. B. vom 27.1.2020 und räumte ihm die Möglichkeit ein, dazu binnen einer Woche schriftlich Stellung zu nehmen.

10. Mit Schriftsatz seines nunmehrigen rechtsfreundlichen Vertreters vom 24.2.2020 beantragte der BF eine mündliche Gutachtenserörterung und wies darauf hin, dass sein Grad der Behinderung ursprünglich korrekt mit 50 % bemessen worden sei. Von dieser korrekten Bewertung seien dann die Folgegutachten abgewichen, dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass nach den durchgeführten Operationen eine spürbare Verbesserung an den Knien für den BF eingetreten sei. Tatsächlich sei es aber so, dass laut den – der Beschwerde beigelegten – Unterlagen beide Knie nochmals operiert werden müssen, wobei erst eine dieser beiden Operationen durchgeführt worden sei. Die andere Operation stehe dagegen noch aus. Insofern sei nicht nachvollziehbar, weshalb der Sachverständige davon ausgeht, dass die ursprünglichen Operationen zu den genannten Verbesserungen geführt hätten. Darüber hinaus leide der BF an Bluthochdruck. Abschließend wurde der Antrag gestellt, in der nächsten Verhandlung den Sachverständigen mündlich zu befragen, weshalb dieser davon ausgeht, dass sich der Zustand des BF nach der Operation erheblich verbessert habe, wenn dies tatsächlich nicht der Fall sei.

11. In Anbetracht einer seitens des BVwG zunächst für den 12.3.2020, 13:00 Uhr ins Auge gefassten Beschwerdeverhandlung gab der Gutachter Dr. R. B. dem BVwG am 4.3.2020 per E-Mail bekannt, dass es ihm nicht möglich sei, den Verhandlungstermin wahrzunehmen. Die momentane berufliche Situation (bekannter Ärztemangel) lasse keine auswärtigen Termine zu; wenn gewünscht, sei er gerne bereit, eine schriftliche Stellungnahme zu übermitteln.

12. Am 20.5.2020 reichte der BF im Wege des SMS diverse medizinische Unterlagen nach (MRT des rechten Kniegelenks, Röntgen der gesamten Wirbelsäule).

13. Am 16.6.2020 reichte der BF im Wege des SMS einen MRT-Befund des linken Kniegelenkes nach.

14. Am 27.8.2020 setzte das BVwG einen Termin für eine Beschwerdeverhandlung am 30.9.2020, 10:00 Uhr fest, wobei zur Verhandlung insbesondere auch der Gutachter Dr. G. B. geladen wurde.

15. Am 8.9.2020 gab der Gutachter Dr. R. B. dem BVwG per E-Mail bekannt, dass er nicht zur Verhandlung erscheinen könne, weil er eine private Ordination führe, die im Moment völlig ausgelastet sei und daher keine zeitlichen Ressourcen biete; außerdem habe er an diesem Tag eine schon lange geplante Zahnimplantatoperation.

16. Mit Schreiben vom 10.9.2020 wies das BVwG den Gutachter Dr. R. B. auf die Verpflichtung hin, Ladungen Folge zu leisten und dass eine ausgelastete Ordination kein Hinderungsgrund sei. Im Hinblick auf die von ihm erwähnte Zahnimplantatoperation werde er ersucht, eine entsprechende Bestätigung samt konkreter Zeitangaben vorzulegen. Sollte sich hierbei am 30.9. eine zeitliche Überschneidung ergeben, würden ihm drei weitere – konkret genannte – Termine zur Wahl gestellt. Sollte er auch an sämtlichen dieser Termine verhindert sein, so werde er um Bekanntgabe jener Werkzeuge und Zeiten im Oktober 2020 ersucht, an denen keine Verhinderung besteht.

17. Am 22.9.2020 teilte das SMS dem BVwG telefonisch mit, dass Amtssachverständige des SMS nicht für Verhandlungen vor dem BVwG geladen werden sollten. Amtssachverständige seien nach Verhandlungen, die eine persönliche Anwesenheit voraussetzen, oftmals nicht mehr gewillt, Gutachten für das SMS zu erstellen. Dr. R. B. sei trotz verschiedener Terminvorschläge nicht bereit, an einer Verhandlung am BVwG teilzunehmen (Aktenvermerk OZ 11).

18. Am 30.9.2020 führte das BVwG im Beisein des BF und seines Vertreters eine öffentliche mündliche Verhandlung durch. Der Gutachter Dr. R. B. erschien trotz Ladung nicht zur Verhandlung; ebenso wenig nahm ein Vertreter des SMS an der Verhandlung teil.

In der Verhandlung legte der BF neue medizinische Unterlagen vor und wies darauf hin, dass eine weitere Knie-OP noch unmittelbar bevorstehe.

19. In weiterer Folge wurde am 17.12.2020 durch das BVwG Dr. B. H., Facharzt für Orthopädie und orthopädische Chirurgie, als Amtssachverständiger beigezogen und mit der Erstellung eines Sachverständigengutachtens beauftragt.

20. Mit Schreiben vom 20.1.2021 wies das SMS das BVwG darauf hin, dass in der Zwischenzeit ein Antrag auf Neufestsetzung eingebracht worden sei, der aufgrund der aufschiebenden Wirkung (somit weiter 50 %) bearbeitet worden sei. Das Gutachten sei bereits fertig und werde dem BVwG zur Kenntnis gebracht. Dem BF werde nun Parteiengehör gewährt.

Beigelegt wurde ein Gutachten, welches Dr. R. H., Ärztin für Allgemeinmedizin und Fachärztin für Orthopädie, am 14.1.2021 – nach persönlicher Untersuchung des BF am 21.12.2020 – erstellt hatte.

In ihrem Gutachten führte Dr. R. H. auszugsweise wie folgt aus:

„Derzeitige Beschwerden:

Kein stationärer Aufenthalt seit Letztgutachten.

Neuantrag aufgrund nach wie vor bestehender Kniebeschwerden, eine neuerliche operative Sanierung (Arthroskopie des rechten Kniegelenkes und vordere Kreuzbandplastik) seien am 24.2.2021 geplant.

Schmerzen würden in beiden Kniegelenken nach einer Wegstrecke von 1km auftreten, Schmerzen auch beim Stiegen steigen.

Unveränderte Beschwerden bei bekanntem Asthma bronchiale, in der Wirbelsäule und im linken Kleinfinger.

Auch auf Nachfrage werden keine weiteren Beschwerden angegeben.“

Als Ergebnis der durchgeführten Begutachtung wurde zusammengefasst wie folgt festgehalten:

Lfd. Nr.

Funktionseinschränkung

Position

GdB

01

Kniegelenksbeschwerden beidseitig

Z.n. Mehrfachoperation beide Kniegelenke mit Arthroskopie, Teilmeniskusentfernung und vorderer Kreuzbandplastik links, eine neuerliche Operation rechts geplant;

einfache Schmerzmedikation, Belastungsschmerz

02.05.19

30 vH

02

Asthma bronchiale;

Unverändert zum Vorgutachten, keine Änderung der medikamentösen Therapie;

06.05.02

30 vH

03

Wirbelsäulenbeschwerden;

Unverändert zum Vorgutachten, radiologisch dokumentierte degenerative Veränderungen, kein neuromotorisches Defizit, bedarfsweise analgetische Therapie; keine aktive Therapie

02.01.01

20 vH

04

Bluthochdruck;

unter Monotherapie

05.01.01

10 vH

05

Fingerbeschwerden;

Z.n. offenem Endgliedbruch V. Finger links 2018 mit geringem Streckdefizit von ca. 20 Grad im Endgelenk;

02.06.26

10 vH

Gesamtgrad der Behinderung

40 vH

Begründend für den Gesamtgrad der Behinderung wurde ausgeführt, führend sei das Leiden Nummer 1 mit 30 %. Das Leiden Nummer 2 steigere, da es das Gesamtbild verschlechtere, um eine Stufe auf insgesamt 40 %. Die weiteren Leiden würden aufgrund von Geringfügigkeit nicht weiter steigern. Unter „Stellungnahme zu gesundheitlichen Änderungen im Vergleich zum Vorgutachten“ wurde ausgeführt: „Keine kalkülsrelevante Änderung der Beschwerden“.

21. Am 3.2.2021 erstellte Dr. B. H. – nach Untersuchung des BF am 13.1.2021 - sein Sachverständigengutachten.

Eingangs führte der Gutachter in seinem Gutachten wie folgt aus:

„Derzeitige Beschwerden:

Im Vordergrund stehen Belastungsschmerzen am Kniegelenk bds. re. auch zeitweise Auslassphänomene. Ist im Februar 2021 zu Kreuzbandplastik re vorgemerkt. Schwellneigung re. Knie nach Belastungen.

Immer wieder Nackenschmerzen, zeitweise auch Kreuzschmerzen ohne Ausstrahlung ins Bein.

Hat täglich Spray bei Asthma bronchiale.

Blutdruck ist mit Tabletten nicht ideal eingestellt.“

Als Ergebnis der durchgeführten Begutachtung wurde zusammengefasst wie folgt festgehalten:

Lfd. Nr.

Funktionseinschränkung

Position

GdB

01

Arthrose Kniegelenk bds. mehrmalige Arthroskopie und Meniskus OP bds, Knorpelglättung, Mikrofrakturierung li. Knie. Z.n. Kreuzbandplastik li. mit guter Funktion, mittelgradige Bewegungseinschränkung

02.05.21

40 vH

02

Kreuzbandruptur re. muskulär weitgehend stabilisiert oberer RS.

02.05.24

20 vH

03

Chronisches Schmerzsyndrom Lendenwirbelsäule, Osteochondrose

L5/S1, Spinalstenose, Chondrosen C5-7, Bewegungseinschränkung eine radikulären Ausfälle. Unterer RS.

02.01.02

30 vH

04

Asthma bronchiale mit Dauermedikation, kein Lungenfachärztlicher Befund mitgebracht

06.05.02

30 vH

05

Bluthochdruck mit Tabletten nicht ganz ideal eingestellt, derzeit Einfachmedikation

05.01.01

10 vH

06

Bewegungseinschränkung Kleinfinger li. nach offener Fraktur

02.06.26

10 vH

Gesamtgrad der Behinderung

50 vH

Begründend für den Gesamtgrad der Behinderung wurde ausgeführt, das orthopädische Fachgebiet betreffend würde die Abnützung des Kniegelenkes im Vordergrund stehen. Durch das Wirbelsäulenleiden würden sich die Beschwerden verstärken, weshalb der GdB um eine Stufe angehoben werde.

Als Stellungnahme zu den Vorgutachten wurde ausgeführt, der Kreuzbandriss rechts sei nicht berücksichtigt worden, die beträchtliche Arthrose an beiden Kniegelenken sei höher einzustufen. Darüber hinaus seien auch die Wirbelsäulenleiden um eine Stufe höher einzustufen.

22. Mit Schreiben vom 23.2.2021 übermittelte das BVwG sowohl dem BF, als auch dem SMS das dargestellte Gutachten von Dr. B. H. vom 3.2.2021 und gewährte die Möglichkeit einer Stellungnahme binnen zwei Wochen.

23. Mit Stellungnahme seines rechtsfreundlichen Vertreters vom 5.3.2021 wies der BF darauf hin, dass sich aus dem Gutachten des Sachverständigen Dr. B. H. ergebe, dass ein Grad der Behinderung im Ausmaß von 50 v. H. vorliege. Es werde daher nochmals der Antrag gestellt, das BVwG möge den Bescheid der belangten Behörde mittels Erkenntnis entsprechend abändern, sodass dem ursprünglichen Antrag des BF stattgegeben wird.

Seitens des SMS wurde keine Stellungnahme zum Gutachten von Dr. B. H. vom 3.2.2021 abgegeben.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Beim BF bestehen folgende Funktionseinschränkungen und daraus resultierend folgender Gesamtgrad der Behinderung:

Lfd. Nr.

Funktionseinschränkung

Position

GdB

01

Arthrose Kniegelenk bds. mehrmalige Arthroskopie und Meniskus OP bds, Knorpelglättung, Mikrofrakturierung li. Knie. Z.n. Kreuzbandplastik li. mit guter Funktion, mittelgradige Bewegungseinschränkung

02.05.21

40 vH

02

Kreuzbandruptur re. muskulär weitgehend stabilisiert oberer RS.

02.05.24

20 vH

03

Chronisches Schmerzsyndrom Lendenwirbelsäule, Osteochondrose

L5/S1, Spinalstenose, Chondrosen C5-7, Bewegungseinschränkung eine radikulären Ausfälle. Unterer RS.

02.01.02

30 vH

04

Asthma bronchiale mit Dauermedikation, kein Lungenfachärztlicher Befund mitgebracht

06.05.02

30 vH

05

Bluthochdruck mit Tabletten nicht ganz ideal eingestellt, derzeit Einfachmedikation

05.01.01

10 vH

06

Bewegungseinschränkung Kleinfinger li. nach offener Fraktur

02.06.26

10 vH

Gesamtgrad der Behinderung

50 vH

Das orthopädische Fachgebiet betreffend steht die Abnützung des Kniegelenkes im Vordergrund. Durch das Wirbelsäulenleiden verstärken sich die Beschwerden, weshalb der GdB um eine Stufe angehoben wird.

2. Beweiswürdigung:

2.1. Beweis wurde erhoben durch den Inhalt des vorliegenden Verwaltungsaktes des SMS einschließlich des vom SMS nachgereichten Gutachtens vom 14.1.2021 von Dr. R. H., durch die Durchführung einer Beschwerdeverhandlung seitens des BVwG am 30.9.2020 sowie durch die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens durch das BVwG (Gutachten vom 3.2.2021 von Dr. B. H.) sowie die diesbezügliche Gewährung von Parteiengehör an den BF sowie das SMS.

2.2. Die getroffenen Feststellungen zu den beim BF bestehenden Funktionseinschränkungen samt dem daraus abzuleitenden Gesamtgrad der Behinderung beruhen auf dem vom BVwG eingeholten Gutachten von Dr. B. H. vom 3.2.2021. Dieses Sachverständigengutachten ist ausführlich begründet, schlüssig und nachvollziehbar und weist keine Widersprüche auf.

So hat Dr. B. H. die Arthrose in den Kniegelenken beidseits nachvollziehbar nach der Position 02.05.21 als Funktionseinschränkung mittleren Grades beidseitig bewertet und mit 40 % eingeschätzt. Er betonte die beidseitige mehrmalige Arthroskopie und Meniskus-OP beidseits sowie die Knorpelglättung und Mikrofrakturierung am linken Knie. Es liege eine mittelgradige Bewegungseinschränkung vor. In diesem Zusammenhang wird zwar nicht verkannt, dass in den Vorgutachten – zuletzt auch noch im Gutachten vom 14.1.2021 von Dr. R. H. – diesbezüglich eine Einschätzung nach Position 02.05.19 als Funktionseinschränkung geringen Grades beidseitig mit 30 % vorgenommen wurde. Allerdings hat sich Dr. B. H. in seinem Gutachten vom 3.2.2021 eingehender mit der tatsächlichen Bewegungseinschränkung der Kniegelenke des BF auseinandergesetzt und explizit auf die beträchtliche Arthrose an beiden Kniegelenken hingewiesen, die im Unterschied zum Vorgutachten eine Einschätzung als Funktionseinschränkung mittleren Grades beidseitig geboten erscheinen ließen. Zudem ist auch anzumerken, dass das SMS zum Gutachten von Dr. B. H. vom 3.2.2021 trotz Gelegenheit (Schreiben des BVwG vom 23.2.2021) keine Stellungnahme abgegeben hat, sodass auch insofern davon auszugehen ist, dass die Behörde diesem Gutachten nichts entgegen zu setzen vermag.

Hinzu kommt, dass – worauf Dr. B. H. in seinem Gutachten vom 3.2.2021 eigens hinwies –, der Kreuzbandriss rechts in den Vorgutachten bei der Einschätzung unberücksichtigt blieb, wiewohl diesbezüglich eine gesonderte Einschätzung nach Position 02.05.24 (Kniegelenksinstabilität muskulär kompensiert) mit 20 % vorzunehmen sei.

Schließlich hat sich Dr. B. H. auch eingehend mit den Funktionseinschränkungen der Wirbelsäule des BF auseinandergesetzt. Konkret wies Dr. B. H. in seinem Gutachten vom 3.2.2021 auf ein chronisches Schmerzsyndrom der Lendenwirbelsäule, auf eine Osteochondrose L5/S1, auf eine Spinalstenose, auf Chondrosen C5-7, sowie generell eine Bewegungseinschränkung der Wirbelsäule hin, die seiner Ansicht nach eine Einschätzung als Funktionseinschränkung mittleren Grades nach Position 02.01.02 mit 30 % als geboten erscheinen ließen. Auch hier wird nicht verkannt, dass in den Vorgutachten diesbezüglich nur eine Einschätzung als Funktionseinschränkung geringen Grades nach Position 02.01.01 mit 20 % vorgenommen wurde. Allerdings ist anzumerken, dass in den Vorgutachten die Wirbelsäulenbeschwerden des BF anlässlich der Einschätzung wesentlich allgemeiner beschrieben wurden (vgl. z. B. das Gutachten von Dr. R. H. vom 14.1.2021: „Unverändert zum Vorgutachten, radiologisch dokumentierte degenerative Veränderungen, kein neuromotorisches Defizit, bedarfsweise analgetische Therapie, keine aktive Therapie“), sodass insofern den detaillierteren Ausführungen samt der darauf basierenden Einschätzung von Dr. B. H. in seinem Gutachten vom 3.2.2021 zu folgen ist. Im Übrigen ist auch hier anzumerken, dass das SMS zum Gutachten von Dr. B. H. vom 3.2.2021 trotz Gelegenheit keine Stellungnahme abgegeben hat.

Nachvollziehbar hat Dr. B. H. in seinem Gutachten im Übrigen dargelegt, dass das Wirbelsäulenleiden des BF negative Auswirkungen auf sein Hauptleiden – nämlich das Knieleiden - hat, sodass sich der Gesamtgrad der Behinderung auf 50 % erhöht.

Zusammengefasst ist aufgrund des schlüssigen und nachvollziehbaren Sachverständigengutachtens von Dr. B. H. vom 3.2.2021 – zu dem das SMS keine Stellungnahme abgegeben hat - davon auszugehen, dass beim BF ein Grad der Behinderung im Ausmaß von 50 v. H. vorliegt.

Der BF ist in seiner Stellungnahme vom 3.3.2021 dem Gutachten von Dr. B. H. vom 3.2.2021 nicht entgegengetreten. Der nunmehr eingeschätzte Grad der Behinderung von 50 v. H. entspricht jenem Ausmaß, welches der BF in seiner Beschwerde für geboten erachtet.

3. Rechtliche Beurteilung:

## Zu A) Stattgabe der Beschwerde

### 3.1. Allgemeine rechtliche Grundlagen

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 45 Abs 3 BBG hat in Verfahren auf Ausstellung eines Behindertenpasses, auf Vornahme von Zusatzeintragungen oder auf Einschätzung des Grades der Behinderung die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts durch den Senat zu erfolgen. Gemäß § 45 Abs 4 BBG hat bei Senatsentscheidungen in Verfahren gemäß Abs 3 eine Vertreterin oder ein Vertreter der Interessenvertretung der Menschen mit Behinderung als fachkundige Laienrichterin oder fachkundiger Laienrichter mitzuwirken. Die fachkundigen Laienrichterinnen oder Laienrichter (Ersatzmitglieder) haben für die jeweiligen Agenden die erforderliche Qualifikation (insbesondere Fachkunde im Bereich des Sozialrechts) aufzuweisen.

Gegenständlich liegt somit die Zuständigkeit eines Senats vor.

Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache gemäß § 28 Abs 1 VwGVG durch Erkenntnis zu erledigen.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 i.d.F. BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung – BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes – AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 – DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

### 3.2. Die hier einschlägigen Bestimmungen des BBG (bzw. EStG) lauten:

§ 1. [...] (2) Unter Behinderung im Sinne dieses Bundesgesetzes ist die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen zu verstehen, die geeignet ist, die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu erschweren. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von mehr als voraussichtlich sechs Monaten.

§ 40. (1) Behinderten Menschen mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt im Inland und einem Grad der Behinderung oder einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von mindestens 50% ist auf Antrag vom Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen (§ 45) ein Behindertenpass auszustellen, wenn

1. ihr Grad der Behinderung (ihre Minderung der Erwerbsfähigkeit) nach bundesgesetzlichen Vorschriften durch Bescheid oder Urteil festgestellt ist oder
2. sie nach bundesgesetzlichen Vorschriften wegen Invalidität, Berufsunfähigkeit, Dienstunfähigkeit oder dauernder Erwerbsunfähigkeit Geldleistungen beziehen oder
3. sie nach bundesgesetzlichen Vorschriften ein Pflegegeld, eine Pflegezulage, eine Blindenzulage oder eine gleichartige Leistung erhalten oder
4. für sie erhöhte Familienbeihilfe bezogen wird oder sie selbst erhöhte Familienbeihilfe beziehen oder
5. sie dem Personenkreis der begünstigten Behinderten im Sinne des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970, angehören.

[...]

§ 41. (1) Als Nachweis für das Vorliegen der im § 40 genannten Voraussetzungen gilt der letzte rechtskräftige Bescheid eines Rehabilitationsträgers (§ 3), ein rechtskräftiges Urteil eines Gerichtes nach dem Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, BGBl. Nr. 104/1985, ein rechtskräftiges Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes oder die Mitteilung über die

Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe gemäß § 8 Abs. 5 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967, BGBl. Nr. 376. Das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen hat den Grad der Behinderung nach der Einschätzungsverordnung (BGBl. II Nr. 261/2010) unter Mitwirkung von ärztlichen Sachverständigen einzuschätzen, wenn

1. nach bundesgesetzlichen Vorschriften Leistungen wegen einer Behinderung erbracht werden und die hierfür maßgebenden Vorschriften keine Einschätzung vorsehen [...]

§ 35 EStG lautet auszugsweise:

§ 35. (1) Hat der Steuerpflichtige außergewöhnliche Belastungen

– durch eine eigene körperliche oder geistige Behinderung,

[...]

und erhält weder der Steuerpflichtige noch sein (Ehe-)Partner noch sein Kind eine pflegebedingte Geldleistung (Pflegegeld, Pflegezulage, Blindengeld oder Blindenzulage), so steht ihm jeweils ein Freibetrag (Abs. 3) zu.

(2) Die Höhe des Freibetrages bestimmt sich nach dem Ausmaß der Minderung der Erwerbsfähigkeit (Grad der Behinderung). Die Minderung der Erwerbsfähigkeit (Grad der Behinderung) richtet sich in Fällen,

1. in denen Leistungen wegen einer Behinderung erbracht werden, nach der hierfür maßgebenden Einschätzung,

2. in denen keine eigenen gesetzlichen Vorschriften für die Einschätzung bestehen, nach § 7 und § 9 Abs. 1 des Kriegsopferversorgungsgesetzes 1957 bzw. nach der Einschätzungsverordnung, BGBl. II Nr. 261/2010, für die von ihr umfassten Bereiche.

Die Tatsache der Behinderung und das Ausmaß der Minderung der Erwerbsfähigkeit (Grad der Behinderung) sind durch eine amtliche Bescheinigung der für diese Feststellung zuständigen Stelle nachzuweisen. Zuständige Stelle ist:

[...]

– In allen übrigen Fällen sowie bei Zusammentreffen von Behinderungen verschiedener Art das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen; dieses hat den Grad der Behinderung durch Ausstellung eines Behindertenpasses nach §§ 40 ff des Bundesbehindertengesetzes, im negativen Fall durch einen in Vollziehung dieser Bestimmungen ergehenden Bescheid zu bescheinigen.

[...]

3.3. Im konkreten Fall bedeutet dies:

Wie im Rahmen der Beweiswürdigung ausführlich dargelegt, ist aufgrund des schlüssigen und nachvollziehbaren Sachverständigengutachtens von Dr. B. H. vom 3.2.2021, in dem die aktuellen Funktionseinschränkungen des BF gemäß der Einschätzungsverordnung eingestuft wurden, davon auszugehen, dass beim BF ein Grad der Behinderung im Ausmaß von 50 v. H. vorliegt. Der BF erfüllt somit die Voraussetzungen für die Ausstellung eines Behindertenpasses gemäß § 40 Abs 1 BBG.

Der Beschwerde war daher spruchgemäß stattzugeben und auszusprechen, dass der BF mit einem Grad der Behinderung von 50 v. H. die Voraussetzungen für die Ausstellung eines Behindertenpasses erfüllt. Das SMS hat dem BF einen Behindertenpass mit Gültigkeit ab Antragstellung auszustellen, in welchem ein Gesamtgrad der Behinderung in Höhe von 50 v.H. auszuweisen ist.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Gemäß Art 133 Abs 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig. Konkrete Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung sind weder

in der gegenständlichen Beschwerde vorgebracht worden noch im Verfahren vor dem BVwG hervorgekommen. Das BVwG konnte sich bei allen erheblichen Rechtsfragen auf eine ständige Rechtsprechung des VwGH bzw. auf eine ohnehin klare Rechtslage betreffend Verfahren und Voraussetzungen für die Ausstellung eines Behindertenpasses stützen.

**Schlagworte**

Behindertenpass Grad der Behinderung Sachverständigengutachten

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2021:L503.2228090.1.00

**Im RIS seit**

21.05.2021

**Zuletzt aktualisiert am**

21.05.2021

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwG, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)