L 8 SB 2629/16

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Entschädigungs-/Schwerbehindertenrecht
Abteilung
8
1. Instanz
SG Freiburg (BWB)
Aktenzeichen
S 18 SB 559/15
Datum
13.07.2016
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 8 SB 2629/16
Datum
20.07.2018
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Die Berufung der Klägerin gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Freiburg vom 13.07.2016 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt die frühere Feststellung eines höheren Grades der Behinderung (GdB) und die Feststellung des Merkzeichens "aG".

Die 1962 geborene Klägerin beantragte am 01.07.2013 (Blatt 2 VA) beim Landratsamt E. (LRA) erstmals die Feststellung eines GdB ab Antragstellung.

Das LRA zog Befundberichte der behandelnden Ärzte sowie den Entlassungsbericht vom 04.07.2013 (Blatt 16 ff. VA) über die in der Zeit vom 13.06.2013 bis 03.07.2013 in der R.-RehaTagesklinik F. durchgeführte Rehabilitation bei.

Der Versorgungsarzt G. erstattete die versorgungsärztliche Stellungnahme vom 15.10.2013 (Blatt 44 VA) und empfahl die Feststellung eines GdB von 30 unter Berücksichtigung folgender Funktionsbeeinträchtigungen: - Spinalkanalstenose, Versteifung von Wirbelsäulenabschnitten (Einzel-GdB 30) - Speiseröhrengleitbruch (Einzel-GdB 10) - Sehbehinderung, grüner Star (Einzel-GdB 10). Ergänzend wies er darauf hin, dass objektiv keine relevanten neurologischen Ausfälle gegeben seien, es bestehe eine monosegmentale Spondylodese. Schmerzchronifizierung und Erschöpfung seien bereits berücksichtigt.

Gestützt hierauf stellte das LRA mit Bescheid vom 22.11.2013 (Blatt 45 VA) einen GdB von 30 seit dem 01.07.2013 fest und lehnte die Feststellung von Merkzeichen ab, da keine Schwerbehinderteneigenschaft vorliege.

Gegen den Bescheid erhob die Klägerin 11.12.2013 (Blatt 49 VA) Widerspruch und legte die Befundberichte des Facharztes für Anästhesie B. vom 23.01.2014 (Blatt 52 VA) und des Orthopäden Dr. F. vom 24.01.2014 (Blatt 54 VA) vor.

Dr. E. erstattete die versorgungsärztliche Stellungnahme vom 24.03.2014 (Blatt 56 VA) und führte aus, dass die chronische Schmerzstörung mit psychischen Folgen berücksichtigt werden sollte, sodass ein zusätzlicher Einzel-GdB von 20 anzunehmen und der Gesamt-GdB mit 40 festzustellen sei.

Mit Teilabhilfebescheid vom 15.05.2014 (Blatt 57 VA) stellte das LRA einen GdB von 40 seit dem 01.07.2013 fest und wies erneut darauf hin, dass Merkzeichen mangels Schwerbehinderteneigenschaft nicht festgestellt werden könnten.

Mit am 21.05.2014 eingegangenem Schreiben (Blatt 61 VA – vorab Fax vom 16.05.2014) machte die Klägerin die Feststellung des Merkzeichens "aG" geltend und legte das ärztliche Gutachten für die gesetzliche Rentenversicherung des Dr. Dr. S. vom 10.02.2014 (Blatt 70 VA) und die fachärztliche Bescheinigung des Dr. F. vom 21.07.2014 (Blatt 88 VA) vor. Das LRA zog von Dr. H. Fremdbefundberichte bei (Blatt 89 ff. VA).

Dr. E. erstattete die versorgungsärztliche Stellungnahme vom 26.11.2014 (Blatt 99 VA) und führte aus, dass das neu eingereichte fachorthopädische Rentengutachten eine schwere Lumboischialgie mit Fußheberschwäche links und Großzehenheberparese links bei persistierendem Bandscheibenvorfall belege. Die Gehfähigkeit werde auf Seite 71/72 zwar mit "unauffälligem Gangbild" und "Nordic-

Walking" beschrieben, jedoch aufgrund des Berichtes Blatt 88 könne das Merkzeichen G gewährt werden. Zusammenfassend ging er von einem Gesamt-GdB von 50 aus. Dr. B. – versorgungsärztlicher Dienst – vermerkte, dass Blatt 88 unter Bezug auf Blatt 71 nicht glaubhaft sei und für die Spinalkanalstenose nur ein Einzel-GdB von 40 in Betracht komme.

Mit Teilabhilfebescheid vom 10.12.2014 (Blatt 100 VA) stellte das LRA einen GdB von 50 seit dem 01.07.2013 fest und lehnte die Feststellung des Merkzeichens "aG" ab. Hierzu machte die Klägerin geltend (Schreiben vom 17.12.2014, Blatt 103 VA), dass der gesundheitliche Zustand bereits seit Januar/Februar 2013 bestehe. Ferner sei über den geltend gemachten Nachteilsausgleich "aG" zu entscheiden.

Mit Widerspruchsbescheid vom 04.02.2015 (Blatt 105 VA) wies der Beklagte den Widerspruch zurück und führte unter anderem aus, dass in dem Antrag vom 27.06.2013 keine rückwirkende Feststellung des GdB beansprucht worden sei.

Am 10.02.2015 erhob die Klägerin zwei Klagen zum Sozialgericht Freiburg und machte einerseits die Feststellung eines GdB von 50 ab dem 18.02.2013 (S 18 SB 559/15) – korrigiert mit Schriftsatz vom 26.05.2015 (Blatt 16 SG-Akte) auf 12.02.2013 - und andererseits die Feststellung des Merkzeichens "aG" geltend (S 18 SB 560/15). Die Verfahren wurden mit Beschluss vom 20.03.2015 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden (Blatt 11 SG-Akte) und unter dem Aktenzeichen S 18 SB 559/15 fortgeführt.

Das SG holte die sachverständige Zeugenauskunft des Dr. F. vom 24.11.2015 (Orthopädie - Blatt 28/29 SG-Akte) ein.

Die Klage wies das SG mit Gerichtsbescheid vom 13.07.2016 ab und führte zur Begründung aus, dass der Antrag auf Feststellung eines GdB von 50 bereits ab dem 12.02.2013 unzulässig sei, da es an einem Rechtsschutzbedürfnis fehle. Die Feststellung des GdB für die Zeit vor der Antragstellung sei erstmals mit Schriftsatz vom 17.12.2014 geltend gemacht worden, darüber hinaus würde weder die rechtliche, noch die wirtschaftliche Situation der Klägerin verbessert. Die maßgeblichen Nachteilsausgleiche würden durch die Feststellung für die Zeit ab dem 01.07.2013 bereits für das Kalenderjahr 2013 gewährt. Ein Feststellungsinteresse folge auch nicht aus dem Verweis auf einen Arzthaftungsprozess. Die Voraussetzungen für die Feststellung des Merkzeichens "aG" seien nicht gegeben. Dr. F. habe ausgeführt, dass die Klägerin mit gewisser Anstrengung in der Lage sei, 30 bis 40 Meter am Stück ggf. mit Hilfsmitteln zu laufen. Dies sei vor dem Hintergrund nachvollziehbar, dass weiterhin ausgeführt werde, dass die Wirbelsäulenproblematik größere Anstrengungen erfordere, um überhaupt in Bewegung zu kommen. Aus dem Gutachten des Dr. Dr. S. ergebe sich, dass die Klägerin keine orthopädischen Hilfsmittel benutzt habe. Das Gangbild auf einem langen Flur zum Untersuchungszimmer werde als unauffällig beschrieben, sodass die Klägerin gerade nicht von den ersten Schritten an auf die Benutzung eines KfZ oder eines Rollstuhls angewiesen sei. Sie sei vielmehr in der Lage, selbstständig zu gehen.

Gegen den am 15.07.2016 (Blatt 49a) zugestellten Gerichtsbescheid hat die Klägerin am 15.07.2016 Berufung zum Landessozialgericht Baden-Württemberg erhoben. Sie macht geltend, dass ein Rechtschutzbedürfnis für die frühere Feststellung des GdB gegeben sei und jemand, der nur noch 30 bis 40 Meter laufen könne, als außergewöhnlich gehbehindert anzusehen sei. Die Ausführungen des Dr. F. seien nicht nachvollziehbar und wirkten fast schön schikanös gegenüber der eigenen Patientin.

Die Klägerin beantragt, sachdienlich gefasst,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Freiburg vom 13.07.2016 aufzuheben sowie den Bescheid des Beklagten vom 22.11.2013 in der Fassung der Teil-Abhilfebescheide vom 15.05.2014 und 10.12.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 04.02.2015 abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, einen GdB von 50 bereits ab dem 12.02.2013 sowie das Merkzeichen "aG" festzustellen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

Mit Beschluss vom 21.02.2018 hat der Senat den Bevollmächtigten der Klägerin, Rentenberater E., mangels Vertretungsbefugnis im Verfahren nach dem Schwerbehindertenrecht zurückgewiesen.

Der Senat hat die sachverständige Zeugenauskunft des Dr. F. vom 06.05.2018 (Blatt 132/134 Senatsakte) eingeholt.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung gemäß §§ 153 Absatz 1, 124 Absatz 2 SGG einverstanden erklärt.

Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die Verwaltungs- und Gerichtsakte ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung, über die der Senat im Einverständnis der Beteiligten gemäß §§ 153 Absatz 1, 124 Absatz 2 SGG ohne mündliche Verhandlung entscheidet, ist gemäß §§ 143, 144 SGG zulässig, aber unbegründet.

Streitgegenstand des Verfahrens ist der Bescheid des Beklagten vom 22.11.2013 in der Gestalt der Teilabhilfebescheide vom 15.05.2014 und 10.12.2014, diese in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 04.02.2015. Mit dem Bescheid vom 22.11.2013 hat das LRA einen GdB von 30 seit dem 01.07.2013 festgestellt und die Feststellung von Merkzeichen mangels Schwerbehinderteneigenschaft abgelehnt, mit dem Teilabhilfebescheid vom 15.05.2014 ist der GdB mit 40 ab dem 01.07.2013 und mit Teilabhilfebescheid vom 10.12.2014 mit 50 seit dem 01.07.2013 festgestellt worden. Der Senat konnte daher feststellen, dass das LRA, mithin die Ausgangsbehörde, bereits im Ausgangsbescheid über die Feststellung von Merkzeichen (ablehnend) entschieden hat, sodass sich die ausdrückliche Entscheidung über das Merkzeichen aG im Teilabhilfebescheid vom 10.12.2014 als wiederholende Verfügung darstellt. Jedenfalls liegt durch den Teilabhilfebescheid vom 10.12.2014 eine Entscheidung über das Merkzeichen durch das LRA vor. Die anderweitigen Darlegungen des

zurückgewiesenen Bevollmächtigten der Klägerin im Schriftsatz vom 10.02.2015 (S 18 SB 560/15, Seite 1 ff. SG-Akte), die erkennbar allein von gebührenrechtlichen Erwägungen getragen sind, überzeugen nicht. Abgesehen davon, dass bereits der Ausgangsbescheid eine Entscheidung zu der Feststellung von Merkzeichen enthält und der Widerspruch der Klägerin (vgl. Blatt 48 VA) nicht auf die Höhe des GdB beschränkt gewesen ist, erschließt sich nicht, weshalb die Ausgangsbehörde in einem als Teil-Abhilfebescheid überschriebenen Bescheid keine erstmalige Regelung treffen können sollte. Nachdem sich die Klägerin auch gegen diese Regelung gewandt hat (vgl. den Schriftsatz vom 17.12.2014, Blatt 103 VA), ist jedenfalls auch ein Widerspruch gegeben, sodass der Beklagte als Widerspruchsbehörde sowohl über die Höhe des GdB als auch über die Feststellung des Merkzeichens entscheiden konnte. Lediglich eine erstmalige Entscheidung durch die Widerspruchsbehörde, die hier gerade nicht vorliegt, würde ausscheiden.

Dass die Ausführungen des zurückgewiesenen Bevollmächtigten von rein gebührenrechtlichen Erwägungen getragen sind, wird an der Erhebung von zwei Klagen deutlich. Auch wenn mit der Höhe des GdB und der Feststellung von Merkzeichen zwei Streitgegenstände vorliegen, sind doch einheitliche Entscheidungen durch (Teilabhilfe-)Bescheid und Widerspruchsbescheid gegeben, sodass die Erhebung mehrerer Klagen jedenfalls mit der Kostenminderungspflicht nicht vereinbar ist.

Die Klägerin kann eine frühere Feststellung des GdB nicht beanspruchen. Der Senat konnte feststellen, dass die Klägerin im Antrag vom 01.07.2013 eine Feststellung des GdB ab Antragstellung beansprucht hat, mithin also ab dem 01.07.2013. § 152 Absatz 1 Satz 2 SGB IX bestimmt, dass auf Antrag festgestellt werden kann, dass ein Grad der Behinderung oder gesundheitliche Merkmale bereits zu einem früheren Zeitpunkt vorgelegen haben, wenn dafür ein besonderes Interesse glaubhaft gemacht wird. Auch vor der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zum 01.01.2018 entsprach es des der Rechtsprechung des BSG, dass es eines besonderen Interesses an einer früheren Feststellung bedurfte, wobei aus der früheren Feststellung konkrete Vorteile erwachsen müssen, wie z.B. der Bezug einer abschlagsfreien Rente oder die Inanspruchnahme konkreter Steuervorteile. Dabei reichte es nicht aus, derartige Vorteile zu behaupten, vielmehr beinhaltete die Pflicht zur Glaubhaftmachung auch die Verpflichtung, in angemessenem Umfang konkrete Tatsachen zur Erreichbarkeit des angestrebten Vorteils vorzutragen und Belege beizubringen (Goebel in: jurisPK-SGB IX, 3.Auflage 2018, § 152 RdNr. 25 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 16.02.2012 – B 9 SB 1/11 R; BSG, Urteil vom 07.04.2011 – B 9 SB 3/10 R). Abgesehen davon, dass der zurückgewiesene Bevollmächtigte erstmal im Schriftsatz vom 17.12.2014 überhaupt darauf hingewiesen hat, dass die gesundheitlichen Einschränkungen seit Januar/Februar 2013 bestünden, was sinngemäß dahingehend verstanden werden kann, dass eine Feststellung für Zeiten vor dem Antrag begehrt werden soll, sind keine Gesichtspunkte dargetan worden, die ein berechtigtes Interesse erkennen lassen würden. In der Klageschrift wird zwar ausführlich die angebliche Nichterfüllung von Beratungspflichten bemängelt, jedoch nicht dargelegt, welches konkrete Interesse an einer früheren Feststellung hier bestehen sollte. Die Behauptung, dass wenn der GdB zu einem früheren Zeitpunkt festgestellt werde, belegt sei, dass die Funktionsbeeinträchtigungen kausal auf eine Operation zurückzuführen seien, geht schon deshalb fehl, da die GdB-Bewertung unabhängig von der Ursache erfolgt, mithin nicht festgestellt wird, worauf eine ggf. eingetretene Verschlechterung zurückzuführen ist. Eine behauptete Indizwirkung für andere Verfahren allein führt nicht zu einem berechtigten Interesse an der früheren Feststellung. Für ein etwaiges Rentenverfahren der 1962 geborenen Klägerin ist der geltend gemachte Zeitpunkt völlig belanglos.

Rechtsgrundlage für die Feststellung des Merkzeichens aG ist § 152 Absatz 4 SGB IX. Dieser bestimmt, dass wenn neben dem Vorliegen einer Behinderung weitere gesundheitliche Merkmale Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Nachteilsausgleichen sind, die zuständigen Behörden die erforderlichen Feststellungen im Verfahren nach Absatz 1 treffen.

Zu diesen Merkmalen gehört das im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 14 Straßenverkehrsgesetz (StVG) oder entsprechender straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften in den Schwerbehindertenausweis einzutragende Merkzeichen "aG" (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 Schwerbehindertenausweisverordnung).

§ 229 Absatz 3 SGB IX enthält nunmehr die Legaldefinition des Nachteilsausgleichs "außergewöhnlich gehbehindert", die zuvor aufgrund Artikel 3 Nr. 13 des Gesetzes zur Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz vom 23.12.2016) seit 30.12.2016 in § 146 Absatz 3 SGB IX enthalten war.

Nach § 229 Absatz 3 SGB IX sind schwerbehinderte Menschen mit außergewöhnlicher Gehbehinderung Personen mit einer erheblichen mobilitätsbezogenen Teilhabebeeinträchtigung, die einem Grad der Behinderung von mindestens 80 entspricht (Satz 1). Eine erhebliche mobilitätsbezogene Teilhabebeeinträchtigung liegt vor, wenn sich die schwerbehinderten Menschen wegen der Schwere ihrer Beeinträchtigung dauernd nur mit fremder Hilfe oder mit großer Anstrengung außerhalb ihres Kraftfahrzeuges bewegen können (Satz 2). Hierzu zählen insbesondere schwerbehinderte Menschen, die auf Grund der Beeinträchtigung der Gehfähigkeit und Fortbewegung - dauerhaft auch für sehr kurze Entfernungen - aus medizinischer Notwendigkeit auf die Verwendung eines Rollstuhls angewiesen sind (Satz 3). Verschiedenste Gesundheitsstörungen (insbesondere Störungen bewegungsbezogener, neuromuskulärer oder mentaler Funktionen, Störungen des kardiovaskulären oder Atmungssystems) können die Gehfähigkeit erheblich beeinträchtigen (Satz 4). Diese sind als außergewöhnliche Gehbehinderung anzusehen, wenn nach versorgungsärztlicher Feststellung die Auswirkung der Gesundheitsstörungen sowie deren Kombination auf die Gehfähigkeit dauerhaft so schwer ist, dass sie der unter Satz 1 genannten Beeinträchtigung gleichkommt (Satz 5).

Nach der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drucks. 18/9522 zu Nr. 13 (§146) Seite 318) kann beispielsweise bei folgenden Beeinträchtigungen eine solche Schwere erreicht werden, dass eine erhebliche mobilitätsbezogene Teilhabebeeinträchtigung vorliegt: - zentralnervösen, peripher-neurologischen oder neuromuskulär bedingten Gangstörungen mit der Unfähigkeit, ohne Unterstützung zu gehen oder wenn eine dauerhafte Rollstuhlbenutzung erforderlich ist (insbesondere bei Querschnittlähmung, Multipler Sklerose, Amyotropher Lateralsklerose (ALS), Parkinsonerkrankung, Para- oder Tetraspastik in schwerer Ausprägung), - einem Funktionsverlust beider Beine ab Oberschenkelhöhe oder einem Funktionsverlust eines Beines ab Oberschenkelhöhe ohne Möglichkeit der prothetischen oder orthetischen Versorgung (insbesondere bei Doppeloberschenkelamputierten und Hüftexartikulierten), - schwerster Einschränkung der Herzleistungsfähigkeit (insbesondere bei Linksherzschwäche Stadium NYHA IV), - schwersten Gefäßerkrankungen (insbesondere bei arterieller Verschlusskrankheit Stadium IV), - Krankheiten der Atmungsorgane mit nicht ausgleichbarer Einschränkung der Lungenfunktion schweren Grades, - einer schwersten Beeinträchtigung bei metastasierendem Tumorleiden (mit starker Auszehrung und fortschreitendem Kräfteverfall).

§ 229 Absatz 3 SGB IX normiert mehrere (kumulative) Voraussetzungen: Zunächst muss bei dem Betroffenen eine mobilitätsbezogene

Teilhabebeeinträchtigung bestehen, diese muss einem GdB von mindestens 80 entsprechen. Darüber hinaus muss die mobilitätsbezogene Teilhabebeeinträchtigung auch erheblich sein. Mit der Bezugnahme auf mobilitätsbezogene Teilhabebeeinträchtigungen wollte sich der Gesetzgeber von der Einengung auf orthopädische Gesundheitsstörungen lösen, so dass "keine Fallgestaltung von vornherein bevorzugt oder ausgeschlossen wird, auch nicht dem Anschein nach" (BT-Drs. 18/9522, S. 318). Trotz dieser Ausweitung übernimmt die Neuregelung den bewährten Grundsatz, dass das Recht, Behindertenparkplätze zu benutzen, nur unter engen Voraussetzungen eingeräumt werden darf und verlangt daher auf der zweiten Prüfungsstufe einen - relativ hohen - GdB von wenigstens 80 für die mobilitätsbezogene Teilhabebeeinträchtigung. Dabei ist an den tatsächlich zuerkannten GdB anzuknüpfen (Senatsurteil vom 27.01.2017 - L 8 SB 943/16, juris; sich dem anschließend LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 03.08.2017 - L 6 SB 3654/16 -, sozialgerichtsbarkeit.de).

Die bisherige Rechtslage zum Merkzeichen "aG" ergab sich im Wesentlichen aus Abschnitt 2 Nr. 1 zu § 46 Abs. 1 Nr. 11 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Straßenverkehrsordnung (VwV-StVO) vom 26. Januar 2001 (BAnz S. 1419, berichtigt S. 5206). Ergänzende Vorschriften enthielt bzw. enthält weiterhin Teil D Nr. 3 c Satz 1 der Anlage "Versorgungsmedizinische Grundsätze" (VG) zu § 2 der Verordnung zur Durchführung des § 1 Abs. 1 und 3, § 30 Abs. 1 und § 35 Abs. 1 BVG (Versorgungsmedizin-Verordnung; VersMedV).

Nach Abschnitt II Nr. 1 der VwV-StVO zu § 46 Abs. 1 Nr. 11 StVO sind als schwerbehinderte Menschen mit außergewöhnlicher Gehbehinderung insbesondere 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, 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 aufgrund von Erkrankungen, dem zuvor genannten Personenkreis gleichzustellen sind.

Seit 01.01.2009 ist an die Stelle der bis dahin heranzuziehen "Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit im sozialen Entschädigungsrecht und nach dem Schwerbehindertenrecht" (Teil 2 SGB IX), Ausgabe 2008 (AHP) die Anlage "Versorgungsmedizinische Grundsätze" (VG) zu § 2 der Verordnung zur Durchführung des § 1 Abs. 1 und 3, § 30 Abs. 1 und § 35 Abs. 1 BVG (Versorgungsmedizin Verordnung; VersMedV) getreten.

Zunächst konnte sich der Beklagte hinsichtlich der Voraussetzungen für die Feststellung des Merkzeichens "aG" nach ständiger Rechtsprechung des Senats nicht auf die VG (Teil D Ziff. 3) berufen. Eine gesetzliche Ermächtigung für den Verordnungsgeber, die Grundsätze für die nach dem Schwerbehindertenrecht zu beurteilenden Nachteilsausgleiche durch Verordnung regeln zu können, enthielten nach Auffassung des Senats weder § 30 Abs. 17 BVG in der Fassung bis 30.06.2011 bzw. § 30 Abs. 16 BVG in der ab 01.07.2011 gültigen Fassung, der nicht auf die im Schwerbehindertenrecht im SGB IX geregelten Nachteilsausgleiche verweist (vgl. Dau, jurisPR SozR 4/2009), noch andere Regelungen des BVG. Eine Rechtsgrundlage zum Erlass einer Verordnung über Nachteilsausgleiche war bislang auch nicht in den einschlägigen Vorschriften des SGB IX vorhanden. Die Regelungen der VG zum Nachteilsausgleich aG (und G) waren damit nach ständiger Rechtsprechung des Senats mangels entsprechender Ermächtigungsgrundlage rechtswidrig (vgl. Urteile des Senats vom 23.07.2010 - L 8 SB 3119/08 - und vom 14.08.2009 - L 8 SB 1691/08 -, beide veröff. in juris und sozialgerichtsbarkeit.de; so auch der ebenfalls für Schwerbehindertenrecht zuständige 6. Senat des LSG Baden Württemberg, vgl. stellvertretend Urteil vom 04.11.2010 L 6 SB 2556/09, unveröffentlicht; offen lassend der 3. Senat, vgl. Urteil vom 17.07.2012 L 3 SB 523/12, unveröffentlicht). Rechtsgrundlage waren daher allein die genannten gesetzlichen Bestimmungen und die hierzu nach ständiger Rechtsprechung zulässig anzuwendenden Verwaltungsvorschriften.

Ein Betroffener war danach 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 Nr. 1 Satz 2 1. Halbsatz VwV-StVO aufgeführten schwerbehinderten Menschen oder nur noch mit fremder Hilfe fortbewegen kann (BSG SozR 3-3870 § 4 Nr. 23). Hierbei ist zu beachten, dass die maßgebenden straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften nicht darauf abstellen, 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 noch mit fremder Hilfe oder nur mit großer Anstrengung. Wer diese Voraussetzung - praktisch von den ersten Schritten außerhalb seines Kraftfahrzeuges an und selbst unter Einsatz orthopädischer Hilfsmittel - erfüllt, qualifiziert sich für den entsprechenden Nachteilsausgleich auch dann, wenn er gezwungenermaßen auf diese Weise längere Wegstrecken zurücklegt (vgl. BSG SozR 3-3250 § 69 Nr. 1 und Urteil vom 29.03.2007 - B 9a SB 1/06 R -, juris).

Mit Wirkung zum 15.01.2015 hat der Gesetzgeber in § 70 Abs. 2 SGB IX (aF) eine Verordnungsermächtigung eingeführt und in § 159 Abs. 7 SGB IX eine Übergangsregelung getroffen (eingefügt durch Art. 1a des am 15.01.2015 in Kraft getretenen Gesetzes zum Vorschlag für einen Beschluss des Rates über einen Dreigliedrigen Sozialgipfel für Wachstum und Beschäftigung und zur Aufhebung des Beschlusses 2003/174/EG vom 07.01.2015; BGBl. II S. 15).

§ 70 Abs. 2 SGB IX (aF) in der Fassung vom 07.01.2015 lautete: Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Grundsätze aufzustellen, die für die medizinische Bewertung des Grades der Behinderung und die medizinischen Voraussetzungen für die Vergabe von Merkzeichen maßgebend sind, die nach Bundesrecht im Schwerbehindertenausweis einzutragen sind. Von der Verordnungsermächtigung ist bislang kein Gebrauch gemacht worden.

Nach der ebenfalls am 15.01.2015 in Kraft getretenen Übergangsregelung des § 159 Abs. 7 SGB IX in der Fassung vom 07.01.2015 haben, soweit noch keine Verordnung nach § 70 Abs. 2 erlassen war, die Maßstäbe des § 30 Abs. 1 des Bundesversorgungsgesetzes und der aufgrund des § 30 Abs. 16 des Bundesversorgungsgesetzes erlassenen Rechtsverordnungen entsprechend gegolten. Entsprechendes folgt aus der Übergangsvorschrift des § 241 Absatz 5 SGB IX für die Verordnungsermächtigung nach § 153 Absatz 2 SGB IX, worauf es im Hinblick auf die gesetzliche Normierung in § 229 Absatz 3 SGB IX nicht entscheidungserheblich ankommt.

Nach Auffassung des Senats hat der Gesetzgeber mit der Übergangsregelung des § 159 Abs. 7 SGB IX (aF) ab dem 15.01.2015 wirksam und mit hinreichend bestimmtem Gesetzeswortlaut eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Feststellung des Merkzeichens "aG" geschaffen. Die so geschaffene Rechtsgrundlage für die Feststellung des Merkzeichens "aG" entfaltet jedoch keine Rückwirkung, sondern ist erst ab dem Datum des Inkrafttretens am 15.01.2015 wirksam (Urteil des Senats vom 22.05.2015, - L 8 SB 70/13 -, juris, sozialgerichtsbarkeit.de).

Folglich stellt der Senat für die Zeit bis zum 31.12.2008 auf die AHP, bis 14.01.2015 auf die von der Rechtsprechung für die Feststellung des Merkzeichens "aG" entwickelten Kriterien und für die Zeit ab dem 15.01.2015 auf die in den VG geregelten Kriterien ab. Ab 30.12.2016 gilt die Neuregelung des § 146 Abs. 3 SGB IX und ab 01.01.2018 § 229 Absatz 3 SGB IX, der mangels Übergangsregelung auf alle Ansprüche anzuwenden ist, über die am Tag des Inkrafttretens noch nicht bestandskräftig entschieden wurde.

Die Klägerin kann weder auf Basis der bis zum 30.12.2016 geltenden Regelungen noch aufgrund der Neuregelungen in § 229 Absatz 3 SGB IX (bzw. § 146 SGB IX aF) die Feststellung des Merkzeichens "aG" beanspruchen.

Nach VG D3.b. sind als schwer behinderte Menschen mit außergewöhnlicher Gehbehinderung solche Personen anzusehen, die sich wegen der Schwere ihres Leidens dauern nur mit fremder Hilfe oder nur mit großer Anstrengung außerhalb ihres Kraftfahrzeuges bewegen können. Hierzu zählen Querschnittsgelähmte, Doppeloberschenkelamputierte, Doppelunterschenkelamputierte, Hüftexartikulierte und einseitig Oberschenkelamputierte, 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 aufgrund von Erkrankungen, dem vorstehend aufgeführten Personenkreis gleichzustellen sind. Nach Buchstabe d.) darf die Annahme einer außergewöhnlichen Gehbehinderung 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 Herzschäden mit schweren Dekompensationserscheinungen oder Ruheinsuffizienz sowie Krankheiten der Atmungsorgane mit Einschränkung der Lungenfunktion schweren Grades anzusehen.

Funktionseinschränkungen, die einem Schweregrad entsprechen, wie er bei einen Querschnittsgelähmten oder einem Doppelbeinamputierten gegeben ist, konnte der Senat nicht feststellen.

Gestützt auf die sachverständige Zeugenauskunft des Dr. F. vom 19.11.2015 (Blatt 28 SG-Akte) konnte der Senat das Bestehen eines chronisch-degenerativen LWS-Syndroms bei Zustand nach Dekompression und Spondylodese L5/S1 feststellen. Die Funktion der Wirbelsäule ist deutlich eingeschränkt, bei einem Finger-Boden-Abstand von 30 cm und nicht durchführbarer Reklination und schmerzhafter Rechtsrotation und Lateralflexion. Motorische oder sensible Störungen bestanden nicht. Aus der sachverständigen Zeugenauskunft vom 06.05.2018 (Blatt 132/134 Senatsakte) ergeben sich entsprechende Befunde, bei einem Finger-Boden-Abstand von 50 cm (Untersuchung am 03.06.2016).

Weiter ist das Bestehen einer Varusgonarthrose festzustellen, die Beweglichkeit im Bereich der Kniegelenke wird von Dr. F. für Extension/Flexion mit 0-5-125° angegeben bei Druckschmerz über dem medialen Gelenkspalt mit positiven Innenmeniskuszeichen und retropatellarem Verschiebeschmerz. In der Untersuchung des Dr. Dr. S. vom 10.02.2014 (Blatt 79 VA) werden die Kniegelenke dagegen noch als reizlos und frei beweglich beschrieben, ebenso waren die Sprunggelenke reizlos und frei beweglich. Orthopädische Hilfsmittel wurden nicht benutzt und das Gangbild auf dem langen Flur zum Untersuchungszimmer wird als unauffällig beschrieben.

Dem ärztlichen Befundbericht der Dr. E. vom 26.06.2016 (Blatt 23 Senatsakte) ist eine freie Gehstrecke von 50 m zu entnehmen, Dr. F. beschreibt eine solche von 30 bis 40 m (Blatt 28 SG-Akte). Dem radiologischen Befundbericht vom 06.04.2016 (Blatt 42 Senatsakte) ist ein Residuum eines Bandscheibenprolaps L5/S1, minimal regredient bei vorbekannt fortgeschrittener Osteochondrose L5/S1 mit weiter rückläufiger Aktivierung sowie eine mittelgradige Enge der Neuroforamie zu entnehmen.

Ein auf das schwerste eingeschränktes Gehvermögen, das demjenigen eines doppelt Oberschenkelamputierten vergleichbar wäre und der Klägerin das Gehen außerhalb des Kraftfahrzeuges ohne fremde Hilfe praktisch unmöglich macht, liegt daher nicht vor. Dass die Klägerin auf die Benutzung eines Rollstuhls angewiesen ist, konnte der Senat ebenfalls nicht feststellen.

Letztlich konnte der Senat weder internistische noch neurologische Erkrankungen feststellen, die sich auf das Gehvermögen negativ auswirken würden.

Im Hinblick auf die seit 01.01.2018 geltende Rechtslage ist weiterhin festzustellen, dass bei der Klägerin keine mobilitätsbezogenen Funktionsbeeinträchtigungen gegeben sind, die einem GdB von wenigstens 80 entsprechen. Entsprechend der versorgungsärztlichen Stellungnahme der Dr. E. vom 26.11.2014 bzw. des Versorgungsarztes B. vom 02.12.2014 bedingen die Funktionsbehinderungen der Wirbelsäule maximal einen GdB von 50, Funktionsstörungen durch die beidseitige Fußfehlform, die einen Einzel-GdB bedingen, liegen nicht vor (versorgungsärztliche Stellungnahme des Versorgungsarztes G. vom 15.10.2013, Blatt 44 VA) und die Einschränkung der Kniegelenksbeweglichkeit ist als geringgradig nach VG Teil B Nr. 18.14 einzuschätzen (GdB für beidseitige Beeinträchtigungen 10 – 20). Dementsprechend ist der GdB auch nur mit 50 festgestellt worden (Teil-Abhilfebescheid vom 10.12.2014, Blatt 100 VA).

Ein Interesse an der Nutzung von Behindertenparkplätze allein, worauf die Klägerin verweist, begründet die Voraussetzungen für das Merkzeichen aG ebenso wenig, wie der Umstand, dass sich die Klägerin in der Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel dadurch eingeschränkt sieht, dass sie nicht mehr schwer tragen kann. Auf die Frage, ob Behindertenparkplätze gewöhnlich frei sind, kommt es ebenfalls nicht entscheidungserheblich an.

Die Berufung konnte daher keinen Erfolg haben und war zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.

Gründe, die Revision zuzulassen, sind nicht gegeben.
Rechtskraft
Aus

Login
BWB
Saved
2018-09-02