

## L 15 SB 226/13

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Entschädigungs-/Schwerbehindertenrecht

Abteilung

15

1. Instanz

SG München (FSB)

Aktenzeichen

S 36 SB 127/12

Datum

08.11.2013

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 15 SB 226/13

Datum

20.05.2014

3. Instanz

-

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

1. Nach ständiger Rechtsprechung des BSG ist für eine weite Auslegung im Rahmen der Prüfung der gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG kein Raum.
  2. Bei einem einseitig Oberschenkelamputierten können die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG dann nicht festgestellt werden, wenn er die Prothese noch in etwas über 10 v.H. der Zeit benutzen kann, da es dann an einem Dauerzustand der Prothesenunbenutzbarkeit fehlt.
  3. Die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG können nie damit begründet werden, dass durch eine Vorabfeststellung dieser Voraussetzungen verhindert werden könnte, dass sich die ansonsten nicht fernliegende Gefahr einer Verschlechterung des Gesundheitszustands dahingehend, dass dann die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG erfüllt wären, realisieren wird.
  4. Eine Sturzgefahr kann die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG dann begründen, wenn diese Gefahr insbesondere aufgrund der Sturzhäufigkeit so ausgeprägt ist, dass aus der objektiven und medizinisch begründeten Sicht eines vernünftigen Behinderten der Betroffene dauerhaft auf einen Rollstuhl angewiesen ist.
- I. Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts München vom 8. November 2013 wird zurückgewiesen.
- II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.
- III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist, ob der Kläger einen Anspruch darauf hat, dass die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG (außergewöhnliche Gehbehinderung) festgestellt werden.

Der im Jahr 1959 geborene Kläger erlitt im Jahre 1980 eine schwere Verletzung des rechten Beins, die zur Amputation im Oberschenkel führte.

Mit Bescheid des Beklagten vom 18.02.1997 wurden erstmals ein Grad der Behinderung (GdB) von 80 sowie die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen G festgestellt.

Im Dezember 2010 beantragte der Kläger die Erhöhung des GdB und die Feststellung der gesundheitlichen Voraussetzungen für die Merkzeichen B und aG. Die Gehfähigkeit sei wegen der Stumpfbeschwerden erheblich eingeschränkt.

Nach Auswertung eingeholter Befunde durch den versorgungsärztlichen Dienst stellte der Beklagte mit Bescheid vom 25.07.2011 einen GdB von 90, nicht aber die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG fest.

Dagegen erhob der Kläger Widerspruch und begründete diesen damit, dass er zur Erhaltung der körperlichen Unversehrtheit und zur Berufsausübung die Möglichkeit einer Inanspruchnahme von Behindertenparkplätzen benötige. Er müsse jederzeit in der Nähe seines Arbeitsplatzes parken können. Schon bei schönem Wetter sei seine Gehfähigkeit stark eingeschränkt, bei Regen, Schnee oder gar Eis sei er

unmittelbar sturzgefährdet. Er müsse daher längere Wegstrecken vermeiden.

Der behandelnde Orthopäde Dr. C. teilte auf Nachfrage des Beklagten am 30.11.2011 mit, dass der Kläger ein stark hinkendes Gangbild habe und auch für kurze Strecken je nach Belastung einen Gehstock verwende.

Mit Widerspruchsbescheid vom 02.01.2012 wurde der Widerspruch zurückgewiesen. Der Kläger sei - so der Beklagte - nicht dem Personenkreis gleichzustellen, der die Voraussetzungen für das Merkzeichen aG erfülle.

Dagegen haben die Bevollmächtigten des Klägers am 06.02.2012 Klage mit dem Ziel der Feststellung der gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG erhoben. Die Klage ist unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) damit begründet worden, dass es der Beklagte bei seiner Entscheidung völlig außer Acht gelassen habe, in welchem Umfang es dem Kläger im konkreten Fall überhaupt noch möglich sei, außerhalb seines Kraftfahrzeugs Wegstrecken zurückzulegen. Aufgrund der rechtsseitigen Oberschenkelamputation und der starken Narbenbildung sei es dem Kläger nur unter erheblichen Anstrengungen möglich, sich mithilfe einer Beinprothese fortzubewegen. Neben den erheblichen Schmerzen komme eine Gangunsicherheit hinzu, die sich bei schlechten Witterungsverhältnissen wie Regen, Eis und Schnee noch weiter verstärke. Der Kläger sei insofern stark sturzgefährdet, was eine weitere Verschlechterung seines Gehvermögens herbeiführen könne. Der Arbeitgeber des Klägers verfüge über keinen eigenen Betriebsparkplatz. Den in der Nähe des Arbeitsplatzes gelegenen Behindertenparkplatz könne der Kläger nur mit dem entsprechenden Parkausweis benutzen, für den das Merkzeichen aG notwendig sei.

Das Sozialgericht hat Befundberichte eingeholt. Der Orthopäde Dr. C. hat über ein stark hinkendes Gangbild berichtet, die Gehstrecke nehme ab, der Kläger sei auch bei kurzen Wegen auf einen Gehstock angewiesen. Vom Kläger seien wiederholte einschießende Schmerzen und Missempfindungen berichtet worden. Es bestehe ein neuropathischer Schmerz sowie ein Ulcus chronicum der linken Leiste. Der Internist Prof. Dr. V. hat u.a. a. berichtet, dass der Kläger unter einer Hepatitis C infolge einer Transfusion leide und mit Interferon therapiert werde. Gravierende Beschwerden hätten zum Zeitpunkt der letzten Behandlung (April 2012) nicht vorgelegen.

Im Auftrag des Gerichts hat Dr. L. am 23.10.2012 ein Gutachten auf orthopädisch-unfallchirurgischem Fachgebiet erstellt. Darin hat er Folgendes ausgeführt:

Bei der Begutachtung habe der Kläger angegeben, dass mit zunehmendem Alter eine Einschränkung der Gehfähigkeit eingetreten sei. 200 bis 300 m Gehfähigkeit seien gewährleistet. Er habe auf diffuse Narbenprobleme vorrangig im Leistenbereich und ein gelegentliches Pulsieren des rechten Stumpfs hingewiesen. Der Sachverständige hat den Kläger als muskelkräftig-athletischen Mann in ausgezeichneter körperlicher Verfassung (175 cm, 86 kg) beschrieben. Der Gang des Klägers sei bei angelegter Prothese gut fördernd, allenfalls eine Spur rechtshinkend. Am Stumpfende seien mehrere Narben erkennbar (Länge 24 und 28 cm). Ein Geschwürsleiden sei zum Zeitpunkt der Untersuchung auszuschließen. Ein Stumpfneurinom lasse sich nicht tasten, der Stumpf selbst sei ausreichend weichteilgedeckt. Es bestehe ein Zustand nach Oberschenkelamputation rechts mit leichtgradiger instabiler Weichteilsituation im Entfall eines Geschwürsleidens der Haut mit der Notwendigkeit des Tragens einer Oberschenkelprothese und verminderter Geh- und Stehfähigkeit sowie glaubwürdigen subjektiven Beschwerden. Der Kläger könne sich ohne fremde Hilfe und ohne große Anstrengung außerhalb seines Kraftfahrzeuges bewegen.

Mit Urteil vom 08.11.2013 ist die Klage abgewiesen worden. Das Sozialgericht hat sich dabei auf das Gutachten des Dr. L. gestützt.

Am 16.11.2013 hat der Kläger durch seine Bevollmächtigten Berufung eingelegt. Die Berufung ist mit Schreiben vom 21.01.2014 wie folgt begründet worden:

Das Sozialgericht habe die Beurteilung im Wesentlichen am Restgehvermögen von 200 bis 300 m festgemacht, obwohl nach der Rechtsprechung des BSG nicht die Wegstrecke entscheidend sei, sondern die für die Fortbewegung erforderlichen Anstrengungen. Zudem gehe das Sozialgericht davon aus, dass der Kläger nicht dauerhaft außer Stande sei, ein Kunstbein zu tragen. Dabei verkenne das Sozialgericht die Gegebenheiten. Im Umkehrschluss sei der Kläger auch nicht dauerhaft im Stande, das Kunstbein zu tragen. Zudem sei ein Kunstbein kein vollwertiger Ersatz für das verlorene Bein. Das dauerhafte Tragen eines Kunstbeins sei aber ein entscheidendes Kriterium zur Abgrenzung von Personen mit außergewöhnlicher Gehbehinderung. Die Feststellungen des Gutachters Dr. L. seien nur eine Momentaufnahme, gewonnen in einer Phase geringer Hautdefekte. Die Restgehfähigkeit sei je nach Intensität der Bewegungen mit der Prothese sehr unterschiedlich zu bewerten. Die Ablehnung der Berücksichtigung der beruflichen Situation des Klägers sei daher nicht gerechtfertigt. Dass der Kläger mit den geschilderten Verhältnissen sehr zu kämpfen habe, sollte ihm nicht noch zu weiteren Nachteilen gereichen.

Der behandelnde Orthopäde Dr. C. hat auf Nachfrage des Senats am 11.02.2014 über rezidivierende Hautulcera im Bereich des Oberschenkelstumpfs berichtet. Beim Kläger sei eine massive wülstige Vernarbung gegeben, welche keine optimale Prothesenanpassung erlaube. Die Prothese könne daher nur kurzfristig getragen werden. Es komme immer wieder zu offenen Hautläsionen, so dass der Kläger weitestgehend auf die Benutzung zweier Unterarmgehstützen angewiesen sei. Das Gangbild sei dann so wie unter Verwendung zweier Unterarmgehstützen ohne anliegende Prothese bei Oberschenkelamputation. Die prothesenfreie Zeit überwiege deutlich die Zeit mit anliegender Prothese.

Mit Schreiben vom 24.03.2014 haben die Bevollmächtigten des Klägers ergänzend darauf hingewiesen, dass der Kläger neben den typischen Einschränkungen durch den amputationbedingten Muskelverlust an den Symptomen einer chronischen Hepatitis C leide, die sich vornehmlich in einer erheblichen Leistungsinsuffizienz zeigen würden. Dies führe dazu, dass bereits nach wenigen Schritten eine Erschöpfung eintrete. Zudem komme es beim Kläger vermehrt zu Hautdefekten, die das Tragen der Prothese verhindern würden. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass schon das Gehen mit der Prothese für den Kläger aufgrund der Vorschädigung mit erheblichen Anstrengungen einhergehe und sich nach wenigen Schritten deutlich verlangsamen. Durch die langwierigen Hautdefekte würde zudem das Tragen der Prothese in ständig wiederkehrenden Phasen verhindert, so dass sich der Kläger dann mit Unterarmgehstützen fortbewegen müsse.

In der mündlichen Verhandlung am 20.05.2014 hat der Kläger dem Senat auf dessen Nachfrage mitgeteilt, dass er im Jahr 2014 die

Prothese an 31 Tagen nicht nutzen habe können. Unproblematisch möglich gewesen sei die Benutzung der Prothese nur ungefähr 2-3 Wochen; in der restlichen Zeit sei eine Prothesennutzung, wenn sie nicht schon unmöglich gewesen sei, nur mit teilweise erheblichen Beschwerden möglich gewesen.

Der Kläger beantragt,  
den Beklagten unter Aufhebung des Urteils des Sozialgerichts München vom 08.11.2013 und unter Abänderung des Bescheids vom 25.07.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 02.01.2012 zu verpflichten, beim Kläger die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG festzustellen.

Der Beklagte beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen.

Der Senat hat die Akten des Beklagten und des Sozialgerichts beigezogen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt dieser Akten und der Berufungsakte Bezug genommen, die allesamt Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet.

Der angefochtene Bescheid ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten. Das Sozialgericht hat die Klage zutreffend abgewiesen.

Der Kläger hat bei Berücksichtigung der hohe Anforderungen aufstellenden Rechtsprechung des BSG keinen Anspruch auf Feststellung der gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG; die gesundheitlichen Voraussetzungen hierfür sind bis heute nicht nachgewiesen.

1. Rechtliche Vorgaben für das Merkzeichen aG

Anspruchsgrundlage ist [§ 69 Abs. 4](#) Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (SGB IX) i.V.m. den unten näher dargestellten straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften.

Nach [§ 69 Abs. 4 SGB IX](#) stellen die zuständigen Behörden neben einer Behinderung auch gesundheitliche Merkmale fest, die Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Nachteilsausgleichen für schwerbehinderte Menschen sind.

Nach [§ 6 Abs. 1 Nr. 14](#) Straßenverkehrsgesetz ist das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung ermächtigt, Rechtsverordnungen mit Zustimmung des Bundesrats zu erlassen über "die Schaffung von Parkmöglichkeiten für schwerbehinderte Menschen mit außergewöhnlicher Gehbehinderung ...". Davon hat das Bundesministerium mit [§ 46 Abs. 1 Nr. 11](#) Straßenverkehrsordnung (StVO) Gebrauch gemacht, ohne die Voraussetzungen der außerordentlichen Gehbehinderung näher zu präzisieren. Wegen der bundesweiten Auswirkungen hat das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung von seiner in [§ 46 Abs. 2 Satz 3 StVO](#) gegebenen Ermächtigung zum Erlass von bundesweit gültigen Verwaltungsvorschriften mit den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur Straßenverkehrsordnung (VwV-StVO), zuletzt in der ab dem 01.09.2009 gültigen Fassung vom 17.07.2009, Gebrauch gemacht und dabei in Ziff. 129 f. zu [§ 46 StVO](#) Folgendes vorgegeben:

"Als schwerbehinderte Menschen mit außergewöhnlicher Gehbehinderung sind solche Personen anzusehen, die sich wegen der Schwere ihres Leidens dauernd nur mit fremder Hilfe oder nur mit großer Anstrengung außerhalb ihres Kraftfahrzeuges bewegen können.

Hierzu zählen:

Querschnittsgelähmte, doppeloberschenkelamputierte, doppelunterschenkelamputierte, hüftexartikulierte und einseitig oberschenkelamputierte Menschen, die dauernd außerstande sind, ein Kunstbein zu tragen, oder nur eine Beckenkorbprothese tragen können oder zugleich unterschenkel- oder armamputiert sind sowie andere schwerbehinderte Menschen, die nach versorgungsärztlicher Feststellung, auch auf Grund von Erkrankungen, dem vorstehend angeführten Personenkreis gleichzustellen sind."

Diese Vorgaben haben so auch Eingang in die bis 31.12.2008 geltenden Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit (AHP) und in die anschließend zum 01.01.2009 in Kraft getretenen Versorgungsmedizinischen Grundsätzen (VG), die als Anlage zu § 2 der Versorgungsmedizin-Verordnung vom 10.12.2008 Rechtsnormcharakter haben (vgl. BSG, Urteil vom 23.04.2009, Az.: [B 9 SB 3/08 R](#)), - dort Teil D Nr. 3. b) - gefunden. In Teil D Nr. 3. c) der VG ist - wie zuvor weitgehend inhaltsgleich schon in Teil B Nr. 31 der AHP 2008 - folgende klarstellende Ergänzung erfolgt:

"Die Annahme einer außergewöhnlichen Gehbehinderung darf nur auf eine Einschränkung der Gehfähigkeit und nicht auf Bewegungsbehinderungen anderer Art bezogen werden. Bei der Frage der Gleichstellung von behinderten Menschen mit Schäden an den unteren Gliedmaßen ist zu beachten, dass das Gehvermögen auf das Schwerste eingeschränkt sein muss und deshalb als Vergleichsmaßstab am ehesten das Gehvermögen eines Doppeloberschenkelamputierten heranzuziehen ist. Dies gilt auch, wenn Gehbehinderte einen Rollstuhl benutzen: Es genügt nicht, dass ein solcher verordnet wurde; die Betroffenen müssen vielmehr ständig auf den Rollstuhl angewiesen sein, weil sie sich sonst nur mit fremder Hilfe oder nur mit großer Anstrengung fortbewegen können. Als Erkrankungen der inneren Organe, die eine solche Gleichstellung rechtfertigen, sind beispielsweise Herzscheiden mit schweren Dekompensationserscheinungen oder Ruheinsuffizienz sowie Krankheiten der Atmungsorgane mit Einschränkung der Lungenfunktion schweren Grades anzusehen."

## 2. Rechtsprechung insbesondere des BSG zum Merkzeichen aG

Dazu, wann von einem auf das Schwerste eingeschränkten Gehvermögen auszugehen ist, hat sich das BSG im Urteil vom 29.03.2007, Az.: [B 9a SB 5/05 R](#), wie folgt geäußert:

"Für die Gleichstellung ist bei dem Restgehvermögen des Betroffenen anzusetzen. Wie der erkennende Senat bereits in seinem Urteil vom 10. Dezember 2002 (Az [B 9 SB 7/01 R](#); [BSGE 90, 180](#) ff = [SozR 3-3250 § 69 Nr 1](#)) ausgeführt hat, lässt sich ein anspruchsausschließendes Restgehvermögen griffig weder quantifizieren noch qualifizieren. Weder der gesteigerte Energieaufwand noch eine in Metern ausgedrückte Wegstrecke taugen grundsätzlich dazu. Denn die maßgeblichen straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften stellen nicht darauf ab, über welche Wegstrecke ein schwerbehinderter Mensch sich außerhalb seines Kraftfahrzeuges zumutbar noch bewegen kann, sondern darauf, unter welchen Bedingungen ihm dies nur noch möglich ist: nämlich nur mit fremder Hilfe oder nur mit großer Anstrengung. Wer diese Voraussetzung praktisch von den ersten Schritten außerhalb seines Kraftfahrzeuges an erfüllt, qualifiziert sich für den entsprechenden Nachteilsausgleich auch dann, wenn er gezwungenermaßen auf diese Weise längere Wegstrecken zurücklegt. Der gleichzustellende Personenkreis beschränkt sich daher auf Schwerbehinderte, deren Gehfähigkeit in ungewöhnlich hohem Maß eingeschränkt ist und die sich nur unter ebenso großen körperlichen Anstrengungen fortbewegen können wie die in Abschnitt II Nr 1 Satz 2 Halbsatz 1 zu § 46 Abs 1 Nr°11 VwV-StVO einzeln aufgeführten Vergleichsgruppen."

Das BSG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass für eine weite Auslegung im Rahmen der Prüfung der gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen kein Raum ist. So hat es beispielsweise im Urteil vom 03.02.1988, Az.: [9/9a RVs 19/86](#), Folgendes festgehalten:

"Der Nachteilsausgleich soll allein die neben der Personenkraftwagenbenutzung unausweichlich anfallende tatsächliche Wegstrecke soweit wie möglich verkürzen. Dies bedeutet zugleich, daß der Personenkreis eng zu fassen ist. Denn mit der Ausweitung des Personenkreises steigt nicht nur die Anzahl der Benutzer, dem an sich mit einer Vermehrung entsprechender Parkplätze begegnet werden könnte. Mit jeder Vermehrung der Parkflächen wird aber dem gesamten Personenkreis eine durchschnittlich längere Wegstrecke zugemutet, weil ortsnaher Parkraum nicht beliebig geschaffen werden kann. Auch hier ist bei einer an sich vielleicht wünschenswerten Ausweitung des begünstigten Personenkreises zu bedenken, daß dadurch der in erster Linie zu begünstigende Personenkreis wieder benachteiligt würde."

Der Maßstab zur Gleichstellung muss sich daher strikt an dem der einschlägigen Regelung vorangestellten Obersatz - Schwerbehinderte mit außergewöhnlicher Gehbehinderung - orientieren (vgl. BSG, Urteile vom 03.02.1988, Az.: [9/9a RVs 19/86](#), vom 13.12.1994, Az.: [9 RVs 3/94](#), vom 10.12.2002, Az.: [B 9 SB 7/01 R](#), und vom 29.03.2007, Az.: [B 9a SB 1/06 R](#)). Das BSG vertritt damit unzweifelhaft die Auffassung, dass eine erweiternde Auslegung der hier maßgeblichen straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften nach dem Zweck des Schwerbehindertenrechts nicht zulässig ist (vgl. BSG vom 03.02.1988, [9/9a RVs 19/86](#); Urteil des Senats vom 27.05.2010, Az.: [L 15 SB 155/07](#)).

Der Senat hat bereits im Urteil vom 28.02.2013, Az.: [L 15 SB 113/11](#), erläutert, dass es ihm nicht völlig abwegig erscheinen würde, die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG mit nicht ganz so großer Strenge zu sehen, wie dies das BSG macht, und dies wie folgt begründet:

"Zum einen hält der Senat das für die sehr strenge Auslegung des BSG tragende Argument, dass eine Erweiterung des Personenkreises eine Vermehrung der Parkflächen erfordern würde, was für den berechtigten Personenkreis eine durchschnittlich längere Wegstrecke zur Konsequenz hätte, weil ortsnaher Parkraum nicht beliebig geschaffen werden könne, nicht für zwingend. Denn dass verkehrstechnische, straßenverkehrsrechtliche oder baurechtliche Gründe einer Ausweisung von weiteren Behindertenparkplätzen an den erforderlichen Stellen regelmäßig entgegen stehen würden, ist so nicht erkennbar. Allein aufgrund des demographischen Wandels und der Alterstruktur behinderter Menschen in der Zukunft ist im Übrigen zwingend damit zu rechnen, dass die Zahl der Inhaber des Merkzeichens aG steigen wird und mehr Behindertenparkplätze eingerichtet werden müssen. Zum anderen lässt sich aus den in Ziff. 130 VwV-StVO aufgezählten Regelbeispielen nicht der zwingende Schluss ableiten, dass bei der Bestimmung der gleichgestellten Behinderten im Sinne der Ziff. 130 VwV-StVO ein so strenger Maßstab anzulegen ist, wie ihn das BSG zugrunde legt. Denn auch bei den Regelbeispielen sind durchaus Fälle denkbar, in denen der Behinderte trotz seines Leidens nicht so stark beeinträchtigt wäre, dass er sich praktisch von den ersten Schritten außerhalb seines Kraftfahrzeuges an (vgl. BSG, Urteile vom 29.03.2007, Az.: [B 9a SB 5/05 R](#), und vom 10.12.2002, Az.: [B 9 SB 7/01 R](#)) dauernd nur mit fremder Hilfe oder nur mit großer Anstrengung bewegen kann. Der Senat hat hier den - zugegebenermaßen - extremen Fall des beidseitig unterschenkelamputierten südafrikanischen Sprinters Oscar Pistorius vor Augen, der trotz seiner Behinderung, die ihm das Merkzeichen aG eröffnen würde, sowohl bei den Weltmeisterschaften 2011 als auch bei den olympischen Sommerspielen 2012 gestartet ist.

Derartigen Überlegungen ist das BSG jedoch bereits mit Urteil vom 10.12.2002, Az.: [B 9 SB 7/01 R](#), entgegen getreten, in dem es ausgeführt hat:

"Da der Kläger nicht zu einer der in der VV beispielhaft aufgeführten Gruppen von schwerbehinderten Menschen gehört, kann er nach den Kriterien dieser Norm nur dann als außergewöhnlich gehbehindert angesehen werden, wenn er diesem Personenkreis gleichzustellen ist. Für eine solche Gleichstellung hat der erkennende Senat in ständiger Rechtsprechung den folgenden Maßstab entwickelt: Ein Betroffener ist gleichzustellen, wenn seine Gehfähigkeit in ungewöhnlich hohem Maße eingeschränkt ist und er sich nur unter ebenso großen Anstrengungen wie die in Nr°11 Abschnitt II 1 Satz 2 1. Halbsatz aufgeführten Schwerbehinderten oder nur noch mit fremder Hilfe fortbewegen kann (BSG SozR 3-73870 § 4 Nr 23). Im Einzelfall scheint es sich allerdings nur schwer entscheiden zu lassen, wann diese Forderung erfüllt ist. Denn bei den beispielhaft aufgeführten schwerbehinderten Menschen mit Querschnittslähmung oder Gliedmaßenamputationen handelt es sich in Bezug auf ihr Gehvermögen offenbar nicht um einen homogenen Personenkreis. Es erscheint sogar möglich, dass einzelne Vertreter dieser Gruppen auf Grund eines günstigen Zusammentreffens von gutem gesundheitlichen Allgemeinzustand, hoher körperlicher Leistungsfähigkeit und optimaler prothetischer Versorgung ausnahmsweise nahezu das Gehvermögen eines Nichtbehinderten erreichen, was namentlich bei körperlich trainierten Doppelunterschenkelamputierten mit Hilfe moderner Orthopädietechnik der Fall sein mag (sodass diese nicht einmal als erheblich beeinträchtigt in ihrer Bewegungsfähigkeit im Straßenverkehr anzusehen wären.

Solche Besonderheiten sind nicht geeignet, den Maßstab zu bestimmen, nach dem sich die Gleichstellung anderer schwerbehinderter Menschen mit dem beispielhaft aufgeführten Personenkreis richtet. Denn entweder handelt es sich bei Personen, die zwar nach der Art der Behinderung zu einer der aufgeführten Gruppen zählen, jedoch tatsächlich die Voraussetzungen des Obersatzes (Bewegung außerhalb des Kraftfahrzeuges nur mit fremder Hilfe oder nur mit großer Anstrengung) nicht erfüllen, um Ausnahmefälle. Dann ist ihre Einbeziehung in den Kreis der Begünstigten unter dem Gesichtspunkt der Typisierung zur Verwaltungsvereinfachung hinzunehmen. Oder es hat sich die Gehfähigkeit einer größeren Zahl von Angehörigen einer bestimmten Gruppe, also auch von typischen Vertretern derselben, - etwa durch Fortentwicklung der Orthopädietechnik - so verbessert, dass sie nach dem allgemeinen Maßstab bzw im Vergleich mit anderen genannten Personengruppen nicht als außergewöhnlich gehbehindert angesehen werden können. Dann ist ihre (weitere) beispielhafte Nennung in der VV zu Unrecht erfolgt. In diesem Fall könnte die betreffende Gruppe nicht mehr im Rahmen der Gleichstellung anderer behinderter Menschen zu Vergleichszwecken herangezogen werden. Der Maßstab zur Gleichstellung nicht genannter Gehbehinderter muss sich mithin strikt an dem der einschlägigen Regelung vorangestellten Obersatz orientieren. Diese Personen können sich insbesondere nicht auf die Gehfähigkeit prothetisch gut versorgter Doppelunterschenkelamputierter berufen. In diesem Sinne ist auch die Bemerkung des Senats zu verstehen, dass es bei den aufgeführten Behindertengruppen grundsätzlich nicht auf die prothetische Versorgung ankommt (BSG SozR 3-?3870 § 4 Nr 22 und Urteil vom 27. Februar 2002 - [B 9 SB 9/01 R](#) - Juris)."

Für das Merkzeichen aG ist es daher erforderlich, dass sich der Schwerbehinderte wegen der Schwere seines Leidens praktisch von den ersten Schritten außerhalb seines Kraftfahrzeuges an dauernd nur mit fremder Hilfe oder nur mit großer Anstrengung bewegen kann, wobei dabei ein strenger Maßstab anzulegen ist.

Nicht übersehen werden darf, dass die gesundheitlichen Einschränkungen, die das Merkzeichen aG begründen, dauerhaft vorliegen. Dies ergibt sich aus den oben zitierten VwV-StVO. Auch das BSG weist darauf regelmäßig hin, so z.B. im Urteil vom 29.01.1992, Az.: [9a RVs 4/90](#), wenn es dort Folgendes formuliert hat:

"Eine gleichstarke Beeinträchtigung der Gehfähigkeit besteht bei der Klägerin nicht dauernd. Zwischen den Anfällen, die gelegentlich auftreten, kann sie trotz geringer Gehbehinderung Fußwege ohne außergewöhnliche Anstrengung bewältigen. Das steht nach den Feststellungen des LSG verbindlich fest ([§ 163](#) Sozialgerichtsgesetz ). Während der Anfälle und einige Zeit danach kann sie zwar überhaupt nicht gehen oder nur derart erschwert wie die ausdrücklich genannten Beinbehinderten. Das genügt aber nicht für die Voraussetzung von "aG". Es fehlt am erforderlichen Dauerzustand. Wenn auch bis zu zwanzig Anfälle an einem bestimmten Tag auftreten können, so besteht dieser Krankheitszustand doch nicht ständig. Das ist zwischen den Beteiligten nicht streitig, mag auch das LSG nicht ausdrücklich aus der Bekundung des Sachverständigen übernommen haben, daß die Anfälle zeitweilig in Wochen- und Monatsabständen auftreten. Falls in Zukunft, was in der mündlichen Verhandlung - für diesen Rechtsstreit unbeachtlich - vorgetragen worden ist, die Klägerin wegen gleichbleibender Häufigkeit der Anfälle ständig auf einen Rollstuhl angewiesen sein sollte, käme eine Gleichstellung in Betracht. Wegen der bisherigen Möglichkeit von Anfällen ist die Klägerin nicht Querschnittsgelähmten gleichzustellen, die ebenfalls nicht laufen können, sondern mit einem Rollstuhl fahren müssen. Dieser Zustand besteht bei ihnen dauernd."

Auch der Senat hat sich mit der Frage der Dauerhaftigkeit der Einschränkung bereits in der Vergangenheit, nämlich im Urteil vom 28.02.2013, Az.: [L 15 SB 113/11](#), befasst und dort Folgendes ausgeführt:

"Es gibt unzweifelhaft - auch bei Zugrundelegung des strengen Maßstabs des BSG - Phasen, in denen der Kläger aufgrund unmittelbar zuvor durchgemachter nächtlicher epileptischer Anfälle oder aktueller Hüftbeschwerden, ggf. auch wegen Kombination beider Leiden, so in seinem Gesundheitszustand geschwächt ist, dass er sich an einzelnen Tagen nur mit fremder Hilfe oder nur mit großer Anstrengung ab den ersten Schritten außerhalb eines Kraftfahrzeuges bewegen kann. Jedoch sind diese Phasen nicht von Dauer. Sogar nach den Angaben der Mutter, die dem Kläger, wie sich z.B. dem Bericht der Mutter-Kind-Kur vom Sommer 2009 entnehmen lässt, weniger zuzutrauen scheint, als ihm tatsächlich möglich ist, und daher die tatsächlich vorliegenden Einschränkungen eher über- als unterbewerten dürfte, kann nicht von einer dauerhaften so massiven Einschränkung der Gehfähigkeit ausgegangen werden, wie sie für das Merkzeichen aG erforderlich wäre. So ist den Angaben der Mutter zu entnehmen, dass der Kläger ihrer Einschätzung nach maximal zwei Wochen im Monat auf einen Rollstuhl angewiesen ist. Von einer Dauerhaftigkeit kann dabei noch nicht die Rede sein. Auch wenn sich das BSG noch nicht explizit dazu geäußert hat, wann von einer dauernden Einschränkung gesprochen werden kann, kann dies jedenfalls bei einer zeitlich häufigen Einschränkung mit Sicherheit noch nicht der Fall sein."

### 3. Beurteilung im vorliegenden Fall

Bei Beachtung der oben aufgezeigten rechtlichen Vorgaben und der vom BSG aufgestellten Maßstäbe sowie bei Berücksichtigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme kommt der Senat zu dem Ergebnis, dass in der Person des Klägers die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG bis heute nicht nachgewiesen sind.

#### 3.1. Zugrunde zu legender Gesundheitszustand des Klägers

Bei dem zugrunde zu legenden Gesundheitszustand des Klägers stützt sich der Senat zum einen auf das überzeugend, eingehend und nachvollziehbar begründete Gutachten des erfahrenen orthopädischen Sachverständigen Dr. L. im sozialgerichtlichen Verfahren, der die beim Kläger vorliegenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen vollständig erfasst und ihre Auswirkungen auf die Gehfähigkeit des Klägers zutreffend gewürdigt hat. Er hat alle Gesichtspunkte sehr ausführlich bedacht und abgewogen. Der Senat macht sich diese sachverständigen Feststellungen zu eigen.

Zum anderen legt der Senat seiner Beurteilung die Angaben des Klägers zugrunde, die dieser in der mündlichen Verhandlung vom 20.05.2014 gemacht hat. Er hält diese Angaben für glaubhaft. Der Kläger hat bei seinen Angaben für den Senat zweifelsfrei den Eindruck gemacht, seine Beschwerden wahrheitsgemäß darzustellen. Eine Tendenz zur Übertreibung ist für den Senat ausgeschlossen. Vielmehr hat der Senat den Eindruck gewonnen, dass der Kläger Wert nicht nur darauf legt, dass er körperlich fit bleibt, soweit ihm dies mit seiner Behinderung möglich ist, sondern insbesondere auch darauf, dass er von seiner Umwelt nicht als so stark behindert wahrgenommen wird, wie dies die Höhe des GdB vermitteln könnte. Dabei verkennt der Senat nicht, dass der Kläger mit der Darstellung eines möglichst schlechten Gesundheitszustands gegenüber dem Senat die Möglichkeit sehen könnte, sich die angestrebten Vorteile des Merkzeichens aG

zu verschaffen. Der Senat schließt es wegen des in der mündlichen Verhandlung gewonnenen Eindrucks vom Kläger aus, dass dieser in dieser Weise vorgehen würde. Die aktuellen Angaben des Klägers werden bestätigt durch die Angaben des behandelnden Orthopäden Dr. C. vom Februar 2014. Sie stellen auch keinen Widerspruch dar zu den Angaben des Klägers bei der Untersuchung durch Dr. L. und dessen Feststellungen. Auch Dr. L. ist von einem wechselnden Beschwerdebild am Oberschenkelstumpf ausgegangen. Dass der bei Dr. L. festgestellte Befund vergleichsweise positiv war, jetzt aber von einem schlechteren Durchschnittszustand auszugehen ist, ist mit dem wechselnden Beschwerdebild und zudem damit zu erklären, dass sich nach den Angaben des Klägers, wie sie dieser glaubhaft in der mündlichen Verhandlung gemacht hat, der Gesundheitszustand im Amputationsbereich seit einigen Monaten verschlechtert hat. Auch der behandelnde Orthopäde hat im Übrigen eine derartige Verschlechterungstendenz beschrieben.

Der Senat hat daher die Überzeugung gewonnen, dass es dem Kläger aufgrund diverser Stumpfbeschwerden, die auch objektiv belegt sind, seit Jahresbeginn 2014 nur an rund 15 Tagen möglich war, die Prothese einigermaßen beschwerdefrei zu benutzen. Wenn der Kläger angegeben hat, dass er die Prothese noch an weiteren Tagen - bis auf 31 Tage - genutzt habe, dabei aber erhebliche Beschwerden gehabt habe, ist dies nach der Überzeugung des Senats allein dem Umstand geschuldet, dass der Kläger erfolgreich im Berufsleben steht und damit faktischen Zwängen unterliegt sowie in seinem Verhalten eine nicht unbedeutende Härte gegen sich selbst an den Tag legt. Dies bedeutet, dass die Benutzung der Prothese an den Tagen mit nicht unerheblichen Stumpfbeschwerden objektiv betrachtet nicht zumutbar war und damit nicht zu Lasten des Klägers berücksichtigt werden darf, wenn es um die Frage der Prothesenbenutzbarkeit bei der Prüfung der gesundheitlichen Voraussetzungen des Merkzeichens aG geht. Bei dieser Bewertung der Tatsachen befindet sich der Senat in Einklang mit der Rechtsprechung des BSG. So hat dieses im Urteil vom 17.12.1997, Az.: [9 RVs 16/96](#), die Regelfallgruppe der Doppelunterschenkelamputierten, die bei guter prothetischer Versorgung vergleichsweise wenig in der Gehfähigkeit eingeschränkt sind, damit gerechtfertigt, dass "eine große Zahl dieser Personengruppe häufig unter Stumpfbeschwerden leidet und dann in der Fortbewegungsfähigkeit aufs Schwerste behindert ist."

Für das BSG war also der Gesichtspunkt der Stumpfbeschwerden, die der Benutzung einer Prothese entgegen stehen oder sie erheblich erschweren, ein durchaus gewichtiger Gesichtspunkt.

Der Senat kommt daher nach Abwägung aller Gesichtspunkte zu dem Ergebnis, dass dem Kläger aufgrund einer zwischenzeitlich seit der Begutachtung eingetretenen Verschlechterung die Benutzung der Prothese lediglich an knapp über 10 v.H. der Tage möglich ist. Dabei geht der Senat von einem Dauerzustand im Sinn des [§ 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX](#) aus, da nichts darauf hindeutet, dass der bisher im Jahr 2014 vorliegende Zustand ein vorübergehender wäre und eine Hoffnung auf Besserung besteht (vgl. BSG, Urteil vom 12.04.2000, Az.: [B 9 SB 3/99 R](#)).

### 3.2. Einschränkung der Gehfähigkeit

Eine so weit gehende Einschränkung der Gehfähigkeit, wie sie für die Feststellung der gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG erforderlich wäre, liegt nicht vor.

#### 3.2.1. Einschränkung der Gehfähigkeit bei Benutzbarkeit der Prothese

In den Zeiten, in denen der Kläger die Prothese (zumutbar) benutzen kann, sind die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG deutlich nicht erfüllt.

In diesen Zeiten ist weder ein Regelbeispiel erfüllt, da der Kläger als einseitig Oberschenkelamputierter das Kunstbein tragen kann, noch ein Fall der Gleichstellung gegeben, da die Gehbehinderung deutlich geringer ist als bei den Regelbeispielen.

Der Gang des Klägers war bei der Untersuchung durch Dr. L. bei angelegter Prothese fördernd ohne wesentliches Prothesenhinken. Diese gute Gehfähigkeit ist durch die Funktionsweise der vom Kläger verwendeten Prothese zu erklären, die über eine mikroprozessor-regulierte Hydraulik gesteuert wird. Dieses System ermöglicht es dem Prothesenträger, sich unbeschwert zu bewegen, ohne ständig an die Prothese denken zu müssen. Das System stellt sich automatisch auf die vorliegenden Umstände ein.

Zwar hat der Kläger am Stumpfe mehrere Narben; ein Geschwürsleiden war aber zum Zeitpunkt der Untersuchung durch Dr. L. auszuschließen, ebenso konnte der Gutachter ein Stumpfneurinom nicht tasten, der Stumpf selbst war ausreichend weichteilgedeckt. In einem solchen Zustand mag die Benutzung der Prothese zwar nicht völlig beschwerdefrei sein. Die Einschätzung des Sachverständigen, der Kläger könne sich ohne fremde Hilfe und ohne große Anstrengung außerhalb seines Kraftfahrzeuges bewegen, ist aber für den Senat in derartigen Phasen weitgehender Beschwerdearmut überzeugend. Die für die Feststellung der gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG erforderlichen massiven gesundheitlichen Einschränkungen sind bei Zugrundelegung dieses vergleichsweise guten Gesundheitszustands nicht nachgewiesen.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Kläger (infolge der Behandlungen der Beinverletzung) an Hepatitis erkrankt ist. Zwar ist die Hepatitis Erkrankung nachweislich gegeben, nicht aber eine daraus resultierende wesentliche Einschränkung der körperlichen Leistungsfähigkeit des Klägers. Dabei stützt sich der Senat zum einen auf die Ausführungen des Sachverständigen Dr. L. ... Dieser hat den Kläger als muskelkräftig-athletischen Mann in ausgezeichneter körperlicher Verfassung beschrieben und nicht feststellen können, dass aufgrund einer anderen Erkrankung als der Amputation der Gesundheitszustand des Klägers relevant reduziert wäre. Auch der Kläger selbst hat bei der Begutachtung nichts zu einer hepatitisbedingten Leistungseinschränkung vorgetragen. Zum anderen haben sowohl der behandelnde Internist, der über "keinerlei gravierende Beschwerden" berichtet hat, als auch der behandelnde Orthopäde, dieser zuletzt am 11.02.2014, nichts zu leistungslimitierenden Erkrankungen mit Ausnahme der Amputation angegeben.

Die Bevollmächtigten des Klägers können auch nicht mit der Behauptung, dass es eine medizinisch belegte Tatsache sei, dass ein Prothesenträger die doppelte Menge an Energie aufwenden müsse, um sich fortbewegen zu können als ein Nichtamputierter, einen Anspruch auf Feststellung der gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG begründen. Auch wenn diese Behauptung zum Energieaufwand zutreffen würde, könnten daraus nicht die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG abgeleitet werden. Denn dies würde in der Konsequenz bedeuten, dass jeder Prothesenträger einen Anspruch auf die Feststellung der gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG hätte. Diese Konsequenz stünde aber in einem eklatanten Widerspruch zu den Vorgaben in den

VwV-StVO und VG, die gerade die Unmöglichkeit der Prothesenbenutzung als Bedingung für das Merkzeichen aG vorgeben.

An dieser Einschätzung ändert auch die vom Kläger in der mündlichen Verhandlung am 20.05.2014 vorgetragene Tatsache nichts, dass ihm im Rahmen der Amputation ein Teil der Oberschenkelmuskulatur entfernt worden sei. Nach den Angaben des Klägers ist dadurch die Fähigkeit, ein nach außen wegrutschendes Bein abzufangen und wieder heranzuziehen, gegenüber dem Regelfall eines Oberschenkelamputierten reduziert. Dies mag bei glatten Verhältnissen möglicherweise einen Nachteil bedeuten. Auf die Bewertung des durchschnittlichen Gehvermögens des Klägers hat dies aber keinen Einfluss. Im Übrigen hat auch der Sachverständige Dr. L. - anders als dies der Kläger in der mündlichen Verhandlung vermutet hat - den Gesichtspunkt der Muskelentfernung bei der sehr sorgfältigen und umfassenden Beurteilung der Gehfähigkeit des Klägers in seine Erwägungen einbezogen (vgl. die Ausführungen zu den Beschwerdeangaben auf S. 3 Mitte des Gutachtens vom 23.10.2012).

### 3.2.2. Einschränkung der Gehfähigkeit bei Unbenutzbarkeit der Prothese wegen Stumpfbeschwerden

In den Zeiten der Unbenutzbarkeit der Prothese wegen Stumpfbeschwerden liegt ein Zustand vor, der als Regelbeispiel ("einseitig Oberschenkelamputierte Menschen, die dauernd außerstande sind, ein Kunstbein zu tragen") der VwV-StVO und der VG (dort Teil D Nr. 3 a) die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG begründen würde.

### 3.2.3. Dauerzustand

In der Person des Klägers fehlt es an dem für die Feststellung der gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG erforderlichen Dauerzustand, da er noch an knapp über 10 v.H. der Tage eine Prothese benutzen kann.

Sowohl die VwV-StVO ("dauernd") als auch die VG ("ständig") verlangen für die Feststellung der gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG, dass es sich bei dem Zustand, der die Zuerkennung des Merkzeichens rechtfertigt, hier der Unbenutzbarkeit einer Prothesenbenutzung bei einseitiger Oberschenkelamputation, um einen Dauerzustand handelt.

Was unter einem Dauerzustand zu verstehen ist, haben weder der Ordnungsgeber in den VG noch das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung in den VwV-StVO näher erläutert oder präzisiert. Auch das BSG hat die Begriffe "dauernd" und "ständig" bislang noch nicht explizit weitergehend erläutert. Lediglich dem Urteil vom 17.12.1997, Az.: [9 RVs 16/96](#), kann der Hinweis darauf entnommen werden, dass das BSG von einem Dauerzustand auszugehen scheint, wenn eine Prothese nie benutzt werden kann. Denn das BSG hat ausdrücklich die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG bei einseitig Oberschenkelamputierten nur dann als gegeben erachtet, "wenn sie nicht prothetisch versorgt werden können."

Daraus und aus der Tatsache, dass die Rechtsprechung des BSG im Bereich des Merkzeichens aG durchweg - auch vor dem Hintergrund nur beschränkt zur Verfügung stehender Behindertenparkplätze - sehr streng ist, und den Hinweisen im oben (vgl. Ziff. 2) zitierten Urteil des BSG vom 29.01.1992, Az.: [9a RVs 4/90](#), das nach wie vor seine Gültigkeit hat und vom dem das BSG bis heute nicht abgewichen ist, kann der Senat nur den Schluss ziehen, dass es sich bei der Prothesenunbenutzbarkeit um einen Dauerzustand im allgemeinen Sprachgebrauch handeln muss. So gibt der Duden als Synonym für beide Wörter u.a. dauerhaft, ununterbrochen, ohne Unterbrechung und pausenlos an. Dies bedeutet, dass von einem Dauerzustand erst dann ausgegangen werden kann, wenn tatsächlich die gesamte Zeit eine Unbenutzbarkeit der Prothese - und dies ohne Pause - gegeben ist.

Der Senat hat Bedenken, dass sich die aufgezeigte äußerst strenge Auslegungsweise in allen Fällen aufrecht erhalten lässt. Er hat dabei beispielsweise den - zugegebenermaßen konstruierten - Extremfall vor Augen, dass der einseitig Oberschenkelamputierte in sechs Monaten nur an einem einzigen Tag seine Prothese benutzen kann. In einem derartigen Fall die Feststellung der gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG zu verweigern, erscheint dem Senat unter dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz des [Art 3 Abs. 1](#) Grundgesetz fragwürdig. Der Senat hält es daher für vertretbar, aber auch geboten, auch dann noch von einem Dauerzustand auszugehen, wenn die Phasen der Prothesenbenutzbarkeit so selten oder zeitlich so kurz ausgeprägt sind, dass diese so weit in den Hintergrund treten, dass bei objektiver Betrachtung von einem nennenswerten Zeitanteil einer Prothesenbenutzbarkeit nicht mehr ausgegangen werden kann.

Bei einem Zeitanteil von knapp über 10 v.H., von dem beim Kläger auszugehen ist, kann nach der Auffassung des Senats nicht mehr von einem nicht nennenswerten Zeitanteil ausgegangen werden, sodass in der Person des Klägers die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG nicht festzustellen sind.

### 3.2.4. Keine Gleichstellung

Eine Gleichstellung kommt nicht in Betracht.

Das Problem der fehlenden Dauerhaftigkeit der Prothesenunbenutzbarkeit, das hier nach der Auffassung des Senats der Annahme eines Regelbeispiels entgegen steht, kann nicht zu Gunsten des Klägers dadurch umgangen werden, dass von einem Fall der Gleichstellung ausgegangen würde. Denn auch in den Fällen der Gleichstellung muss die Einschränkung der Gehfähigkeit, die die Feststellung der gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG erlaubt, dauerhaft sein. Mit der Gleichstellung soll lediglich ermöglicht werden, funktionellen Einschränkungen bei der Gehfähigkeit Rechnung zu tragen, die nicht bereits von den Regelbeispielen erfasst sind, aber in vergleichbarer Weise wie bei diesen die Fortbewegung einschränken. Dies bedeutet, dass über die Gleichstellung nicht eine zeitliche Reduzierung der Dauerhaftigkeit der Einschränkung der Fortbewegungsfähigkeit erreicht werden kann.

### 3.3. Beruflich bedingtes Bedürfnis auf Merkzeichen aG

Berufliche Aspekte sind bei der Feststellung der gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG ohne Bedeutung.

Sofern der Kläger vorträgt, auf das Merkzeichen aG besonders angewiesen zu sein, um seiner beruflichen Tätigkeit unter zumutbaren

Bedingungen nachgehen zu können, ist dies ein rechtlich unbeachtlicher Gesichtspunkt. Beim Merkzeichen aG kommt es - wie bei den anderen Merkzeichen auch (vgl. zum Merkzeichen RF: Urteil des BSG vom 03.06.1987, Az.: [9a RVs 27/85](#)) - ausschließlich auf die gesundheitlichen Voraussetzungen in der Person des Behinderten an, nicht aber auf seine konkreten Berufs- oder Wohnumstände. Denn mit Merkzeichen sollen allein behinderungsbedingte Nachteile, nicht aber sich erst in einem Zusammenwirken mit anderen besonderen Umständen ergebende Nachteile ausgeglichen werden. Auch wenn es der Senat aufgrund der Angaben des Klägers zu der Parkplatzsituation an der Arbeitsstelle durchaus nachvollziehen kann, dass ihm das Merkzeichen aG eine nicht unerhebliche Erleichterung verschaffen würde, kann dies kein rechtlich relevanter Gesichtspunkt sein.

#### 3.4. Kein "prophylaktisches" oder "präventives" Merkzeichen aG wegen Sturzgefahr

Aus prophylaktischen oder präventiven Gründen können die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG nicht festgestellt werden.

Der Kläger argumentiert, für einen Anspruch auf die Feststellung der gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG spreche die Sturzgefahr. Diese Argumentation kann in zwei Richtungen gedeutet werden: Zum einen könnte damit gemeint sein, dass die Sturzgefahr so hoch sei, dass er sich vernünftigerweise nur noch im Rollstuhl fortbewegen könne. Zum anderen könnte die Argumentation auch darin bestehen, dass der Kläger damit auf die aus der Sturzgefahr resultierende Gefahr der Verschlechterung des Gesundheitszustands - im schlimmsten Fall soweit, dass dann die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG erfüllt sind - und darauf, dass es ihm nicht zugemutet werden könne, solange zu warten, hinweisen möchte. Beides kann aber dem Kläger bei der Prüfung der gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG nicht zum Erfolg verhelfen.

##### 3.4.1. Kein Merkzeichen aG zur Vermeidung eines zukünftigen Eintritts der gesundheitlichen Voraussetzungen wegen potentieller Stürze

Die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG können nie damit begründet werden, dass durch eine Vorabfeststellung dieser Voraussetzungen verhindert werden könnte, dass sich die ansonsten nicht fernliegende Gefahr einer Verschlechterung des Gesundheitszustands dahingehend, dass dann die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG erfüllt wären, realisieren wird.

Prophylaktische oder präventive Gründe sind nach der Auffassung des Senats bei der Feststellung der gesundheitlichen Voraussetzungen des Merkzeichens aG grundsätzlich keine rechtlich maßgeblichen Gesichtspunkte.

Im Urteil vom 11.03.1998, Az.: [B 9 SB 1/97 R](#), hat sich das BSG mit der Frage auseinander gesetzt, inwieweit ein erst bevorstehendes Krankheitsstadium die Zuerkennung des Merkzeichens aG rechtfertigen kann. Es hat dabei ausgeführt:

" ... Das Schwerbehindertenrecht soll den Behinderten Hilfen bei der Integration in ein normales Leben bieten und behinderungsbedingte Defizite dort, wo es möglich ist, ausgleichen. Dieser Sinn und Zweck der Regelungen legt es nahe, einen Nachteilsausgleich ausnahmsweise schon dann zuzuerkennen, wenn der Nachteil, der ausgeglichen werden soll, bereits unmittelbar droht und sein Eintritt nur durch ein entsprechendes Verhalten des Schwerbehinderten (hier: Verzicht auf jedes überflüssige Gehen) zeitlich hinausgezögert werden kann. Für die Zuerkennung des Merkzeichens "aG" bedeutet dies: Der Schwerbehinderte hat bereits dann Anspruch auf das Merkzeichen, wenn die dadurch gebotenen Erleichterungen im Straßenverkehr (zB zusätzliche Parkmöglichkeiten, Ausnahmen von Halteverboten) prophylaktisch ins Gewicht fallen. Dies ist allerdings nicht anzunehmen, solange der Behinderte noch entsprechende Wegstrecken im häuslichen Bereich oder bei sonstiger Gelegenheit zurückzulegen pflegt und - trotz Vorliegen eines progredienten Leidens - unter medizinischen Gesichtspunkten auch zurücklegen darf oder gar soll. Muß dagegen der Behinderte zur Vermeidung einer weiteren sonst alsbald eintretenden erheblichen Verschlimmerung das Gehen in allen Lebensbereichen so weit wie irgend möglich einschränken, so ist auch die Einsparung der- ohne die in Abschnitt I angesprochenen Parkerleichterungen zusätzlich anfallenden - Wegstrecken als notwendig anzusehen, dh dem Schwerbehinderten können auch diese Wegstrecken nicht mehr zugemutet werden. In diesem Fall ist er denjenigen gleichzustellen, bei denen wegen des bereits eingetretenen Gesundheitsschadens das Gehen funktionell nicht mehr möglich oder aufs Schwerste beeinträchtigt ist. Von einer so schwerwiegenden Verschlimmerungsgefahr wird man allerdings erst ausgehen können, wenn medizinisch feststeht, daß der Schwerbehinderte zur Vermeidung überflüssiger Gehstrecken in der Regel einen Rollstuhl benutzen soll, um einer alsbaldigen Verschlechterung seines Gesundheitszustandes vorzubeugen."

Der Senat hält diese Entscheidung für nicht systemkonform mit dem Schwerbehindertenrecht und wegen fehlender Verallgemeinerungsfähigkeit für bedeutungslos für weitere Verfahren. Dies hat der Senat - damals im Zusammenhang mit dem Merkzeichen RF - bereits im Urteil vom 19.12.2012, Az.:

[L 15 SB 26/10](#), und später zum Merkzeichen aG im Urteil vom 28.02.2013, Az.: [L 15 SB 113/11](#) wie folgt zum Ausdruck gebracht.

"Auch für das Merkzeichen aG lässt sich nicht überzeugend begründen, warum potentielle Entwicklungen in der Zukunft für die gesundheitlichen Voraussetzungen eines Merkzeichens relevant sein könnten. Genauso wie der GdB stellen auch die Merkzeichen das Abbild einer bereits dauerhaft vorliegenden Gesundheitsstörung dar und können keinen Vorgriff auf eine zukünftige Entwicklung nehmen.

Dass möglicherweise bevorstehende oder als Folgewirkung aus einer bestehenden Behinderung zu erwartende gesundheitliche Beeinträchtigungen bei GdB und Merkzeichen keine Berücksichtigung finden können, ergibt sich nach der Überzeugung des Senats zudem zwingend aus der Legaldefinition der Behinderung in [§ 2 Abs. 1 SGB IX](#), die wie folgt formuliert ist:

"Menschen sind behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Sie sind von Behinderung bedroht, wenn die Beeinträchtigung zu erwarten ist."

Der Gesetzgeber unterscheidet präzise zwischen - bereits vorliegender - Behinderung und Bedrohung von Behinderung, bei der die Behinderung erst in der Zukunft vorliegen wird. Nur Erstere ist nach den straßenverkehrsrechtlichen Vorgaben von Bedeutung. Denn [§ 6 Abs. 1 Nr. 14 StVG](#) ermöglicht nur "die Schaffung von Parkmöglichkeiten für schwerbehinderte Menschen mit außergewöhnlicher Gehbehinderung ...", nicht aber bereits die Schaffung von Parkmöglichkeiten für Menschen, die von einer entsprechenden Behinderung

bedroht sind. Eine erweiternde Auslegung der gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG, wie sie das BSG im Urteil vom 11.03.1998, Az.: [B 9 SB 1/97 R](#), vorgenommen hat, lässt sich daher schwerlich in Einklang mit dem Wortlaut des Gesetzes bringen. Raum für eine erweiternde Auslegung besteht insofern nicht.

Auch die VG liefern den klaren Hinweis, dass zukünftige - zu erwartende bzw. zu befürchtende - Gesundheitsstörungen nicht berücksichtigt werden können. So hat der Ordnungsgeber in den VG Teil A Nr. 2 Buchst. h) ausdrücklich zum Grad der Schädigung (GdS) bzw. GdB, die nach den gleichen Grundsätzen zu bemessen sind (vgl. VG Teil A Nr. 2 Buchst. a)), festgehalten:

"Gesundheitsstörungen, die erst in der Zukunft zu erwarten sind, sind beim GdS nicht zu berücksichtigen."

Irgendeinen Grund, bei der Prüfung der gesundheitlichen Voraussetzungen von Merkzeichen anders vorzugehen als bei der Prüfung des GdB, gibt es nicht.

Diese Einschätzung des Senats - nämlich die Unbeachtlichkeit der Sturzgefahr und der daraus resultierenden Gefahr des Eintritts der gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG - entspricht im Übrigen auch - mit der einzigen Ausnahme des oben genannten Urteils vom 11.03.1998 - durchweg der Rechtsprechung des BSG. So hat das BSG in den bereits oben zitierten Urteilen vom 13.12.1994 und 29.01.1992 der Sturz- und dadurch bedingten Verschlimmerungsgefahr nicht die geringste rechtliche Bedeutung zu Teil werden lassen, obwohl sich dies - noch viel mehr als im hier zu entscheidenden Fall - aufgedrängt hätte. So stand in beiden Fällen ein Anfallsleiden im Raum, bei dem jederzeit - also auch tagsüber - und dies völlig überraschend ohne Vorankündigung mit Anfällen samt der damit einhergehenden Gefahr einer dadurch bedingten weiteren Verschlechterung des Gesundheitszustands bis hin zu einem Zustand, wie der dem Merkzeichen aG entspricht, zu rechnen war. Das BSG hat dies gesehen und im Urteil vom 29.01.1992, Az.: [9a RVs 4/90](#), Folgendes dazu ausgeführt:

"Die dauernde Gefahr des Eintretens einer außergewöhnlichen Gehunfähigkeit ist nicht einem Fortbestehen derselben gleichzuachten, wenn der Zweck der Parkvergünstigung berücksichtigt wird. Gefährdungen dieser Art bestehen bei zahllosen Behinderten mit hirnorganischen Anfallsleiden sowie bei unzähligen Personen mit anderen Erkrankungen, die gelegentlich zu einem anfallsartigen Zusammenbruch führen. Diese Personen können die notwendigen Wegstrecken zwischen dem vorschriftsmäßig abgestellten Kraftfahrzeug und ihrem jeweiligen Ziel zurücklegen, wenn auch manche unter Umständen mit gewissen Mühen. Wenn die Parkvergünstigung auf sie ausgedehnt würde, widerspräche das dem dargelegten Zweck der Ausnahmegenehmigung."

Und weiter:

"Wegen der Gefahr jener Notfälle mag die Klägerin auf ständige Begleitung angewiesen sein. Dieser Bedarfslage hat der Beklagte durch die Feststellung der Voraussetzungen für das Merkzeichen "B" sachgemäß entsprochen (§ 3 Abs 2 Satz 1 Nr 1 Ausweisverordnung)."

Ähnlich hat sich das BSG auch im Urteil vom 13.12.1994, Az.: [9 RVs 3/94](#), geäußert und erläutert, dass Sinn und Zweck des Merkzeichens aG nicht ist, der Begleitperson, deren Erforderlichkeit bereits durch die Feststellung der gesundheitlichen Voraussetzungen des Merkzeichens B Rechnung getragen ist, eine weitere Erleichterung zu verschaffen:

"Wohl kann er nicht selbständig gehen, ohne sich und andere Verkehrsteilnehmer an Leib und Leben zu gefährden. Die gewünschte Parkerleichterung wäre ihm aber keine Hilfe, sein Ziel ungefährdet zu erreichen. Auch auf dem verkürzten Weg müsste er überwacht und geleitet werden. Die durch den Nachteilsausgleich "aG" vermittelten Parkvergünstigungen würden allerdings der Begleitperson ihre Aufgabe erleichtern, weil sie den Kläger nur auf einem verkürzten Weg zu überwachen und zu leiten hätte. Das ist aber nicht Sinn dieses Nachteilsausgleichs."

Sofern das BSG in der vorgenannten Entscheidung den Gesichtspunkt der Fremd- bzw. Selbstgefährdung bei der Prüfung der gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG in dem Ausnahmefall für entscheidungserheblich erachtet, wenn eine verantwortungsbewusste Begleitperson den Behinderten wegen der Selbstgefährdung und der Gefährdung anderer nicht mehr führen, sondern regelmäßig nur noch im Rollstuhl bewegen würde, so ist in der Person des Klägers ein solcher Zustand nicht gegeben. Dies ergibt sich auch aus den Angaben der Mutter. So hat diese - wie dargestellt - nur berichtet, den Kläger zeitweise im Rollstuhl fortzubewegen. Von einem regelmäßig oder gar dauerhaft erforderlichen Fortbewegen im Rollstuhl kann hingegen nach ihren eigenen Angaben nicht ausgegangen werden.

Im Übrigen ist die Entscheidung des BSG vom 11.03.1998 auch insofern kaum nachvollziehbar, als das BSG in weiteren Entscheidungen zum Merkzeichen aG, wie bereits oben (siehe Ziff. 2) ausgeführt, durchweg eine enge Auslegung im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen für das Merkzeichen aG verlangt und keinerlei Ansätze gezeigt hat, den im Urteil vom 11.03.1998 enthaltenen Systembruch als Anlass für eine grundsätzliche Kehrtwende zu seiner ständigen Rechtsprechung zum Merkzeichen aG zu nehmen. So hat das BSG beispielsweise später nicht nur im Urteil vom 10.12.2002, Az.: [B 9 SB 7/01 R](#), sondern auch in den Urteilen vom 29.03.2007, Az.: [B 9a SB 5/05 R](#) und [B 9a SB 1/06 R](#), das Erfordernis einer engen Auslegung betont und dabei - sogar wiederholt - Folgendes ausgeführt:

"Dabei ist zu berücksichtigen, dass Parkraum für diejenigen Schwerbehinderten geschaffen werden sollte, denen es unzumutbar ist, längere Wege zu Fuß zurückzulegen (vgl. [BT-Drucks 8/3150, S 9 f](#) in der Begründung zu [§ 6 StVG](#)). Wegen der begrenzten städtebaulichen Möglichkeiten, Raum für Parkerleichterungen zu schaffen, sind hohe Anforderungen zu stellen, um den Kreis der Begünstigten klein zu halten ([BSGE 82, 37, 39 = SozR 3-3870 § 4 Nr 23](#)).

Dies lässt erahnen, dass das BSG ein Institut eines prophylaktischen oder präventiven Merkzeichens aG, an das infolge der Entscheidung vom 11.03.1998 gedacht werden könnte, entweder überhaupt nicht installieren wollte oder jedenfalls nicht weiter verfolgen will."

Abschließend und der Vollständigkeit halber weist der Senat darauf hin, dass auch dann, wenn dem Urteil des BSG vom 11.03.1998, Az.: [B 9 SB 1/97 R](#), gefolgt würde, die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG in der Person des Klägers nicht festzustellen wären. Denn die vom Kläger angegebene Stutzgefahr ist offenbar mehr theoretischer Art. Weder die behandelnden Ärzte in ihren Berichten

noch der Kläger selbst bei der Begutachtung haben eine derartige erhöhte Gefahr oder etwaige Stürze oder Sturzfolgen in der Vergangenheit beschrieben.

3.4.2. Kein Merkzeichen aG wegen einer so hohen Sturzgefahr, dass von einer Rollstuhlspflichtigkeit auszugehen wäre

Es ist im Fall des Klägers nicht nachgewiesen, dass die Sturzgefahr so hoch wäre, dass sich ein Behinderter in seiner Situation vernünftigerweise nur noch im Rollstuhl fortbewegen würde.

Eine Sturzgefahr könnte die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG allenfalls dann begründen, wenn diese Gefahr insbesondere aufgrund der Sturzhäufigkeit so ausgeprägt wäre, dass aus der objektiven und medizinisch begründeten Sicht eines vernünftigen Behinderten, der sich in der gleichen Situation wie der Kläger befindet, der Kläger dauerhaft auf einen Rollstuhl angewiesen wäre. Dies ist hier nicht der Fall.

Der Senat ist sich bewusst, dass auch hier präventive/prophylaktische Erwägungen eine gewisse Rolle spielen. Anders als bei den unter Ziff. 3.4.1. angenommenen Konstellationen steht hier aber nicht die Vermeidung eines Zustands, wie er den gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG entspricht, im Vordergrund, sondern die Tatsache, dass ohne Rollstuhlbenutzung so viele Stürze geschehen, dass die tägliche Gefahr von Verletzungen auf ein unakzeptabel hohes Maß erhöht ist. Es handelt sich hier also um Fälle, bei denen es fast täglich durch Stürze zu Verletzungen kommen kann, nicht um die Frage, ob durch einen einzigen potentiellen Sturz die Realisierung des für das Merkzeichen aG erforderlichen Gesundheitszustands droht.

Das BSG hat sich im Urteil vom 29.01.1992, Az.: [9a RVs 4/90](#), in diesem Zusammenhang wie folgt geäußert:

"Falls in Zukunft ... die Klägerin wegen gleichbleibender Häufigkeit der Anfälle ständig auf einen Rollstuhl angewiesen sein sollte, käme eine Gleichstellung in Betracht. Wegen der bisherigen Möglichkeit von Anfällen ist die Klägerin nicht Querschnittsgelähmten gleichzustellen, die ebenfalls nicht laufen können, sondern mit einem Rollstuhl fahren müssen. Dieser Zustand besteht bei ihnen dauernd."

Zu keiner anderen Einschätzung führt auch das Urteil des BSG vom 11.03.1998, Az.: [B 9 SB 1/97 R](#), wenn dort unter dem Gesichtspunkt der Verschlimmerungsgefahr ausgeführt wird:

"Von einer so schwerwiegenden Verschlimmerungsgefahr" -dass sich daraus ein Anspruch auf Feststellung der gesundheitlichen Voraussetzungen des Merkzeichens aG ergeben würde - "wird man allerdings erst ausgehen können, wenn medizinisch feststeht, daß der Schwerbehinderte zur Vermeidung überflüssiger Gehstrecken in der Regel einen Rollstuhl benutzen soll, um einer alsbaldigen Verschlechterung seines Gesundheitszustandes vorzubeugen

Daraus lässt sich ableiten, dass das BSG erst dann, wenn medizinisch betrachtet zur Gefahrenvermeidung eine Indikation für eine Rollstuhlbenutzung besteht, die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen aG festzustellen sind.

Von einer so großen Sturzgefahr und einer so ausgeprägten Sturzhäufigkeit, dass der Kläger ständig auf einen Rollstuhl angewiesen wäre, kann weder nach seinem eigenen Vortrag noch nach den Angaben seines behandelnden Arztes noch den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen ausgegangen werden.

Die Berufung kann daher keinen Erfolg haben.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Der Senat lässt die Revision nach [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) zu, weil er folgende Fragen für grundsätzlich klärungsbedürftig hält:

1. Kann von einem dauernden Außerstandeseins eines einseitig Oberschenkelamputierten, ein Kunstbein zu tragen, auch dann auszugehen sein, wenn er die Prothese nur noch eine geringe Zeit tragen kann?

2. Wenn Frage 1. bejaht wird - wie hoch darf der Zeitanteil der Benutzbarkeit der Prothese sein, damit er der Feststellung der gesundheitlichen Voraussetzungen des Merkzeichens aG nicht entgegen steht?

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2014-07-11