

Forum A

Leistungen zur Rehabilitation und Teilhabe
– Diskussionsbeitrag Nr. 13/2010 –

21.10.2010

Umsetzung der UN-Behindertenkonvention hier: Recht auf Feststellung des GdB und des Schwerbehinderten- status für lediglich geduldete Ausländer

von Dr. Alexander Gagel

Seit 26.3.2009 gilt in der Bundesrepublik die **Behindertenkonvention** der Vereinten Nationen (BGBl II Nr. 35 S. 1419). Nach **Art. 4 Abs. 1 Satz 1** verpflichten sich die Vertragsstaaten „die volle Verwirklichung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle Menschen mit Behinderungen ohne jede Diskriminierung aufgrund von Behinderung zu gewährleisten und zu fördern“.

Das bedeutet: Es müssen Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass behinderte Menschen, die der Wohnbevölkerung des Staates zuzurechnen sind, die notwendige Förderung erhalten und ihre Rechte wahrnehmen können. Bedeutsam wird diese Verpflichtung u.a. dort, wo das deutsche Recht Vergünstigungen von dem Aufenthalt im Inland abhängig macht (§§ 30/37 SGB I, § 2 Abs. 2 SGB IX). Es darf kein behinderter Mensch „durch die Maschen“ der unterschiedlichen territorialen Abgrenzungen fallen.

Im Folgenden werden **Urteile des BSG** untersucht, die sich mit den Auswirkungen des Aufenthaltsrechts auf die **Feststellung des Grades der Behinderung** (GdB) und der

Anerkennung als schwerbehinderter Mensch befassen. Das neueste nimmt auf die UN-Konvention Bezug und macht damit deutlich, dass innerstaatliche Entscheidungen an deren Vorgaben zu messen sind. Das BSG hat in diesem Zusammenhang auf die **UN-Behindertenkonvention** Bezug genommen und damit deren Verbindlichkeit herausgestellt; innerstaatliche Wertungsspielräume sind unter Beachtung der Konvention auszufüllen (BSG, Ur. v. 29.4.2010 - B 9 SB 2/09 R -).

Im Einzelnen lassen sich aus diesen Urteilen sowie ergänzenden Überlegungen folgende Thesen ableiten:

Thesen:

1. **Behinderte Menschen mit Wohnsitz, gewöhnlichem Aufenthalt oder Arbeitsplatz im Inland haben Anspruch auf Feststellung des GdB (§§ 2 Abs. 1, 69 Abs. 1 SGB IX) ohne nachweisen zu müssen, dass ihnen diese Feststellung Vorteile bringt.**
2. **Bei Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland oder bei Un-**

klarheiten hat der Antragsteller einen Anspruch auf Feststellung des GdB, wenn diese Feststellung im Inland Ansprüche begründen könnte.

3. Die Anerkennung eines gewöhnlichen Aufenthalts im Inland ist bei Feststellungen nach § 2 Abs. 2 SGB IX und ebenso für Feststellungen nach § 2 Abs. 1 SGB IX ausreichend, wenn eine Prognose erwarten lässt, dass sich der behinderte Mensch mehr als sechs Monate im Inland aufhalten wird; diese Prognose kann schon vor Ablauf der sechs Monate getroffen werden.
4. Die darüber hinaus in § 2 Abs. 2 SGB IX festgelegte Voraussetzung, dass der inländische Aufenthalt rechtmäßig sein muss, richtet sich nicht nach dem Ausländerrecht; die offizielle Duldung des Aufenthalts eines ausländerrechtlich nicht aufenthaltsberechtigten Ausländers (hier § 60 a AufenthG) reicht als Rechtfertigung des Aufenthalts im Sinne von § 2 Abs. 2 SGB IX aus.
5. Mit diesen Thesen wird der in §§ 1, 10 und 29 SGB I, § 1 SGB IX sowie in der UN-Behindertenkonvention enthaltene Auftrag umgesetzt, behinderte Menschen, die der Wohnbevölkerung zuzurechnen sind, in die Gesellschaft einzugliedern.

Dr. Alexander Gagel
Anja Hillmann-Stadtfeld
Dr. Hans-Martin Schian

I. Die Fälle

1. Der erste Fall - BSG, Urt. v. 24.4.2008 – B 9/9a SB 8/06 R – ¹

Umstritten war die Feststellung des GdB. Bei dem Kläger hatte die Beklagte **zuletzt einen GdB von 60** festgestellt. Mit der Klage wurde die **Erhöhung auf 70** angestrebt. Das Landessozialgericht (LSG) versagte indes den Rechtsschutz. Der Kläger habe kein **rechtlich geschütztes Interesse** an der Feststellung, da er hierdurch keine weiteren Ansprüche erwerben könne. Das **BSG** hat demgegenüber entschieden, dass der Anspruch auf Feststellung des GdB unabhängig davon besteht, ob sich hierdurch die rechtliche oder wirtschaftliche Situation des Antragstellers ändert.

2. Der zweite Fall - BSG, Urt. v. 29.4.2010 – B 9 SB 2/09 R –

In diesem Fall war ein Bescheid umstritten, mit dem wegen Wegfalls der Aufenthaltsberechtigung des Klägers im Inland die Feststellung des GdB und der Schwerbehinderung aufgehoben wurden.

Der Kläger ist **türkischer Staatsangehöriger** kurdischer Volkszugehörigkeit. Er hält sich seit März 2003 in der Bundesrepublik Deutschland auf. Sein Aufenthalt wurde zunächst wegen eines letztlich erfolglosen Asylverfahrens gestattet. Danach wurde ihm eine befristete **ausländerrechtliche Duldung** (§ 60a Aufenthaltsgesetz – AufenthG) erteilt, die in der Folgezeit immer wieder verlängert wurde.

Mit Bescheid vom 16.8.2004 wurde für ihn wegen verschiedener Gesundheitsstörungen ein **GdB von 50 und die Schwerbehinderteneigenschaft** festgestellt. Dieser Bescheid wurde aber mit Bescheid vom 25.07.2007 wieder **aufgehoben** mit der Begründung,

¹ SozR 4-3250 § 69 Nr. 8

dass die **Duldung nach § 60a AufenthG nicht ausreicht, die in § 2 Abs. 2 SGB IX geforderten Voraussetzungen** (Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt oder Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz) **auszufüllen**.

Widerspruch und Klage hatten keinen Erfolg. Das BSG hat jedoch auf die Sprungrevision des Klägers das Urteil des Sozialgerichts (SG) und die streitigen Bescheide aufgehoben.

3. Der dritte Fall - BSG, Urt. v. 5.7.2007-B 9 SB 2/07 R -

Kern des dritten Falles ist die Weigerung des Beklagten, einen höheren GdB festzustellen, weil der Kläger weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt im Inland habe.

Dem Kläger dieses Verfahrens wurde ein GdB von 40 bescheinigt. Er beantragt die Feststellung eines **höheren GdB**. Hiermit hatte er sowohl im Verwaltungsverfahren als auch in den Vorinstanzen keinen Erfolg. Hintergrund des Streits ist letztlich, dass der Kläger im Laufe des Verfahrens seinen **Wohnsitz nach Italien verlegt** hatte.

Das **BSG** hat die Sache an das LSG **zurückverwiesen**. Es hat ausgesprochen, dass ein Anspruch auf Feststellung des GdB trotz des ausländischen Wohnsitzes bestehen habe, wenn dem Kläger aus der Feststellung eines höheren GdB **in Deutschland Vorteile** erwachsen könnten. Als Beispiele für derartige Vorteile werden genannt: Anwartschaft auf eine gesetzliche Rente wegen Schwerbehinderung und steuerliche Vorteile. Entsprechende Feststellungen hatte das Vordergericht aber noch nicht getroffen. Sie mussten noch nachgeholt werden.

II. Die Entscheidungen

In den Entscheidungen geht es um die Frage, inwieweit die geltend gemachten An-

sprüche auf Feststellung des GdB oder der Schwerbehinderung an das Verweilen im Inland oder weitere Bedingungen gebunden sind.

1. Feststellung des GdB

Zur **Feststellung des GdB (§ 2 Abs. 1 i. V. m. § 69 Abs. 1 SGB IX)** hat das BSG entschieden, dass ein Anspruch auf diese Feststellung unabhängig vom Nachweis aktueller weiterer Vorteile besteht (Fall 1). Es handelte sich dabei um einen Kläger mit Wohnsitz im Inland. Im Fall 3, der einen Kläger mit Wohnsitz in Italien betraf, hat es jedoch für erforderlich gehalten, dass im Inland Ansprüche in Betracht kommen, die an einen bestimmten GdB anknüpfen, ihrerseits aber keine spezielle Inlandsbeziehung voraussetzen. Allerdings sei dem Gesetzestext und den Materialien zu entnehmen, dass der Anspruch auf Feststellung des GdB nicht dem allgemeinen Territorialitätsprinzip des § 30 SGB I (Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt im Inland) unterworfen sei, denn aus dem Zweck der Regelung ergebe sich eine besondere Abgrenzung, die vorgehe (§ 37 SGB I). Der GdB habe eine lediglich **dienende Rolle für den Zugang zu zahlreichen Vorteilen** sozialrechtlicher, steuerrechtlicher, arbeitsrechtlicher, straßenverkehrsrechtlicher Art und weiteren Vorteilen. Er entscheide nicht über Ansprüche, sondern kläre lediglich eine Vorfrage für höchst unterschiedliche Vergünstigungen, für die jeweils das Erfordernis eines Inlandsbezugs nach deren Eigenart zu bestimmen ist. Aus Gründen der Gleichbehandlung und der Einheit der Rechtsordnung müsse sicher gestellt werden, dass diese Teilvoraussetzung nicht unterschiedslos den **im Ausland lebenden Berechtigten den Zugang zu ihren Rechten versperrt**. Dem in Italien lebenden Kläger (Fall 3) war deshalb dieser Zugang zu eröffnen, falls die (noch fehlen-

den) Feststellungen ergeben, dass solche Rechte möglich erscheinen.

In der Sache **B 9 SB 2/09 R** (Fall 2) war streitig, ob der Aufenthalt auf der Basis **ausländerrechtlicher Duldung** (§ 60a AufenthG) als Inlandsbezug ausreicht. Das BSG hat aus den oben angeführten Gründen gefolgert, dass es für die Feststellung des GdB nach § 2 Abs. 1 SGB IX nicht auf den ausländerrechtlichen Status ankommen könne. Auch § 2 Abs. 2 SGB IX, der für die Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft spezielle Aufenthaltsvoraussetzungen vorsehe, sei für die Feststellung des GdB nach § 2 Abs. 1 SGB IX nicht maßgeblich.

2. Feststellung der Schwerbehinderung

Die Entscheidung **B 9 SB 2/09 R** (Fall 2) enthält darüber hinaus Klarstellungen zur **Feststellung der Schwerbehinderung** nach § 2 Abs. 2 i. V. m. § 69 Abs. 5 SGB IX. Sie geht dabei davon aus, dass § 2 Abs. 2 SGB IX eine eigenständige Regelung der Aufenthaltsvoraussetzungen enthält, die als spezielle Regelung dem allgemeinen Territorialitätsprinzip des § 30 SGB I vorgeht. Danach ist Voraussetzung, dass der Berechtigte seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz **rechtmäßig im Inland** hat. Schwierigkeiten ergeben sich an dieser Stelle, weil bei bloßer Duldung der Aufenthalt zwar nicht strafbar, gleichwohl aber nach Ausländerrecht rechtswidrig ist. Das BSG hat jedoch entschieden, dass sich der Begriff „**Rechtmäßigkeit des Aufenthalts**“ in § 2 Abs. 2 SGB IX **nicht nach dem Ausländerrecht** richtet. Auch wo lediglich eine Duldung nach § 60a Abs.1 AufenthG erfolgt, besteht eine rechtlich abgesicherte Basis des Aufenthalts. Sie enthalte „die Befugnis des ausländischen behinderten Menschen, am Leben in der deutschen (inländischen) Gesellschaft teilzuhaben“. Im Lichte der Zwecke des SGB IX muss auch ein solcher Aufent-

halt als rechtmäßig angesehen werden. Nur so könne der Auftrag der §§ 10 und 29 SGB I erfüllt werden, behinderte Menschen unabhängig von ihrem aufenthaltsrechtlichen Status durch einen möglichst weit gehenden Ausgleich in die Gesellschaft zu integrieren.

Die bisherige Rechtsprechung verlangt allerdings in Anknüpfung an den Begriff des **gewöhnlichen Aufenthalts** (§ 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I) die Prognose, dass sich der Berechtigte auf unbestimmte Zeit in Deutschland aufhalten wird (s. u. a. Ur. v.1.9.1999 – B 9 SB 1/99 R –). Hiervon löst sich das BSG mit der vorliegenden Entscheidung und führt aus, „dass ein aufenthaltsrechtlich nur geduldeter Ausländer, dessen GdB mindestens 50 beträgt, Anspruch auf Feststellung der Schwerbehinderung hat, wenn sein Aufenthalt in Deutschland **voraussichtlich länger als sechs Monate andauern** wird.“ Diese Beurteilung kann als Prognose schon vor Ablauf einer sechsmonatigen Aufenthaltszeit in Deutschland getroffen werden. Mit der Dauer von sechs Monaten wird an den Begriff der Behinderung in § 2 Abs. 1 SGB IX angeknüpft, der ebenfalls diese Zeitspanne voraussetzt.

III. Würdigung/Kritik

1. Die hier genannten Urteile sind zu begrüßen. Die Voraussetzungen sozialer Rechte sind oft schwer zu überschauen, weil die allgemeinen Regelungen in § 30 SGB I häufig für die einzelnen Fragenkreise differenziert werden (§ 37 SGB I). Dabei geht es nicht nur um normierte Abweichungen sondern auch um Abweichungen, die sich aus dem Zweck einer Regelung ableiten lassen. Dies wird an den vorliegenden Fällen besonders deutlich. Das BSG verschafft tiefer gehende Einsichten.

Der erste Fragenkreis betrifft die **Feststellung des GdB**. Im Ur. v. 5.7.2007² (Fall 3) wird aus der besonderen Schlüsselfunktion, die diese Feststellung für zahllose Einzelvorurteile haben kann gefolgert, dass selbst **Be-rechtigten, die im Ausland wohnen**, dieses Recht nicht ohne Weiteres versagt werden kann. Es wird dann allerdings gefordert, dass ein solcher Sekundäranspruch möglich erscheint.

Für **Inländer** hat das BSG dann später (Fall 1) entschieden, dass sie ohne Nachweis von nützlichen Folgen uneingeschränkt die Feststellung des GdB beanspruchen können³.

2. Offen bleibt damit (weil für die Urteile nicht von Bedeutung), nach welchen **Kriterien im Übrigen der Kreis der Antragsteller abzugrenzen** ist, die keinen Nachweis möglicher Rechte nötig haben. Zunächst ist auch hier richtig, dass wegen der dienenden Funktion der GdB-Feststellung für die **Wahrnehmung unterschiedlicher innerstaatlicher Rechte**, den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Rechtsstaatsprinzip, nur begrenzt Einschränkungen der Rechte vorgenommen werden dürfen. Hier bietet es sich an, zunächst einmal analog auf die niedrigeren **Anforderungen an eine territoriale Inlandsbindung** (ohne Abstellen auf die Rechtmäßigkeit) zurückzugreifen, die das BSG im Zusammenhang mit der Feststellung der Schwerbehinderung dem **§ 2 Abs. 2 SGB IX** entnommen hat (Fall 2; Näheres unten). Es würde dann ausreichen, dass eine Prognose einen mehr als sechsmonatigen Aufenthalt im Inland erwarten lässt oder ein Arbeitsplatz im Inland vorliegt. Es liegt nahe, für Absatz 1 keine höheren territorialen Anforderungen zu stellen, als diejenigen aus § 2 Abs. 2

SGB IX, weil die Feststellung des **GdB noch weiter im Vorfeld von Ansprüchen** angesiedelt ist, als die Feststellung der Schwerbehinderung. Es gibt keinen überzeugenden Grund hier schärfere Anforderungen als in § 2 Abs. 2 SGB IX zu stellen. Zudem ist auch von der Sache her eine territoriale Ausgrenzung nur dort zu rechtfertigen, wo ein konkreter Inlandsbezug fehlt. Auftrag des SGB IX ist eine umfassende Betreuung der behinderten Menschen.

Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn möglichst alle behinderten Menschen erfasst werden, die der **Wohnbevölkerung zuzurechnen** sind und Rechte entsprechend in ihrem Wohnumfeld geltend machen (möchten). Bestärkt wird dies durch die **UN-Behindertenkonvention**, die das Augenmerk auf den internationalen Abstimmungsbedarf bei der Auslegung von Rechten lenkt. U. a. heißt es in Art. 4 Abs. 2 UN-Behindertenkonvention: *„Hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte verpflichtet sich jeder Vertragsstaat unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel und erforderlichenfalls im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit Maßnahmen zu treffen, um nach und nach die volle Verwirklichung dieser Rechte zu erreichen unbeschadet derjenigen Verpflichtungen aus diesem Übereinkommen, die nach dem Völkerrecht sofort anwendbar sind.“*

Dementsprechend wäre es auch verfehlt, bereits in dieser Phase, wie in § 2 Abs. 2 SGB IX, die Rechte von der **Rechtmäßigkeit des Aufenthalts** abhängig zu machen. Diese Einschränkung kann deshalb in Abs. 1 nicht übernommen werden.

Zusammengefasst ergibt sich aus diesen Überlegungen, dass jeder behinderte Mensch, der noch eine Inlandsbindung hat (Arbeitsplatz, Inhaltsaufenthalt in erwarteter Dauer von mehr als sechs Monaten), die Feststellung des GdB ohne Nachweis mögli-

² BSG, Ur. v. 29.4.2010 - B 9 SB 2/09 R – SozR 4-3250 § 69, Rz. 28 ff

³ Ur. v. 24.4.2008 – B 9/9a SB 8/06 R – SozR 4-3250 § 69 Nr. 8

cher Vergünstigungen beanspruchen kann. Demgegenüber wäre **allen behinderten Menschen ohne spezielle Inlandsbindung, die im Ausland** Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben oder gar keinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt aufweisen können, oder bei denen der **Aufenthaltsstatus unklar** ist, ein Anspruch auf Feststellung des GdB zuzubilligen, wenn inländische Rechte davon abhängen können.

3. Im zweiten Fragenkomplex, der **Feststellung der Schwerbehinderung** nach § 2 Abs. 2 iVm. § 69 Abs. 5 SGB IX, hält das BSG daran fest, dass auch ein rechtswidriger, weil nur **geduldeter ständiger Aufenthalt** im Inland als ständiger Aufenthalt anzusehen ist. Dies lässt sich mit den allgemeinen Verpflichtungen unseres Staates zur **Integration der behinderten Menschen in der Wohnbevölkerung** begründen. Hervorzuheben ist, dass das BSG dies auch als durch die UN-Behindertenkonvention abgesichert ansieht.

Im Übrigen geht das BSG in dem Urteil B 9 SB 2/09 R Rz. 42 (Fall 2) einen bedeutsamen Schritt über die bisherige Rechtsprechung hinaus, in dem es nunmehr für die Anerkennung eines gewöhnlichen Aufenthalts i.S.v. § 2 Abs. 2 SGB IX nur noch eine **Sechs-Monats-Prognose fordert**. Begründet wird dies ebenfalls mit den allgemeinen Verpflichtungen der Bundesrepublik gegenüber hier lebenden behinderten Menschen. Dem ist beizupflichten.

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