

## Forum C

Zugang zu Leistungen, Sozialmedizinische Begutachtung, Assessment  
– Diskussionsbeitrag Nr. 9/2011 –

29.11.2011

### **Finale Betrachtungsweise bei Feststellung der Voraussetzungen für das Merkzeichen aG**

Anmerkung zu LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 03.12.2009 – Az.: L 13 SB 235/07

*von Prof. Dr. Carsten Wendtland, Mühlheim am Main*

**Menschen mit einer außergewöhnlichen Gehbinderung können das Merkzeichen aG erhalten. Im vorliegenden Fall musste das LSG der Frage nachgehen, ob auch die Folgen einer psychischen Beeinträchtigung bei der Zuerkennung dieses Merkzeichens zu berücksichtigen sind.**

**4. Der offene, teilhabebezogene Behinderungsbegriff der UN-Behindertenrechtskonvention unterstreicht die Notwendigkeit, die konkrete Lebenssituation umfassend mit allen Auswirkungen auf mögliche Teilhabebeeinträchtigungen zu würdigen.**

#### **I. Thesen des Autors**

- 1. Auch bei Feststellungen über die Voraussetzungen des Merkzeichens aG ist das Prinzip der finalen Betrachtungsweise anzuwenden.**
- 2. Dem Problem des fehlenden Parkraums für Menschen mit Gehbehinderungen ist nicht in erster Linie durch eine restriktive Handhabung der Voraussetzungen für das Merkzeichen aG zu begegnen, sondern mit Mitteln der Städtebauplanung.**
- 3. Die UN-Behindertenrechtskonvention hat an der Rechtslage im Bereich der Nachteilsausgleiche des Schwerbehindertenrechts nichts Grundlegendes geändert.**

#### **II. Wesentliche Aussagen**

- 1. Die Frage, ob die Voraussetzungen für das Merkzeichen aG vorliegen, ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der konkreten Lebenssituation unabhängig von der Ursache der Beeinträchtigungen zu beantworten.**
- 2. Dies gilt insbesondere für die Wertung, ob die Beeinträchtigung vergleichbar schwer wiegt wie die ausdrücklich geregelten Fallkonstellationen für eine Zuerkennung des Merkzeichens aG.**
- 3. Auch der UN-Konvention über die Rechte der Menschen mit Behinderungen liegt ein finales, ursachenunabhängiges Verständnis von Behin-**

**derungen zugrunde, welches bei der Anwendung nationalen Rechts zu beachten ist.**

### **III. Hintergrund der Entscheidung des LSG Berlin-Brandenburg**

Dem Urteil liegt ein Fall zugrunde, in dem eine schwerbehinderte Frau unter anderem die Verpflichtung des zuständigen Versorgungsträgers zur Feststellung begehrt, dass bei ihr die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG im Schwerbehindertenausweis vorliegen. Bereits einige Jahre zuvor waren bei ihr ein Grad der Behinderung von 70 und eine erhebliche Gehbehinderung (Merkzeichen G) infolge diverser Beeinträchtigungen, unter anderem Kniegelenksverschleiß, Fußfehlform und Wirbelsäulenleiden, festgestellt worden. Sie wollte nunmehr nach einer weiteren Verschlechterung ihres gesundheitlichen Zustandes eine Neufeststellung erreichen. Insbesondere machte sie geltend, darauf angewiesen zu sein, einen Parkplatz in der Nähe ihres Hauseingangs zu finden, weil sie sich nur unter Verwendung von Hilfsmitteln und auch dann nur unter erheblichen Schmerzen und Anstrengungen fortbewegen könne. In erster Instanz war sie vor dem Sozialgericht unterlegen. Dieses hatte ihr entgegengehalten, die Beeinträchtigungen ihrer Fähigkeit, sich fortzubewegen, seien im Wesentlichen nicht auf die festgestellten Behinderungen, sondern auf ihr in erster Linie psychisch bedingtes starkes Übergewicht zurückzuführen.

### **IV. Die Begründung der LSG-Entscheidung**

Mit ihrer Berufung vor dem Landessozialgericht Berlin-Brandenburg hatte die schwerbehinderte Frau Erfolg. Das LSG entschied, sie erfülle die Voraussetzungen für das Merkzeichen aG im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1 der Schwerbehindertenausweisverordnung. Maßgeblich legt das LSG neben dem Abschnitt II Nr. 1 zu § 46 Abs. 1 Nr. 11 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Straßenverkehrs-Ordnung (VwV-StVO) auch die Kriterien aus Abschnitt D 3 b der Versorgungsmedizinverordnung zugrunde. Dies ist insofern von Interesse, als andere Sozialgerichte die Auffassung vertreten, die Versorgungsmedizinverordnung sei insofern mangels hinreichender Verordnungsermächtigung in § 69 SGB IX für die Maßstäbe des Merkzeichens aG nicht anwendbar<sup>1</sup>. Im konkreten Fall führte dies aber zu keinem Unterschied. In beiden Regelungen werden Beeinträchtigungen aufgeführt wie Querschnittslähmungen, Amputationen etc., bei denen eine außergewöhnliche Gehbehinderung anzunehmen ist. Diese ausdrücklich genannten Beeinträchtigungen lagen bei der Betroffenen nicht vor. Daher hatte das Gericht zu prüfen, ob die Beeinträchtigungen der Klägerin den ausdrücklich genannten gleichzustellen sind. Das LSG gab hierzu zunächst die vom BSG in früheren Entscheidungen<sup>2</sup> entwickelten Kriterien zur Feststellung einer außergewöhnlichen Gehbehinderung im versorgungsmedizinischen Sinne wieder. Diese Kriterien sind restriktiv in dem Sinne, dass im Ergebnis festgestellt werden muss, dass der Betroffene ähnlich schwerwiegende Beeinträchtigungen seiner Fortbewegungsfähigkeit aufweisen muss wie die Regelfallgruppen,

<sup>1</sup> LSG BW, Beschl. v. 09.05.2011 – Az.: L 8 SB 2294/10; LSG NRW, Urt. v. 23.07.2010 – Az.: L 8 SB 3119/08.

<sup>2</sup> Z. B. BSG, Urt. v. 29.03.2007 – Az.: B 9a SB 5/05 R; BSG, Urt. v. 10.12.2002 – Az.: B 9 SB 7/01 R.

z. B. Doppeloberschenkel- oder Doppelunterschenkelamputierte. Damit soll gewährleistet werden, dass die mit dem Merkzeichen aG verbundenen Nachteilsausgleiche tatsächlich solchen Personen vorbehalten bleiben, die in besonderem Maße darauf angewiesen sind. Letztlich bleibt es aber eine Wertungsfrage, wann eine gleichwertige Beeinträchtigung anzunehmen ist.

Dieser Wertungsfrage nähert sich das LSG mit diversen der ständigen Rechtsprechung des BSG (siehe oben) entnommenen Kriterien wie der Schmerzintensität und der Luftnot nach dem Zurücklegen einer bestimmten Wegstrecke, die aber auch nur Anhaltspunkte für das Restgehvermögen sein können. Alleine auf die in einer bestimmten Zeit zu bewältigende Gehstrecke kann es dabei demzufolge nicht ankommen. Vielmehr ist auch zu berücksichtigen, wie oft<sup>3</sup> Pausen notwendig sind, ehe die Bewegung fortgesetzt werden kann. Aus systematischer Sicht ist dabei zu beachten, dass das Merkzeichen aG gegenüber dem Merkzeichen G nicht eine bloße Steigerung (ein plus), sondern etwas anderes (ein aliud) mit eigenen Voraussetzungen darstellt<sup>4</sup>.

## V. Die Bedeutung der finalen Betrachtungsweise

Von den Besonderheiten des Einzelfalles abgesehen, ist die Entscheidung deswegen von Interesse, weil das LSG ausdrücklich betont, es komme bei der geschilderten Wertungsentscheidung nicht auf die Behinderungsursache an. Soweit der schwerbehinderten Frau seitens der Versorgungsbehörde entgegengehalten worden war, die Minderung ihrer Fortbewegungsfähigkeit sei nicht auf die Behinderungen, sondern auf ihre vor allem psychisch bedingte Fettleibigkeit zu-

rückzuführen, lässt das LSG diese kausale Betrachtungsweise nicht gelten. Es orientiert sich ausschließlich daran, mit welchen Beeinträchtigungen die klagende Frau in ihrer konkreten Lebenssituation konfrontiert ist. Dabei stützt sich das LSG auf die UN-Konvention über die Rechte der Menschen mit Behinderungen und argumentiert, mit diesem Regelwerk sei es unvereinbar, die Klägerin schlechter zu behandeln als einen anderen Menschen mit vergleichbaren Beeinträchtigungen, die nicht auf Fettleibigkeit, sondern ausschließlich auf Bewegungsbeeinträchtigungen im engeren Sinne zurückzuführen seien.

Dieser Ansatz verdient uneingeschränkte Zustimmung. Gerade am vorliegenden Fall wird deutlich, dass die Wertungsfrage, ob jemand im Sinne des Abschnitts D 3 b Anl. VersMedV vergleichbar in seiner Fortbewegungsfähigkeit eingeschränkt ist wie die ausdrücklich aufgeführten Fallgruppen, eine umfassende Würdigung der konkreten Lebenssituation verlangt. Zwar trifft zu, dass es im Einzelfall schwer zu beurteilen sein kann, ob eine psychische Beeinträchtigung sich vergleichbar schwerwiegend auswirkt wie eine körperliche<sup>5</sup>. Zudem wird auch in der Rechtsprechung immer wieder hervorgehoben, dass bei der Anerkennung des Merkzeichens aG grundsätzlich Zurückhaltung geboten ist. Behindertengerechter Parkraum ist tatsächlich eine knappe Ressource, die denen vorbehalten bleiben muss, deren Fortbewegungsfähigkeit davon abhängt, einen geeigneten Stellplatz zu finden<sup>6</sup>. Daraus folgt jedoch zuallererst, dass es städtebaulich geboten ist, bedarfsgerechte Parkmöglichkeiten für Menschen mit außergewöhnlichen Gehbehinderungen vorzuhalten. Allenfalls in zweiter Linie kann der Umstand, dass dies in der Realität nicht hinreichend verwirk-

<sup>3</sup> Gegebenenfalls auch unter Verwendung von Hilfsmitteln, vgl. dazu LSG NRW, Urt. v. 13.07.2010 – Az.: L 6 SB 133/09.

<sup>4</sup> BSG, Urt. v. 29.03.2007 – Az.: B 9a SB 1/06 R.

<sup>5</sup> So z. B. im Fall des LSG München, Beschl. v. 21.11.2010 – Az.: L 16 SB 61/10.

<sup>6</sup> So ausdrücklich LSG NRW, Urt. v. 28.05.2009 – Az.: L 7 SB 11/08.

licht ist, eine restriktive Handhabung der Voraussetzungen für das Merkzeichen aG rechtfertigen.

Im Falle der klagenden schwerbehinderten Frau war entscheidend, dass die psychische Behinderung unmittelbare körperliche Folgen – namentlich das starke Übergewicht – hatte, die sich wiederum auf ihre Fortbewegungsfähigkeit auswirkten. Diese Auswirkungen wegen der Behinderungsursache nicht in die Wertung einzubeziehen, wäre eine nicht gerechtfertigte Abweichung vom Prinzip der finalen Betrachtungsweise, die auch bei Feststellungen über die Voraussetzungen des Merkzeichens aG geboten ist. Dies wird in der UN-Konvention, auf die sich das LSG zur Unterstützung seiner Argumentation bezieht, nicht ausdrücklich so formuliert. Letzteres liegt jedoch eher daran, dass in der Konvention auf eine trennscharfe Abgrenzung des Behinderungsbegriffs verzichtet wird, um den Anwendungsbereich nicht einzuengen<sup>7</sup>. Artikel 1 der Konvention stellt aber immerhin klar, dass es entscheidend auf die Auswirkungen individueller Beeinträchtigungen auf die gesellschaftliche Teilhabe ankommt. Das Ausmaß dieser Teilhabebeeinträchtigungen war im vorliegenden Fall insofern unstreitig, als die schwerbehinderte Frau nach den übereinstimmenden Feststellungen der beteiligten Gutachter nur wenige Meter gehen konnte, ehe Luftnot und Schmerzen eine Pause notwendig machten. Gerade darin aber unterscheidet sie sich eben nicht wesentlich von einer hypothetischen Vergleichsperson, die von den ausdrücklich in Abschnitt II Nr. 1 zu § 46 Abs. 1 Nr. 11 VwV-StVO bzw. Abschnitt D 3 b Anl. VersMedV enumerativ benannten Beeinträchtigungen betroffenen ist.

## VI. Auswirkungen auf die Praxis

Der Fall zeigt beispielhaft die Schwierigkeiten bei der Feststellung auf, ob im konkreten Einzelfall die Voraussetzungen für das Merkzeichen aG vorliegen. Insbesondere wird deutlich, dass die Schwierigkeiten sowohl auf der tatsächlichen Seite liegen, nämlich bei der Entwicklung tauglicher Kriterien für die Begutachtung – als auch auf der rechtlichen Seite, nämlich bei der rechtlichen Bewertung der gutachterlichen Feststellungen. Die UN-Konvention, auf die sich das Gericht mehrfach bezieht, hat für diesen Zusammenhang an der Rechtslage nichts Grundlegendes geändert. Ihr offener, teilhabebezogener Behinderungsbegriff unterstreicht aber, dass es notwendig ist, auch in atypischen Fallkonstellationen nicht allzu schematisch vorzugehen, sondern die konkrete Lebenssituation umfassend mit allen Auswirkungen auf mögliche Teilhabebeeinträchtigungen zu würdigen.

---

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.

---

<sup>7</sup> Vgl. Riedel, Zur Wirkung der internationalen Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung und ihres Fakultativprotokolls auf das deutsche Schulsystem (2010), S. 2 f.