

Forum C

Zugang zu Leistungen, Sozialmedizinische Begutachtung, Assessment
– Diskussionsbeitrag Nr. 2/2012 –

10.02.2012

Anspruch auf Zuerkennung der Nachteilsausgleiche „aG“ und „RF“ LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 09.05.2011 – L 8 SB 2294/10

von Daniel Hlava, Sozialjurist (LL.B.)

I. Thesen des Autors

- 1. Eine Teilnichtigkeit der Versorgungsmedizinischen Grundsätze hat keine relevanten Auswirkungen auf die bisherige Beurteilungspraxis.**
- 2. Inkontinenz kann zu einem Anspruch auf Zuerkennung des Nachteilsausgleichs „RF“ führen.**
- 3. Die Kriterien für den Nachteilsausgleich „RF“ müssen die tatsächlichen Gegebenheiten des Einzelfalls sowie die Anforderungen der UN-Behindertenrechtskonvention stärker berücksichtigen.**

II. Wesentliche Aussagen des Urteils

- 1. Die Regelungen der Versorgungsmedizinischen Grundsätze zum Merkzeichen „aG“ sind mangels ausreichender Rechtsgrundlage rechtswidrig und unwirksam.**
- 2. Das Merkzeichen „RF“ wird bei Inkontinenz nicht zuerkannt, wenn die Versorgung mit Inkontinenzartikeln zumutbar ist und somit kein generel-**

ler Ausschluss von öffentlichen Veranstaltungen besteht.

III. Sachverhalt

Das Landessozialgericht Baden-Württemberg (LSG) hatte in dem vorliegenden Rechtsstreit zu entscheiden, ob ein multimorbider Schwerbehinderter (GdB¹ 100, Merkzeichen „G“) auf Grund einer Harn- und Stuhlinkontinenz sowie orthopädischer Leiden die Zuerkennung der Nachteilsausgleiche „außergewöhnliche Gehbehinderung“ (aG) und „Befreiung von der Rundfunkgebührenpflicht“ (RF) beanspruchen könne. Dieses Begehren wurde zuvor nach Einholung medizinischer Gutachten sowohl vom Versorgungsamt als auch von der Vorinstanz² zurückgewiesen.

¹ GdB steht für Grad der Behinderung.

² Sozialgericht Karlsruhe, Urt. v. 23.03.2010 – S 7 SB 6018/07 (nicht veröffentlicht).

IV. Die Entscheidung

Die Berufung des schwerbehinderten Mannes blieb ohne Erfolg. Das LSG bestätigte die Rechtsauffassung des Sozialgerichts und kam zu dem Ergebnis, dass kein Anspruch auf die Zuerkennung der Merkzeichen „aG“ oder „RF“ besteht.

Als Grundlage für die Ablehnung des Merkzeichens „aG“ stützte sich das LSG auf § 69 Abs. 4 SGB IX in Verbindung mit §§ 1 Abs. 4 und 3 Abs. 1 Nr. 1 der Schwerbehindertenausweisverordnung, welche wiederum auf straßenverkehrsrechtliche Vorschriften Bezug nimmt. Die Anlage „Versorgungsmedizinische Grundsätze“ zur Versorgungsmedizin-Verordnung wurde vom LSG hingegen nicht herangezogen, da nach Auffassung des Senats **die Regelungen der Versorgungsmedizinischen Grundsätze zum Merkzeichen „aG“ mangels einer ausreichenden Rechtsgrundlage rechtswidrig und somit unwirksam sind**. Die Regelung des § 69 Abs. 1 S. 5 SGB IX i. V. m. § 30 BVG eröffne lediglich die Möglichkeit, Maßstäbe für die Feststellung des Behinderungsgrades aufzustellen. Das LSG geht insofern von einer **Teilnichtigkeit der Versorgungsmedizin-Verordnung** aus. Die Zuerkennung des Nachteilsausgleichs wurde im Übrigen jedoch auf Grund mangelnder körperlicher Beeinträchtigungen abgelehnt.

Das Gericht prüfte sodann, ob bei dem klagenden Mann die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Merkzeichens „RF“ vorlagen. Es urteilte, dass dieser trotz seiner bestehenden Harn- und Stuhlinkontinenz noch in zumutbarer Weise öffentliche Veranstaltungen in einem nennenswerten Umfang aufsuchen könne. Eine **Versorgung mit Inkontinenzartikeln sei möglich und auch zumutbar**. Auf diese Weise könne Belästigungen durch unwillkürlichen Stuhl- oder Urinabgang entgegengewirkt werden. Von einer schweren Inkontinenz, die den Betroffenen am Besuch öffentlicher Veranstaltungen

hindern könne, sei ferner nach dem Verlauf der gutachterlichen Untersuchung beim klagenden Mann auch nicht auszugehen (so wurde beispielsweise keine Geruchsbelästigung während der Untersuchung wahrgenommen). Ebenso **rechtfertige der Umstand, dass sich eine Toilette in der Nähe des schwerbehinderten Mannes befinden müsse, um die Windeln wechseln zu können, nicht bereits die Annahme, dass dies zu einer ständigen Hinderung am Besuch öffentlicher Veranstaltungen führe**.

V. Würdigung/Kritik

1. Teilnichtigkeit der Versorgungsmedizinischen Grundsätze

Der Entscheidung des LSG ist im Hinblick auf die Teilnichtigkeit der Versorgungsmedizinischen Grundsätze zuzustimmen. Die Beurteilung des Senats ist hinsichtlich der zwar noch jungen, aber ständigen Rechtsprechung des LSG Nordrhein-Westfalen³ auch konsequent.

Eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage für die Festlegung von allgemeinen Grundsätzen für die Beurteilung der Anerkennung des Merkzeichens „aG“ lässt sich den einschlägigen Vorschriften tatsächlich nicht entnehmen. Eine gesetzliche **Ermächtigung** des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales besteht in diesem Zusammenhang **lediglich für die Maßstäbe, die bei der Feststellung des GdB anzuwenden sind**. Da diese Regelungen der Versorgungsmedizinischen Grundsätze in keinem direkten Zusammenhang mit den Vorgaben zur Beurteilung der Merkzeichen stehen, sind sie weiterhin rechtswirksam und werden nicht von der Nichtigkeit jener Vorschriften berührt. Es ist überdies hervorzuheben, dass sich die Teilnichtigkeit der Versorgungsmedizinischen

³ Vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 23.07.2010 – L 8 SB 3119/08.

schen Grundsätze nicht lediglich auf den Bereich des Merkmals „aG“ beschränkt. Vielmehr ist die Regelung zu den Merkmalen als Ganzes betroffen, sodass auch bei der Beurteilung der übrigen Nachteilsausgleiche die Anlage „Versorgungsmedizinische Grundsätze“ nicht zur Anwendung kommt.⁴

Die **praktische Relevanz** dieser Rechtsprechung dürfte hingegen als **gering** zu bewerten sein. Mit dem Inkrafttreten der Versorgungsmedizin-Verordnung im Jahr 2009 wurde die bis dahin angewandte Beurteilungsgrundlage „Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit im sozialen Entschädigungsrecht und nach dem Schwerbehindertenrecht“ (**AHP**) abgelöst. Diese hatte zwar lediglich normähnlichen Charakter, war jedoch **wie untergesetzliche Normen** von den Gerichten zu berücksichtigen⁵. Noch im gleichen Jahr kam das LSG Baden-Württemberg zu dem Schluss, dass es für die Beurteilung der Nachteilsausgleiche (vorliegend handelte es sich um die Zuerkennung des Merkmals „G“) unerheblich sei, ob die entsprechenden Regelungen der Anlage „Versorgungsmedizinische Grundsätze“ rechtswidrig sind, da sowohl in der Anlage als auch in der zuvor angewandten AHP „der medizinische Kenntnisstand für die Beurteilung von Behinderungen wiedergegeben“⁶ wird. Eine **inhaltliche Änderung der** bislang in der Rechtsprechung **zur Anwendung gekommenen Kriterien erfolgt daher** nach Ansicht des LSG Baden-Württemberg auch bei einer (teilweisen) Rechtswidrigkeit der Anlage „Versorgungsmedizinische Grundsätze“ **nicht**.⁷

Die Nichtigkeit der gesetzlichen Regelungen führt konsequenterweise dazu, dass dieser

Teil der Versorgungsmedizinischen Grundsätze keine Rechtsgrundlage mehr für die Beurteilung der Anerkennung von Merkmalen bietet und insofern auch nicht mehr (formal) zur Anwendung kommt. Dennoch ist es im Interesse einer gleichmäßigen Rechtsanwendung sinnvoll und auch notwendig geeignete Maßstäbe zu entwickeln, um die medizinischen Voraussetzungen der jeweiligen Nachteilsausgleiche einheitlich beurteilen zu können. Solche Maßstäbe stellen die bereits erwähnten Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit dar. Entfällt nun die konkrete gesetzliche Regelung zur Beurteilung der Merkmale, da sie sich als nichtig herausstellt, greift man erneut auf die früheren Beurteilungskriterien der AHP zurück, die insofern auch inhaltsgleich mit der Anlage „Versorgungsmedizinische Grundsätze“ sind, da „sonst der Zweck der **gleichmäßigen Behandlung aller Behinderten** in Frage gestellt (werden) würde“⁸ und diese Grundsätze „nach allgemeiner, von ständiger Rechtsprechung geprägten Überzeugung als **rechtsverbindlich** (...) beurteilt wurden und damit einer gewohnheitsrechtlichen Übung entsprachen“⁹. Hieraus folgt, dass auch mit der teilweisen Nichtigkeit der Anlage „Versorgungsmedizinische Grundsätze“ nicht die Möglichkeit eröffnet ist, Rechtsstreitigkeiten über die Zuerkennung von Nachteilsausgleichen ausschließlich anhand individueller Gutachten zu beurteilen, da es anderenfalls zu Ungleichbehandlungen bei der Rechtsanwendung kommen würde. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung **kann** die generelle Richtigkeit der AHP vielmehr **nicht durch Einzelgutachten widerlegt werden**, weshalb die Gerichte lediglich eine Evidenzkontrolle (hinsichtlich offensichtlicher Rechtswidrigkeiten) anstellen können¹⁰.

⁴ So auch LSG Nordrhein-Westfalen, a. a. O., Rn. 26.

⁵ Siehe hierzu BSG, Urteil v. 23.06.1993 – 9/9a RVs 1/91, Rn. 14 ff.

⁶ LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 14.08.2009 – L 8 SB 1691/08, Rn. 29.

⁷ LSG Baden-Württemberg, a. a. O.

⁸ BSG, Urteil v. 23.06.1993 – 9/9a RVs 1/91, Rn. 16.

⁹ LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 14.08.2009, a. a. O.

¹⁰ BSG, Urteil v. 23.06.1993, a. a. O.

Jedoch haben auch antizipierte Sachverständigengutachten wie die AHP keineswegs den Anspruch von ewiger, allgemeiner Gültigkeit. Im konkreten **Einzelfall** kann unter Umständen die gerichtliche Prüfung geboten sein, ob die Anhaltspunkte noch dem **aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechen**¹¹. Stellt sich heraus, dass sie veraltet sind und nicht mehr den aktuellen Wissenschaftsstand widerspiegeln, muss das Gericht weitere Ermittlungen anstellen¹². Es stellt sich folglich die Frage, ob die letztmalig im Jahr 2008 aktualisierten AHP nach dem heutigen Stand als veraltet anzusehen sind. Dies zu beantworten, wird die Aufgabe künftiger Rechtsprechung sein, welcher hierfür verschiedene Werkzeuge zur Verfügung stehen¹³.

Vorliegend hat sich das LSG mit der oben beschriebenen Problematik der Anwendbarkeit der AHP anstelle der Anlage „Versorgungsmedizinische Grundsätze“ nicht näher befasst. Seine ablehnende Entscheidung stützte das LSG auf die Bewertungen verschiedener Sachverständiger, die es im Wege der Beweisaufnahme gehört hatte. Inwieweit bei den Begutachtungen die Beurteilungskriterien der AHP herangezogen wurden, lässt sich den Urteilsgründen nicht entnehmen.

2. Merkzeichen „RF“ bei Inkontinenz

Die Erwägungsgründe, mit denen das LSG zudem die Anerkennung des Merkzeichens „RF“ in dem entschiedenen Fall ablehnt, vermögen jedoch nicht gänzlich zu überzeugen.

Zu begrüßen ist zwar, dass sich das LSG mit der konkreten Situation des schwerbehinder-

ten Mannes auseinandersetzt und dessen Beeinträchtigungen durch die Inkontinenz auf der Grundlage des Ablaufs der gutachterlichen Untersuchung zu bewerten versucht. Auf diese Weise macht das LSG deutlich, dass eine **Inkontinenz als Behinderung nicht gänzlich ungeeignet ist, um diesen Nachteilsausgleich zu erlangen** und eine Beurteilung nach Art und Schwere der Krankheit vielmehr im jeweiligen Einzelfall erfolgen muss.

Es stellt sich jedoch im Zusammenhang mit dieser Entscheidung und der nahezu durchweg vorzufindenden, ständigen Rechtsprechung anderer Gerichte¹⁴ die Frage, ob vor dem Hintergrund der UN-Behindertenrechtskonvention an den strengen Kriterien für das Merkzeichen „RF“ festgehalten werden sollte.

Als problematisch kann beispielsweise die **unzureichende Berücksichtigung der subjektiven Vorstellungen und Ängste der Betroffenen** angesehen werden. Wie bereits das LSG Niedersachsen-Bremen in seinem Urteil vom 18. Dezember 2001 zutreffend und schlüssig feststellte, ist nicht allein darauf abzustellen, inwieweit den Besuchern öffentlicher Veranstaltungen „Belastungen durch behinderungsbedingte Auffälligkeiten zuzumuten“ sind¹⁵. Vielmehr sind auch die psychischen Belastungen, denen ein Betroffener „durch die behinderungsbedingten Auffälligkeiten ausgesetzt ist“¹⁶, zu berücksichtigen. Das LSG Niedersachsen-Bremen führt anschaulich und nachvollziehbar aus, dass bei dem typischerweise engen Körperkontakt bei öffentlichen Veranstaltungen eine mögliche Geruchsentwicklung von den übrigen Teilnehmern wahrgenommen und als mangelnde Sauberkeit verstanden werden könne. Das LSG verkennt in diesem Zusammenhang ebenfalls nicht, dass **das**

¹¹ Leitherer, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer (Hrsg.), Sozialgerichtsgesetz, 9. Aufl. 2008, § 103 SGG, Rn. 7c.

¹² BSG, Urteil v. 27.06.2006 – B 2 U 13/05 R, Rn. 17.

¹³ Eine Auswahl möglicher Werkzeuge findet sich bspw. in: BSG, Urt. v. 27.06.2006, a. a. O.

¹⁴ Vgl. nur LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 31.03.2007 – L 6 B 20/06 SB.

¹⁵ LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 18.12.2001 – L 9 SB 97/99.

¹⁶ LSG Niedersachsen-Bremen, a. a. O.

Wechseln von Windeln in der Realität oftmals Schwierigkeiten begegnet, da „bei im Freien stattfindenden öffentlichen Veranstaltungen die sanitären Einrichtungen, soweit sie denn überhaupt vorhanden sind, in größerem räumlichen Abstand“ liegen.¹⁷

Somit (be-)hindern bereits die Befürchtungen vor eventuellem Geruchsabgang und vor gegebenenfalls nicht rechtzeitig zu erreichenden Sanitäranlagen einen von Inkontinenz Betroffenen daran, öffentliche Veranstaltungen zu besuchen. Dies gilt unabhängig davon, ob ärztlicherseits eine hohe Wahrscheinlichkeit für unkontrollierten Harn- oder Stuhlabgang während einer mehrstündigen Veranstaltung nachgewiesen ist. Bereits gelegentliche Inkontinenz kann zur Folge haben, dass ein Mensch mit dieser Behinderung aus Furcht vor missbilligenden Reaktionen der Öffentlichkeit solchen Veranstaltungen fernbleibt.

In dem hier dargestellten Fall geht das LSG Baden-Württemberg für die Zuerkennung des Nachteilsausgleichs davon aus, dass eine Unmöglichkeit der Teilnahme an öffentlichen Veranstaltungen (erst) dann vorliegt, wenn der Besuch allgemein und umfassend ausgeschlossen ist. Der Betroffene müsse demnach „praktisch an das Haus gebunden“¹⁸ sein und an einem „nennenswerten Teil der Gesamtheit solcher Veranstaltungen“¹⁹ nicht mehr teilnehmen können. Fraglich ist, ob es für die Ablehnung des Ausgleichs behinderungsbedingter Nachteile

ausreicht (bzw. ausreichen sollte), wenn ein an Inkontinenz Leidender zwar noch mehrere Veranstaltungen besuchen kann, aber z. B. wegen der engen räumlichen Nähe zu anderen Besuchern auf Grund der damit leichter wahrzunehmenden Geruchsbelästigung keine Sportveranstaltungen mehr besucht werden können oder auf Grund der Notwendigkeit häufigen Windelwechsels beziehungsweise Toilettengangs und den damit verbundenen Störungen des Publikums keine Theater- beziehungsweise Kinoproduktionen.

Ein Abstellen darauf, dass allenfalls noch ein nicht nennenswerter Teil aller öffentlichen Veranstaltungen besucht werden kann, ist jedenfalls im Hinblick auf die UN-Behindertenrechtskonvention, die eine **volle Teilhabe** des behinderten Menschen in allen Lebensbereichen fordert, abzulehnen.

Im Ergebnis sollten die strengen Anforderungen für die Zuerkennung des Merkzeichens „RF“ neu überdacht werden und der individuellen Situation der Betroffenen sowie den tatsächlichen Gegebenheiten ein stärkeres Gewicht zukommen.

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

¹⁷ LSG Niedersachsen-Bremen, a. a. O.

¹⁸ Rn. 35 der Entscheidung.

¹⁹ Rn. 35 der Entscheidung.