

§ 2 SGB IX Begriffsbestimmungen

(Fassung vom 23.12.2016, gültig ab 01.01.2018)

(1) ¹Menschen mit Behinderungen sind Menschen, die körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate hindern können. ²Eine Beeinträchtigung nach Satz 1 liegt vor, wenn der Körper- und Gesundheitszustand von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht.

³Menschen sind von Behinderung bedroht, wenn eine Beeinträchtigung nach Satz 1 zu erwarten ist.

(2) Menschen sind im Sinne des Teils 3 schwerbehindert, wenn bei ihnen ein Grad der Behinderung von wenigstens 50 vorliegt und sie ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz im Sinne des § 156 rechtmäßig im Geltungsbereich dieses Gesetzbuches haben.

(3) Schwerbehinderten Menschen gleichgestellt werden sollen Menschen mit Behinderungen mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50, aber wenigstens 30, bei denen die übrigen Voraussetzungen des Absatzes 2 vorliegen, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz im Sinne des § 156 nicht erlangen oder nicht behalten können (gleichgestellte behinderte Menschen).

Dokument wurde zuletzt aktualisiert am: 28.11.2017

Gliederung

A. Basisinformationen	Rn. 1
I. Textgeschichte und Gesetzesbegründung	Rn. 1
II. Vorgängervorschriften	Rn. 4
III. Parallelvorschriften	Rn. 5
IV. Untergesetzliche Normen	Rn. 6
V. Verwaltungsvorschriften/Empfehlungen	Rn. 7
VI. Systematische Zusammenhänge	Rn. 8
1. Statistik	Rn. 8
2. Übergangsrecht	Rn. 13
3. Bezug zum SGB I	Rn. 14
4. Abweichende Behinderungsbegriffe und Vorrang des Leistungsgesetzes	Rn. 15
a. § 19 SGB III	Rn. 16
b. § 9 SGB VI	Rn. 20
c. § 35a SGB VIII	Rn. 21
d. § 53 SGB XII	Rn. 23
5. Maßstabsfunktion des Behinderungsbegriffs außerhalb des Rehabilitationsrechts	Rn. 27
a. Verfassungsrecht	Rn. 28
b. Bundesgleichstellungsgesetz	Rn. 33

c. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	Rn. 34
d. Pflegeversicherung	Rn. 35
e. Studiengebühren	Rn. 36
f. Kindergeld und Familienleistungsausgleich	Rn. 37
g. Elterngeld	Rn. 38
h. Steuerrecht	Rn. 39
i. Ausbildungs- und Aufstiegsförderung	Rn. 40
j. Berufsbildungsrecht	Rn. 41
k. Schulrecht	Rn. 42
l. Gewerbeordnung	Rn. 43
m. Baurecht	Rn. 44
n. Kündigungsschutzgesetz	Rn. 45
o. Bürgerliches Gesetzbuch	Rn. 46
6. Europäisches Recht	Rn. 47
a. Rehabilitation in der Europäischen Union	Rn. 47
b. Europarechtlicher Behinderungsbegriff	Rn. 48
7. Der Behinderungsbegriff der UN-Behindertenrechtskonvention	Rn. 52
VII. Ausgewählte Literaturhinweise	Rn. 53
B. Auslegung der Norm	Rn. 54
I. Regelungsgehalt und Bedeutung der Norm	Rn. 54
II. Normzweck	Rn. 57
III. Inhalt der Vorschrift im Einzelnen	Rn. 58
1. Vorbemerkungen: Krankheit, Behinderung und soziale Behinderung	Rn. 58
2. Der „weite“ Behinderungsbegriff der ICF als Vorläufer des Absatzes 1	Rn. 60
3. Die Merkmale des Behinderungsbegriffs im Einzelnen	Rn. 64
a. Körperliche, geistige, seelische und Sinnesbeeinträchtigungen	Rn. 64
b. Sechs-Monats-Grenze	Rn. 67
c. Abweichung vom alterstypischen Zustand	Rn. 71
d. Hinderung der Teilhabe im Einzelnen	Rn. 79
e. Drohende Behinderung	Rn. 102
4. Schwerbehinderung	Rn. 109
a. Grundvoraussetzungen	Rn. 109
b. Unterschied: Feststellung des GdB/der Schwerbehinderung	Rn. 113
c. Wohnsitz/Aufenthalt/Arbeitsplatz	Rn. 117
d. Abstrakte Betrachtung	Rn. 118
e. Rückwirkende Feststellung	Rn. 123
f. Versorgungsmedizin-Verordnung und GdS-Tabelle	Rn. 126
g. Bewertung des Gesamt-GdB	Rn. 139
5. Gleichstellung	Rn. 144
a. Grundvoraussetzungen	Rn. 144
b. Wesentliche Ursache	Rn. 147
c. Einzelfallprüfung	Rn. 153
d. Beweisrecht	Rn. 156
e. Geeignetheit des Arbeitsplatzes	Rn. 160
f. Erlangung eines Arbeitsplatzes	Rn. 165

g. Erhaltung eines Arbeitsplatzes	Rn. 170
h. Zusicherung	Rn. 179
i. Besonderheiten des Dienstrechts und Sozialrechts	Rn. 180
j. Subjektives Recht	Rn. 181
k. Verfahrensaspekte	Rn. 182
l. Eingeräumte Rechte	Rn. 189

A. Basisinformationen

I. Textgeschichte und Gesetzesbegründung

- Die Vorschrift wurde durch Art. 1 und 68 Abs. 1 SGB IX vom 19.06.2001¹ mit Wirkung ab 01.07.2001 eingeführt. **In der Altregelung war der Behinderungsbegriff wie heute ebenfalls in § 2 SGB IX (a.F.) geregelt.**
- In der Gesetzesbegründung² zum § 2 SGB IX a.F. wird hervorgehoben, dass durch § 2 SGB IX eine Abgrenzung des relevanten **Personenkreises** vorgenommen wird, dass die Begriffsbestimmungen auch **chronisch Erkrankte** einbeziehen, allerdings nur, „soweit bei ihnen die jeweiligen Voraussetzungen gegeben sind“³, und dass es nach § 7 SGB IX letztlich auf das für den einzelnen Rehabilitationsträger geltende **Leistungsgesetz** und dessen Leistungsvoraussetzungen ankommt, ob bei Vorliegen einer Behinderung Leistungen gewährt werden können. Dies gelte auch im Falle leistungsgesetzlicher Besonderheiten des Behinderungsbegriffs selbst.⁴ Zudem wird als Grundlage des Behinderungsbegriffs auf die „**Internationale Klassifikation** der Funktionsfähigkeit und Behinderung“ (ICIDH-2; heute als ICF fortgeführt; der Verf.) verwiesen, die „nicht mehr die Orientierung an wirklichen oder vermeintlichen Defiziten, sondern das Ziel der Teilhabe an den verschiedenen Lebensbereichen (Partizipation) in den Vordergrund gerückt hat.“⁵ Unter dem „**für das Lebensalter untypischen Zustand**“ im Sinne des § 2 SGB IX versteht der Gesetzgeber „den Verlust oder die Beeinträchtigung von normalerweise vorhandenen körperlichen Funktionen, geistigen Fähigkeiten oder seelischer Gesundheit.“ Wirke sich diese Beeinträchtigung in einem oder mehreren Lebensbereichen aus, so liege die Behinderung in der **Auswirkung**⁶ der Beeinträchtigung. Die **vorausichtliche Dauer der Behinderung** von 6 Monaten entspreche § 4 der Eingliederungshilfeverordnung (nach SGB XII). Damit seien vorübergehende Störungen im Sinne des Behinderungsbegriffs zwar ausgeschlossen, nicht aber früh ansetzende Rehabilitationsleistungen.⁷ Dem stehe nicht

¹ BGBl I 2001, 1046.

² BT-Drs. 14/5074, S. 8 und 98; BT-Drs. 14/5531, S. 5; zur Ausschussempfehlung vgl. BT-Drs. 14/5786, S. 15 f.

³ Insofern mag die Erwähnung chronisch Kranker von großem politischen Symbolwert sein, ist in juristischer Hinsicht jedoch eine Selbstverständlichkeit, insofern gerade chronische Erkrankte häufig (aber nicht immer, da abhängig vom Merkmal der Teilhabebeeinträchtigung) auch die Merkmale des Behinderungsbegriffs in § 2 SGB IX erfüllen.

⁴ Verwiesen wird auf den Begriff der wesentlichen Behinderung in § 39 BSHG (heute § 53 SGB XII), der auf § 2 SGB IX aufbaue.

⁵ BT-Drs. 14/5074.

⁶ Mit dem Begriff der Auswirkungen wird das Erfordernis eines linearen Ursachenzusammenhangs zwischen der Funktionsbeeinträchtigung und der Teilhabebeeinträchtigung verdeutlicht. Dies aber widerspricht dem gleichzeitig postulierten Konzept der ICF mit seiner Annahme einer Wechselwirkung zwischen Gesundheitsstörung und Umwelt. Vgl. hierzu bereits die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 15 und die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 52.

⁷ Dies ist die konsequente Umsetzung des Gedankens, dass ein Rehabilitationsbedarf nicht zwangsläufig auch das Bestehen einer Behinderung voraussetzt. Vgl. hierzu die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 11 ff.

entgegen, dass nach § 3 SGB IX **drohende Behinderungen** vermieden werden sollen.⁸ Im Übrigen sei eine generelle Gleichstellung von behinderten und von Behinderung bedrohten Menschen nicht möglich, da Leistungen teilweise nur bei eingetretener Behinderung erbracht werden.⁹ Eine **förmliche Feststellung** der Behinderung sei im Rahmen des § 69 SGB IX im Übrigen für die besonderen Hilfen zur Teilhabe Schwerbehinderter am Arbeitsleben und für die Nachteilsausgleiche (Teil 2 des SGB IX) von Bedeutung. Die begriffliche Abgrenzung der schwerbehinderten Menschen in § 2 Abs. 2 SGB IX **baue auf dem allgemeinen Behinderungsbegriff des Absatzes 1 auf**¹⁰, stelle jedoch in Orientierung an den bisherigen Regelungen des Schwerbehindertengesetzes auf eine zusätzliche erhebliche Schwere der Behinderung ab.

3 Das Bundesteilhabegesetz vom 23.12.2016¹¹ hat das SGB IX – u.a. bei seinem Behinderungsbegriff unter Anlehnung an die UN-Behindertenrechtskonvention – weitreichenden Änderungen unterzogen¹²:

- Eingeführt wurde in § 2 SGB IX ein erweiterter Behinderungsbegriff, der die Behinderung in Anlehnung an Art. 1 der UN-Behindertenkonvention unter dem Aspekt einer Wechselwirkung zwischen der individuellen Beeinträchtigung und Umweltfaktoren definiert.¹³
- Vermeidung von Zuständigkeitskonflikten; Stärkung des Prinzips „Leistung aus einer Hand“.
- Einführung einer Teilhabeberatung.
- Verbesserung der Anreize zur Aufnahme einer Tätigkeit.
- Verankerung der Eingliederungshilfe des SGB XII innerhalb des SGB IX.
- Bei den Leistungen zur sozialen Teilhabe sollen insbesondere beim Wahlrecht sozialräumliche Gegebenheiten stärker berücksichtigt werden.
- Verbesserung der Bildungsleistungen für behinderte Studierende.
- Verbesserung der Zusammenarbeit der Reha-Träger.
- Verbesserung der Steuerungsfähigkeit der Eingliederungshilfe; Vorsorge gegenüber demografiebedingten Kostensteigerungen.
- Stärkung präventiver Ansätze im SGB II und SGB VI.
- Stärkung des ehrenamtlichen Engagements der Schwerbehindertenvertretungen, Verbesserung der Mitwirkungsmöglichkeiten in Behindertenwerkstätten, Berücksichtigung der Bedarfe taubblinder Menschen.

II. Vorgängervorschriften

4 § 2 Abs. 1 SGB IX entspricht in den Grundzügen § 1 Rehabilitations-Angleichungsgesetz sowie § 3 Schwerbehindertengesetz. Im Schwerbehindertengesetz aber fehlte anders als im SGB IX die Anknüpfung an die „Teilhabebeeinträchtigung“; ihr entsprach insofern die „Auswirkung der Funktionsbeeinträchtigung“. Anstatt der Anknüpfung an den für das „Lebensalter typischen Zustand“

⁸ Allerdings müssen dann sämtliche Bedingungen des Behinderungsbegriffs erfüllt sein; lediglich ihr Eintritt braucht nur erwartbar zu sein.

⁹ So in der Rentenversicherung: *Luthe* in: jurisPK-SGB VI, § 9 SGB VI Rn. 14, 62.

¹⁰ Wird dies ernst genommen, so wird man die abstrakte Betrachtung bei Einschätzung der Schwerbehinderung wohl stärker als bisher mit Einzelfallkriterien anreichern müssen, ohne sie allerdings – schon mit Rücksicht auf die im System des Nachteilsausgleichs angelegten Typisierungszwänge – sogleich gänzlich über Bord zu werfen. Vgl. insofern auch die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 44.

¹¹ BGBl I 2016, 3234.

¹² BT-Drs. 18/9522, S. 2 f.

¹³ Vgl. zum Behinderungsbegriff: BT-Drs. 18/9522, S. 230.

wurde seinerzeit zudem auf den Begriff der „Regelwidrigkeit“ abgestellt. **§ 2 Abs. 2 und 3 SGB IX** entspricht inhaltsgleich den bisherigen Vorschriften der §§ 1 und 2 Abs. 1 des Schwerbehindertengesetzes.

III. Parallelvorschriften

5 Vorschriften, die ebenso wie § 2 SGB IX Aussagen zur Begriffsbestimmung einer Behinderung bzw. zur Abgrenzung des relevanten Personenkreises enthalten, sind in der gesamten **Sozialrechtsordnung** anzutreffen, vgl. vor allem:

- § 3 Behindertengleichstellungsgesetz (vgl. die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 3),
- §§ 10, 29 SGB I,
- § 19 SGB III,
- § 9 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI,
- § 35a Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII,
- § 53 Abs. 1 SGB XII,
- § 2 Abs. 2 Nr. 3 BKGG,
- § 4 Abs. 3 BEEG,
- § 15 Abs. 3 Nr. 5 BAföG,
- § 14 Abs. 1 und 2 SGB XI,
- Art. 3 Abs. 2 Satz 3 GG i.V.m. dem Behinderungsbegriff des Bundesverfassungsgerichts (vgl. die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 15),
- § 33b Abs. 2 EStG
- § 1 AGG¹⁴.

IV. Untergesetzliche Normen

6 Hierzu ist zu nennen:

- zur sozialhilferechtlichen Definition der in körperlicher, geistiger und seelischer Hinsicht **wesentlichen Behinderung** die §§ 1-3 der Verordnung nach § 60 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch (SGB XII)¹⁵,
- Schwerbehindertenausweisverordnung¹⁶,
- Verordnung zur Durchführung der §§ 1 Abs. 1 und 3, 30 Abs. 1 und 35 Abs. 1 des Bundesversorgungsgesetzes v. 10.12.2008 (Versorgungsmedizin-Verordnung, VersMedV)¹⁷.

V. Verwaltungsvorschriften/Empfehlungen

7 Hierzu ist zu nennen:

- **Zu § 2 SGB IX:** Gemeinsame Empfehlung nach § 13 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 Nr. 4 SGB IX für die Durchführung von Begutachtungen möglichst nach einheitlichen Grundsätzen (Gemeinsame Empfehlung „Begutachtung“) vom 22.03.2004.¹⁸

¹⁴ Zur Geltung des Behinderungsbegriffs nach § 2 SGB IX: OVG Lüneburg v. 18.10.2016 - 5 LA 208/15.

¹⁵ Neugefasst durch Bekanntmachung vom 01.02.1975 (BGBl I 1975, 433); zuletzt geändert durch Art. 13 des Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch vom 27.12.2003 (BGBl I 2003, 3022).

¹⁶ In der Fassung der Bekanntmachung vom 25.07.1991 (BGBl I 1991, 1739), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes vom 02.12.2006 (BGBl I 2006, 2742).

¹⁷ BGBl I 2008, 2412; BR-Drs. 767/08.

¹⁸ Abgedr. bei *Hauck/Noftz/Masuch*, SGB IX, § 12 SGB IX Anhang II.

- **Zu § 69 SGB IX:** Anhaltspunkte (AHP) für die ärztliche Gutachtertätigkeit im sozialen Entschädigungsrecht und nach dem Schwerbehindertenrecht (Teil 2 SGB IX), 2008 (seit 01.01.2009 ersetzt durch die Versorgungsmedizin-Verordnung, vgl. Rn. 6).¹⁹

VI. Systematische Zusammenhänge

1. Statistik

- 8** Zahlen des Mikrozensus 2009 (Statistisches Bundesamt, 12/2009): Im Jahr 2009 lebten in der BRD **9,6 Mio. amtlich anerkannte behinderte Menschen** (11,7% der Bevölkerung). **Etwa 7,5 Millionen** (im Jahr 2013), also der größte Teil, zählte zu den **Schwerbehinderten** (9,4% der Bevölkerung). Davon hatten ca. 820.000 bis 1,9 Millionen Personen einen Migrationshintergrund (genaue Zahlen liegen nicht vor).²⁰ Ca. **2 Mio.** Personen waren **leichter behindert**. Mehr als die Hälfte (54%) der Behinderten waren Männer.
- 9** Es zeigte sich eine starke „Alterslastigkeit“, da 71% der Behinderten **55 Jahre oder älter** waren. Am höchsten ist die Behindertenquote bei den über 80-Jährigen, wobei die Behindertenquote der Männer in allen Altersgruppen durchgehend höher als die der Frauen ist. Ein gutes Viertel aller schwerbehinderten Menschen (28%) war 75 Jahre und älter. Knapp die Hälfte (46%) gehörte der Altersgruppe zwischen 55 und 75 Jahren an. 2% der Schwerbehinderten waren Kinder und Jugendliche. Überwiegend (82%) wurde die Behinderung durch eine Krankheit verursacht; 4% der Behinderungen waren angeboren oder traten im ersten Lebensjahr auf; 2% waren auf einen Unfall oder eine Berufskrankheit zurückzuführen.
- 10 Art der Behinderung:** Die Beeinträchtigung der inneren Organe bzw. Organsysteme ist die häufigste Behinderungsart (25,8%). Danach folgt die Funktionseinschränkung der Gliedmaßen (14,1%), hauptsächlich der Beine (10,5%). Einschränkungen der Wirbelsäule und des Rumpfes waren bei 13,0% festgestellt.
- 11** Unter den anerkannten Schwerbehinderten waren 5,1% Blinde bzw. Sehbehinderte sowie 4,1% Sprach-, Gehör- oder Gleichgewichtsgeschädigte. Den überwiegenden Teil (65,7%) bildeten somit die körperlich Behinderten. 8,9% hatten zerebrale Störungen. Geistige oder seelische Behinderungen wurden bei 9,4% diagnostiziert. Sonstige und ungenügend bezeichnete Behinderungen entfielen auf 16,0%. Bei einem Viertel der schwerbehinderten Menschen (25%) war vom Versorgungsamt der höchste Grad der Behinderung von 100% festgestellt worden. 30% wiesen einen Behinderungsgrad von 50 auf.
- 12 Aussagen zum Lebensunterhalt:** Von den etwa insgesamt 9,6 Mio. Behinderten zählt die Mehrheit zur Gruppe der Nichterwerbspersonen. Ca. 2,3 Mio. Behinderte waren demnach 2009 erwerbstätig: Die Erwerbsquote bei den behinderten Männern belief sich auf 30%, bei den Frauen auf 23%. Bei den Behinderten im Alter von 25 bis unter 45 Jahren war die höchste Erwerbsbeteiligung zu verzeichnen (74% Männer, 65% Frauen). In den Altersklassen der 60- bis unter 65-jährigen Behinderten ist der Rückgang der Erwerbsbeteiligung auffällig (Männer 21%, Frauen 14%). Renten und Pensionen bildeten die wichtigste Unterhaltsquelle der Behinderten. Sie waren für 63% der behinderten Menschen der überwiegende Lebensunterhalt, gefolgt von Einkommen aus Erwerbstätigkeit (19%) und Unterhalt durch Angehörige (9%). Geringere Anteile entfielen auf Unterhaltsquellen wie Sozialhilfe (2%) und Arbeitslosengeld I oder II (5%).

¹⁹ Hrsg. vom Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung, auszugsweise abgedr. bei *Hauck/Noftz/Masuch*, SGB IX, § 69 SGB IX Anhang I.

²⁰ Vgl. Mediendienst Integration vom 25.01.2013 (Internet).

2. Übergangsrecht

- 13** Durch § 159 Abs. 3 SGB IX wird ausdrücklich geregelt, dass frühere Feststellungen über das Vorliegen einer Behinderung, ihres Grades und über das Vorliegen weiterer gesundheitlicher Merkmale nach dem SchwbG nicht wegen der Einordnung des SchwbG in das Sozialgesetzbuch geändert oder aufgehoben werden müssen, sondern als Feststellungen nach dem SGB IX gelten. Das SchwbG wurde in Art. 63 SGB IX aufgehoben.

3. Bezug zum SGB I

- 14** Das SGB I enthält grundsätzliche Regelungen zur Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, die dem Sozialgesetzbuch mit seinen einzelnen Büchern Orientierung geben und bei der Ermessensbetätigung und Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe innerhalb der jeweiligen Leistungsgesetze von Bedeutung sind. Subjektive Rechte auf Leistungen können aus den Vorschriften des SGB I dagegen nicht abgeleitet werden.
- Zum in § 10 SGB I aufgeführten Recht auf Hilfe zugunsten behinderter Menschen vgl. die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 53.
 - Zum in § 33c SGB I geregelten Verbot der Benachteiligung u.a. aus Gründen einer Behinderung bei Inanspruchnahme sozialer Rechte vgl. die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 53.

4. Abweichende Behinderungsbegriffe und Vorrang des Leistungsgesetzes

- 15** Zwar handelt es sich bei den Regelungen des SGB IX um unmittelbares und originäres Recht für die in § 6 SGB IX genannten Rehabilitationsträger und soll bereichsübergreifend wirksam werden wie die Bestimmungen des SGB I, SGB IV und SGB X.²¹ Dies gilt nach § 7 SGB IX jedoch nur, soweit in den jeweils geltenden Leistungsgesetzen nicht Abweichendes bestimmt ist: „Ob bei Vorliegen einer Behinderung auch die für den Rehabilitationsträger jeweils geltenden Leistungsvoraussetzungen erfüllt sind, richtet sich gemäß § 7 unverändert nach den für den Rehabilitationsträger geltenden Leistungsgesetzen.“²² **Von § 2 SGB IX abweichende Bestimmungen** zum Begriff der Behinderung aber enthalten das SGB III, das SGB VI, das SGB VIII und das SGB XII. Hierbei werden die maßgeblichen Verständnisse von Behinderung auch über die jeweiligen Leistungsziele und Gesetzesfunktionen näher bestimmt (vgl. Rn. 17, Rn. 20, Rn. 26).

a. § 19 SGB III

- 16** Nach § 19 Abs. 1 SGB III sind im Sinne des SGB III jene Menschen behindert, deren Aussichten, am Arbeitsleben teilzuhaben oder weiter teilzuhaben, wegen Art oder Schwere ihrer Behinderung im Sinne des § 2 Abs. 1 SGB IX nicht nur vorübergehend wesentlich gemindert sind und die deshalb Hilfen zur **Teilhabe am Arbeitsleben** benötigen, einschließlich lernbehinderter Menschen. Behinderten Menschen stehen nach § 19 Abs. 2 SGB IX Menschen gleich, denen eine Behinderung mit den in § 19 Abs. 1 SGB III genannten Folgen droht.
- 17** Die Behinderung muss **Ursache der Teilhabeminderung** und **Ursache der zu gewährenden Leistungen** sein. Ihrem Wortlaut nach ist die Vorschrift in dieser Hinsicht eindeutig und nicht interpretierbar: Der kausale Bezug auf Hilfen zur Teilhabe am Arbeitsleben schließt es aus, dass die Bundesagentur auch außerhalb der Förderung der Teilhabe am Arbeitsleben tätig werden kann.²³ Erforderlich ist ferner eine „**wesentliche**“ **Teilhabeminderung**; eine die Erwerbsfähigkeit

²¹ BT-Drs. 14/5074, S. 94.

²² BT-Drs. 18/9522, S. 230.

²³ A.A. *Stevens-Bartol* in: Felde/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, 3. Aufl. 2015, § 2 SGB IX Rn. 5: § 19 SGB III sei überflüssig; es gelte allein § 2 SGB IX; vgl. zu § 56 AFG auch BSG v. 28.02.1974 - 7 RA R 27/72 - SozR 4100 § 56 Nr. 1: Behindert sind Personen, die infolge einer vom Normalen abweichenden körperlichen, geistigen oder seelischen Verfassung in ihrer beruflichen Sicherheit bedroht sind.

allgemein einschränkende Behinderung ohne konkreten Arbeitsplatzbezug reicht nicht aus.²⁴ Unter dem nicht nur vorübergehenden Vorliegen der wesentlichen Minderung ist unter Anlegung des Maßstabes in § 2 Abs. 1 SGB IX ein Zeitraum von mehr als 6 Monaten zu verstehen.²⁵ Die drohende Behinderung muss nach fachlicher Erkenntnis mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein.²⁶ Somit enthält § 19 SGB III einen **funktional** an Zwecken der Arbeitsmarktintegration ausgerichteten Behinderungsbegriff und ist in dieser Weise gegenüber § 2 SGB IX eigenständig.

18 Der **Begriff der Lernbehinderung** in § 19 SGB III wird weder im Gesetz noch in seiner Begründung näher definiert. Als lernbehindert werden in der Kommentarliteratur jüngere Menschen verstanden, die in ihrem Lernen umfänglich und lang andauernd beeinträchtigt sind und die deutlich von der Altersgruppe abweichende Leistungs- und Verhaltensweisen aufzeigen, wodurch ihre berufliche Integration wesentlich und auf Dauer erschwert ist.²⁷ Die **Beeinträchtigung** kann auf persönliche oder umweltbezogene Gründe zurückzuführen sein. Stärker personalisierend und weniger umweltbezogen ist demgegenüber eine Definition, wonach es sich bei der Lernbehinderung um eine „heterogene Gruppe von Störungen vielfach verbunden mit bestimmbar und unbestimmbar Dysfunktionen des zentralen Nervensystems“ handelt. Sie können sich darstellen in Entwicklungsverzögerungen und/oder Beeinträchtigungen der Wahrnehmungsleistung, Konzentration, des Gedächtnisses, des schlussfolgernden Denkens, der psychomotorischen Koordination, der Kommunikation, des Lesens und Schreibens, der Rechtschreibung, des Rechnens, der sozialen Kompetenz und der emotionalen Reife. Eine Lernbehinderung kann sich als **Teilhabebeeinträchtigung** auswirken in den Bereichen Informationsaustausch, soziale Beziehungen, Bildung und Ausbildung, Erwerbsarbeit und Beschäftigung, Wirtschaftsleben sowie im sozialen und staatsbürgerlichen Leben.²⁸

19 Die Teilhabeminderung muss, wie in den übrigen Fällen des § 19 SGB III, auch bei der Lernbehinderung im Bereich des **Arbeitslebens** liegen; ein konkreter Arbeitsplatzbezug (vgl. Rn. 17) braucht bei der Lernbehinderung aber nicht vorzuliegen, weil dies die gesetzlichen Regelungen zur Förderung behinderter Menschen im Falle von Lernbehinderungen angesichts der regelmäßig bei lernbehinderten Personen vorliegenden Probleme auf dem Arbeitsmarkt letztlich zum Leerlauf bringen würde. Ausreichend erscheint eine abstrakte Minderung von Chancen der Verwertung ihrer Arbeitskraft. Mit dem Bezug auf das Arbeitsleben wird zudem deutlich, dass sich Lernbehinderungen rechtlich **nicht auf jüngere Personen** beschränken lassen. Schon die Erwähnung der Lernbehinderung in einem Gesetz wie dem SGB III, das weithin auch Erwachsene ohne jede Altersbegrenzung bis zum Eintritt in den Ruhestand mit Förderleistungen versorgt, legt diesen Schluss nahe. Abzugrenzen ist die Lernbehinderung hinsichtlich ihrer **Dauer und Intensität** von der **Lernschwäche** als einer lediglich befristeten Abweichung der Lernfähigkeit vom alterstypischen Zustand, ferner von der **Lernbeeinträchtigung** als einer ebenfalls befristeten, aber umfänglichen oder zwar längeren, aber nur bestimmte Lernfächer betreffenden Abweichung²⁹ sowie schließlich von allgemeinen **Begabungsmängeln**. Da die Grenzen zum Begabungsmangel fließend sind, das Gesetz aber ausdrücklich den Begriff der Lern-**Behinderung** zugrunde legt, muss der anzustellenden Gesamtbetrachtung – nicht zuletzt im Lichte des § 2 Abs. 1 SGB IX und in Anbetracht der „wesent-

²⁴ *Timme* in: Hauck/Noftz, SGB III, § 19 SGB III Rn. 11.

²⁵ Ähnlich *Timme* in: Hauck/Noftz, SGB III, § 19 SGB III Rn. 15.

²⁶ *Timme* in: Hauck/Noftz, SGB III, § 10 SGB III Rn. 17.

²⁷ *Rademacher* in: GK-SGB III, § 19 SGB III Rn. 37 ff.; *Götze* in: Hauck/Noftz/Masuch, SGB III, § 19 SGB III Rn. 27.

²⁸ *Zelfel* in: Berufliche Rehabilitation, 52.

²⁹ *Götze* in: Hauck/Noftz/Masuch, SGB IX, § 19 SGB III Rn. 30.

lichen Minderung der Teilhabe am Arbeitsleben“ in § 19 Abs. 1 SGB III – ein gewisser **Schweregrad** der Beeinträchtigung bzw. Abweichung vom alterstypischen Zustand einerseits und der Teilhabebeeinträchtigung andererseits zugrunde gelegt werden. Zudem muss die Lernbehinderung Ursache der Teilhabebeeinträchtigung sowie Ursache dafür sein, dass die lernbehinderte Person Hilfen zur Teilhabe erhält.

b. § 9 SGB VI

20 Das SGB VI enthält explizit zwar keine Definition der Behinderung. Die begrifflichen Voraussetzungen ergeben sich vielmehr aus der Zielbestimmung des § 9 SGB VI. Danach erbringt die Rentenversicherung Leistungen zur Prävention, Leistungen zur medizinischen Rehabilitation, Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben, Leistungen zur Nachsorge sowie ergänzende Leistungen, „um dadurch den Auswirkungen ... einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung auf die Erwerbsfähigkeit der Versicherten entgegenzuwirken oder sie zu überwinden und dadurch Beeinträchtigungen der Erwerbsfähigkeit der Versicherten oder ihr vorzeitiges Ausscheiden aus dem Erwerbsleben zu verhindern oder sie möglichst dauerhaft in das Erwerbsleben wiederinzugliedern.“ Die rentenrechtliche Rehabilitation kennt nur Behinderungen, im Gegensatz zu § 2 SGB IX aber **keine drohenden Behinderungen**.³⁰ Denn „Auswirkungen“ auf die Erwerbsfähigkeit können im Regelfall nur eingetretene Behinderungen haben. § 9 SGB VI verfolgt zudem einen ausschließlich auf die Sicherung der Erwerbsfähigkeit der Versicherten zielenden **engeren und funktional spezifizierten Ansatz** als das auf umfassende Teilhabe abzielende SGB IX, der vor dem Hintergrund des Grundsatzes „Reha vor Rente“ u.a. das Ziel verfolgt, die Solidargemeinschaft von unnötigen Rentenzahlungen zu entlasten.³¹ Schließlich ist aus der Tatsache, dass § 9 SGB VI mit der Förderung der Erwerbsfähigkeit eine gegenüber den allgemeinen Teilhabezielen des SGB IX eigenständige Zweckrichtung aufweist, zu schließen, dass zwar auch hier ein nicht nur vorübergehender regelwidriger Zustand vorliegen muss, nicht jedoch die starre 6-Monats-Grenze des SGB IX. Die **Dauer der Behinderung** hat sich vielmehr an den besonderen Erfordernissen einer Integration in das Erwerbsleben im Unterschied zur allgemeinen Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft auszurichten. Damit erhält das leistungsgesetzliche **Ziel der Rehabilitation** maßgeblichen Einfluss auf den Begriff der Behinderung. Da im SGB VI – anders etwa als in § 19 SGB III oder § 53 Abs. 1 SGB XII – keine explizite Bezugnahme auf den Behinderungsbegriff des SGB IX vorliegt, kann nach allem von einem **eigenständigen Behinderungsbegriff** im SGB VI bzw. im Sinne des § 7 SGB IX von einer leistungsgesetzlich abweichenden Bestimmung des Begriffs der Behinderung ausgegangen werden.

c. § 35a SGB VIII

21 Nach § 35a Abs. 1 SGB VIII haben Kinder und Jugendliche Anspruch auf Eingliederungshilfe, wenn ihre seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für ihr Lebensalter typischen Zustand abweicht und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist oder eine solche Beeinträchtigung zu erwarten ist.³² Von einer seelischen Behinderung **bedroht** sind Kinder und Jugendliche, bei denen eine Beeinträchtigung ihrer Teilhabe am Leben in der Gesellschaft nach fachlicher Erkenntnis mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.

³⁰ Luthe in: jurisPK-SGB VI, § 9 SGB VI Rn. 14, 81.

³¹ Luthe in: jurisPK-SGB VI, § 9 SGB VI Rn. 85 f.

³² Näher Wiesner in: Luthe, Rehabilitationsrecht, S. 564 ff.

22 Die Vorschrift erfasst lediglich **Kinder und Jugendliche** mit einer **seelischen** Behinderung. Die seelische Störung muss mit **hoher Wahrscheinlichkeit** länger als sechs Monate andauern, während die hieraus folgende eingetretene und drohende Teilhabebeeinträchtigung gleichgestellt sind. Bei der **Teilhabebeeinträchtigung** ist zu bedenken, dass Kinder und Jugendliche im Vergleich zu Erwachsenen einen erhöhten Bedarf an Anleitung und Überwachung ihrer Lebensführung haben und sich die Teilhabebeeinträchtigung daher nicht allein aus der gesundheitlichen Störung, sondern gerade auch aus dem einschränkungsbedingt und lebensalterstypisch gegebenen Unterstützungsbedarf ergibt. Ein wesentlicher Unterschied zu § 2 Abs. 2 Satz 2 SGB IX ist, dass die Teilhabebeeinträchtigung bei **drohender Behinderung** (im Sinne einer bestehenden oder mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwartenden seelischen Störung von mehr als sechs Monaten) mit **hoher Wahrscheinlichkeit** zu erwarten sein muss. Die bei drohender Behinderung zu beachtende hohe Wahrscheinlichkeit bezieht sich also nicht auf den zu erwartenden Eintritt einer seelischen Störung, sondern auf die Erwartung einer Beeinträchtigung der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben.³³ Das Merkmal der hohen Wahrscheinlichkeit bzw. der hierbei zugrunde zu legende **Wahrscheinlichkeitsmaßstab** – sowohl bei der voraussichtlichen Dauer der seelischen Störung als auch bei der drohenden Behinderung – ist ähnlich wie bei § 53 Abs. 2 SGB XII (vgl. Rn. 25) unter Berücksichtigung der in § 1 SGB VIII genannten Gesetzesziele durch eine abwägende Betrachtung im Einzelfall (§ 33 SGB I) zu bestimmen. Das Merkmal der **Abweichung vom lebensalterstypischen Zustand** ist bei Kindern im Sinne des § 1 Abs. 1 und 2 SGB VIII zu bestimmen: Richtschnur muss zuvorderst sein das „Kindeswohl“³⁴ bzw. das jeweilige Kind in seiner individuellen und sozialen Entwicklung sein; eine typisierende Betrachtung nach Maßgabe des Lebensalters dürfte den höchst unterschiedlichen Entwicklungsverläufen bei Kindern kaum gerecht werden.

d. § 53 SGB XII

- 23** Nach § 53 Abs. 1 SGB XII (Eingliederungshilfe für behinderte Menschen) erhalten Personen, die durch eine „Behinderung im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX wesentlich in ihrer Fähigkeit, an der Gesellschaft teilzuhaben, eingeschränkt oder von einer solchen wesentlichen Behinderung bedroht sind“, Leistungen der Eingliederungshilfe, wenn und solange nach der Besonderheit des Einzelfalles, insbesondere nach Art und Schwere der Behinderung, Aussicht besteht, dass die in § 53 Abs. 3 SGB XII geregelte Aufgabe der Eingliederungshilfe erfüllt werden kann.³⁵ Personen mit einer anderen körperlichen, geistigen und seelischen Behinderung **können** nach § 53 Abs. 1 Satz 2 SGB XII Leistungen erhalten. Von einer Behinderung **bedroht** sind nach § 53 Abs. 2 SGB XII Personen, bei denen der Eintritt der Behinderung nach fachlicher Erkenntnis mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.
- 24** Eine Abweichung von § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB XII liegt im Merkmal der „**wesentlichen**“ Teilhabebeeinträchtigung.³⁶ Dies führt in der Praxis dazu, dass „leichte Fälle“ von der Eingliederungshilfe ausgenommen werden.³⁷ Wesentlich beeinträchtigt sind Personen, deren gesundheitliche Störung einen gewissen **Schweregrad** überschreitet und deshalb deren Teilhabemöglichkeiten an der

³³ Wiesner in: Luthe, Rehabilitationsrecht, S. 564 ff.; Stähr in: Hauck/Noftz, § 35a Rn. 33.

³⁴ M.w.N. aus dem Schrifttum und der verfassungsgerichtlichen Entscheidungspraxis: Luthe, Optimierende Sozialgestaltung, 2001, S. 82 ff.

³⁵ Näher Luthe/Palsherm, Fürsorgerecht – Grundsicherung und Sozialhilfe, S. 162 ff.

³⁶ Insofern kann nicht davon ausgegangen werden, § 53 SGB XII enthalte nur persönliche Leistungsvoraussetzungen, aber keine von § 2 Abs. 1 SGB IX abweichende Bestimmung des Behinderungsbegriffs. So aber Welti in: Lachwitz/Schellhorn/Welti, SGB IX, 4. Aufl. 2015, § 2 SGB IX Rn. 10.

³⁷ Mrozynski, Grundsicherung und Sozialhilfe, IV.3, Rn. 6.

Gesellschaft beeinträchtigt.³⁸ Der Personenkreis wesentlich Behinderter wird in der Eingliederungshilfe-VO (allerdings nicht abschließend) legaldefiniert (vgl. Rn. 6). Die Verordnung unterscheidet nach körperlich wesentlich (§ 1), geistig³⁹ wesentlich (§ 2) und seelisch⁴⁰ wesentlich (§ 3) behinderten Menschen. Liegt der zu fordernde Schweregrad vor, so ist bei Personen mit den ausdrücklich in der VO aufgeführten Beeinträchtigungen immer von einer wesentlichen Behinderung auszugehen.⁴¹

25 Während nach § 2 Abs. 1 Satz 2 SGB IX schon dann von einer **drohenden Behinderung** auszugehen ist, „wenn eine Beeinträchtigung zu erwarten ist“, fordert § 53 Abs. 2 SGB XII eine hohe Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts. Die Annahme einer lediglich „hinreichenden“ Wahrscheinlichkeit dürfte mit dem Wortlaut der Vorschrift nicht zu vereinbaren sein⁴², auch wenn im Übrigen davon auszugehen ist, dass der anzulegende Wahrscheinlichkeitsmaßstab in ähnlich offener Weise nicht ohne Abwägung ermittelt werden kann. Die vom Bundesverwaltungsgericht **geforderte Wahrscheinlichkeit von wesentlich mehr als 50%**⁴³ ist als Maßstab insofern zu starr und in seiner mathematischen Abstraktheit letztlich anwendungsuntauglich. Nach Maßgabe des Prinzips menschenwürdiger Bedarfsdeckung und des Individualisierungsgrundsatzes (§ 1 SGB XII; § 9 Abs. 1 SGB XII) kann auf die Gewichtung der in der Zukunft liegenden Beeinträchtigung nach Art und Schwere ebenso wenig verzichtet werden wie auf die Prüfung, ob mit einem frühzeitigen Einsatz der Maßnahmen noch erfolgversprechend geholfen werden kann.⁴⁴ Gleichzeitig ist jedoch das Nachrangprinzip des § 2 SGB XII zu beachten, das als Ausdruck nicht nur eines Vorranges individueller Selbsthilfe, sondern auch als Ausdruck prinzipieller Selbstverantwortlichkeit des Einzelnen für seine Lebensrisiken im Interesse der Gemeinschaft der Steuerzahler⁴⁵ zusätzlich eine wertende Betrachtung von Eintrittswahrscheinlichkeit und zu erwartenden Kosten erfordert.

26 Schließlich kennt § 53 Abs. 1 Satz 2 SGB XII im Gegensatz zu § 2 Abs. 1 SGB IX noch „**andere Behinderungen**“, die anders als in § 53 Abs. 1 Satz 1 SGB XII vorausgesetzt nicht den Schweregrad einer wesentlichen Beeinträchtigung aufweisen (vgl. Rn. 24), aber auch nicht in vollem Umfang dem Behinderungsbegriff des § 2 Abs. 1 SGB IX entsprechen müssen. So wird namentlich die Abweichung vom alterstypischen Zustand ebenso wie die 6-Monats-Grenze in § 2 Abs. 1 SGB IX bei den „anderen Behinderungen“ nicht gefordert. Das Gesetz öffnet sich hier vielmehr nach Maßgabe des Individualisierungsgrundsatzes (§ 9 Abs. 1 SGB XII) für eine Einzelfallbetrachtung der gesundheitlichen Störung bzw. der hieraus folgenden Teilhabebeeinträchtigung und wird hierdurch in sozialstaatlich geformter Weise der besonderen **Auffangfunktion** der Sozialhilfe als „letztes Netz unter dem Netz“ sonstiger sozialer Sicherung gerecht. Jedenfalls in dieser Hinsicht liegt im Hinblick auf die bei § 53 Abs. 1 Satz 2 SGB XII lediglich nach Ermessen gewährte Leistung

³⁸ Voelzke in: Hauck/Noftz/Luthe, SGB XII, § 53 SGB XII Rn. 14. Allerdings bezieht sich das Wesentlichkeitskriterium streng genommen nicht auf die gesundheitliche Störung, sondern auf die Teilhabebeeinträchtigung. Aus einer schweren Störung folgt die Wesentlichkeit der Teilhabebeeinträchtigung nicht zwangsläufig, wenngleich häufig.

³⁹ Hierzu gehört auch die Legasthenie, wenn sie nicht durch andere geistige Fähigkeiten ausgeglichen werden kann: BVerwG v. 28.09.1995 - 5 C 21/93 - Buchholz 436.0 § 39 BSHG Nr. 16; a.A. bei Kindern: VGH Mannheim v. 13.11.1996 - 6 S 1350/94 - BehRecht 1997, 116.

⁴⁰ Das Vorliegen einer seelischen Störung hat wegen der hier mit Schwierigkeiten verbundenen Beurteilung der Abweichung vom lebensalterstypischen Zustand nicht zwingend zur Folge, dass eine wesentliche Einschränkung, an der Gesellschaft teilzuhaben, vorliegt. Es kommt auf den Grad der seelischen Störung an: Voelzke in: Hauck/Noftz/Luthe, SGB XII, § 53 SGB XII Rn. 18.

⁴¹ Voelzke in: Hauck/Noftz/Luthe, SGB XII, § 53 SGB XII Rn. 15; a.A. Brühl, LPK-BSHG, § 39 Rn. 15: bei Vorliegen der genannten Beeinträchtigungen werde die Wesentlichkeit nur indiziert.

⁴² So Neumann, Handbuch SGB IX, § 5 Rn. 6 sowie Voelzke in: Hauck/Noftz/Luthe, SGB XII, § 53 SGB XII Rn. 23.

⁴³ BVerwG v. 26.11.1998 - 5 C 38/97 - FEVS 49, 487.

⁴⁴ Zu Letzterem: Voelzke in: Hauck/Noftz/Luthe, SGB XII, § 53 SGB XII Rn. 23.

⁴⁵ Zu diesem Topos: BVerwG v. 05.05.1983 - 5 C 112/81.

auch keine Ungleichbehandlung⁴⁶ vor zwischen behinderten Sozialhilfeempfängern und anderen behinderten Leistungsempfängern, wenn diese die Leistung als Pflichtleistung erhalten (insbesondere bei der Grundsicherung für Arbeitsuchende).

5. Maßstabsfunktion des Behinderungsbegriffs außerhalb des Rehabilitationsrechts

27 Der Behinderungsbegriff des § 2 SGB IX gilt – vorbehaltlich etwaiger Abweichungen in einzelnen Leistungsgesetzen (§ 7 SGB IX) – für sämtliche der in § 6 SGB IX aufgeführten Rehabilitationsträger. **Außerhalb des Rehabilitations- und Behindertenrechts** hat § 2 SGB IX vor allem eine **klärende und maßstäbliche Funktion**:

a. Verfassungsrecht

28 Grundsätzlich hat **Verfassungsrecht** Distanz zu wahren von den Begrifflichkeiten des einfachen Gesetzesrechts, welches seinerseits für die verfassungsrechtliche Auslegung nur von heuristischer Bedeutung sein kann. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verleiht behinderten Menschen ein subjektives Recht auf Abwehr behinderungsbedingter Benachteiligungen (vgl. näher die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 15).⁴⁷ Dem verfassungsrechtlichen Behinderungsbegriff liegt eine dreigliedrige Begriffsbestimmung zu Grunde. Das Bundesverfassungsgericht definiert Behinderung als die **Auswirkung** einer nicht nur vorübergehenden **Funktionsbeeinträchtigung**, die auf einem **regelwidrigen Zustand** körperlicher, geistiger oder seelischer Art beruht.⁴⁸ Die Definition erfolgt in Anlehnung an § 3 Abs. 1 SchwbG a.F. unter Bezugnahme auf den Behindertenbericht der Bundesregierung⁴⁹ sowie unter Verweis auf die internationale Begriffsbestimmung der Weltgesundheitsorganisation von 1980, die Behinderung als eine Kausalkette von Impairment (Schaden), Disability (Funktionsbeeinträchtigung) und Handicap (soziale Beeinträchtigung) beschreibt.⁵⁰ Das Bundesverfassungsgericht hält bis zum heutigen Tag (Februar 2017) **unverändert** an diesem Begriff der Behinderung fest⁵¹, auch unter der Geltung der UN-Behindertenrechtskonvention mit ihrem insofern abweichenden Verständnis einer Wechselwirkung von gesundheitlicher Störung und Teilhabebeeinträchtigung⁵². An der Verfassungsmäßigkeit des neuen Behinderungsbegriffs in § 2 Abs. 1 SGB IX besteht gleichwohl kein Zweifel. Die verfassungsgerichtliche Interpretation, die auf die „Auswirkungen“ einer gesundheitlichen Beeinträchtigung auf die soziale Position des Einzelnen abstellt, schließt die Möglichkeit einer gesetzlichen Erweiterung des Behinderungsbegriffs im Sinne des nunmehr in § 2 SGB IX verankerten Wechselwirkungstheorems nicht aus. Im deutschen Recht gilt das Wechselwirkungstheorem nunmehr unmittelbar. Frühere Bemühungen einer Auslegung des überkommenen Behinderungsbegriffs in § 2 Abs. 1 a.F. mittels der UN-Behinde-

⁴⁶ Hierzu *Voelzke* in: Hauck/Noftz/Luthe, SGB XII, § 53 SGB XII Rn. 20 f. sowie *Bieritz-Harder* in: Neumann, Handbuch SGB IX, S. 261.

⁴⁷ BVerfG v. 08.10.1997 - 1 BvR 9/97 - BVerfGE 96, 288, 302; VGH München v. 11.12.1996 - 7 B 96.2568 - BayVBl 1997, 561, 563.

⁴⁸ BVerfG v. 08.10.1997 - 1 BvR 9/97 - BVerfGE 96, 288, 301; BVerfG v. 19.01.1999 - 1 BvR 2161/94 - BVerfGE 99, 341, 356 f.

⁴⁹ BT-Drs. 12/7148, S. 2.

⁵⁰ Zur ICDIH-1, ICDIH-2 sowie zur ICF als der nunmehr gültigen Klassifikation der Weltgesundheitsorganisation vgl. *Götze* in: Hauck/Noftz, SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 6-9.

⁵¹ In BVerfG v. 12.12.2012 - 1 BvR 69/09 Rn. 17 bezieht sich das Gericht auf die Sonderschulentscheidung aus dem Jahr 1997 (v. 08.10.1997 - 1 BvR 9/97) und hält damit in zu vermutender Kenntnis der Völkerrechtslage gleichwohl an der deutschen Rechtstradition des Schwerbehindertenrechts fest.

⁵² Art. 1 Satz 2 UN-BRK; in Kraft seit 03.05.2008 (BGBl II 2008, 1419).

rungskonvention⁵³ sind seitdem hinfällig. Gleichwohl ist der neue Behinderungsbegriff ungeeignet für eine Rezeption als Rechtsbegriff und bedarf einer einengenden Interpretation (vgl. im Einzelnen die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 59 ff., Rn. 67 ff.).

29 Das Merkmal der „**Abweichung vom alterstypischen Zustand**“ in § 2 Abs. 1 Satz 2 SGB IX ist eine an das Lebensalter gebundene Beurteilung der gesundheitlichen Störung, während die verfassungsrechtlich maßgebliche „**Regelwidrigkeit**“ begrifflich offener ist und eine stärker an der Schutzbedürftigkeit der Person orientierte Betrachtung der gesundheitlichen Störung ermöglicht. Nach der hierbei gebotenen Abwägung zwischen den Prinzipien staatlicher Fremdverantwortung einerseits und individueller Selbstverantwortung des Einzelnen für die eigenen Lebensrisiken⁵⁴ andererseits aber wird man alterstypische Verfallserscheinungen im Regelfall auch im Verfassungsrecht nicht als regelwidrigen Gesundheitszustand ansehen können (vgl. die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 16). Je mehr das „Alterstypische“ im Zuge des medizinischen Fortschritts jedoch an Kontur verliert und damit auch für die rechtliche Beurteilung immer weniger greifbar erscheint, umso mehr wird die Anknüpfung am Merkmal der „Abweichung vom alterstypischen Zustand“ als Ursache der Teilhabebeeinträchtigung in § 2 SGB IX bei älteren Menschen zu einem Verfassungsproblem.⁵⁵

30 Ähnlich wie bei „Regelwidrigkeit“ ist das Verfassungsrecht auch hinsichtlich der **Dauer der Gesundheitsstörung bzw. Zustandsabweichung** offener als § 2 Abs. 1 SGB IX mit seiner Dauer von über sechs Monaten und damit anstatt einer starren Zeitfixierung grundlegend an der Schutzbedürftigkeit der Person orientiert (vgl. die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 17).

31 Nicht vom Schutz des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG erfasst sind „**drohende Behinderungen**“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 2 SGB IX. Denn eine drohende Behinderung kann im Regelfall keine „Auswirkungen“ auf die Position des Einzelnen in der Gesellschaft haben und letztlich zu Diskriminierungen führen (vgl. die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 18). Wirkungen einer drohenden Behinderung sind nicht gemeint, ansonsten hätte der Verfassungsgeber den Begriff der drohenden Behinderung im Verfassungstext aufgenommen.

32 Seinem Wortlaut nach ist der Schutzbereich von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht auf schwerbehinderte Menschen beschränkt.

b. Bundesgleichstellungsgesetz

33 In **§ 3 BGG** wurde der Behinderungsbegriff des § 2 SGB IX wortgleich übernommen. Hieran schließen wiederum landesrechtliche Gleichstellungsgesetze an mit entsprechenden Regelungen etwa zur Mobilität und Kommunikation.

c. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

34 Ziel des AGG ist, Benachteiligungen u.a. wegen einer Behinderung zu verhindern oder zu beseitigen (§ 1 AGG). Da das AGG vor dem Bundesteilhabegesetz in Kraft getreten ist, ist fraglich, ob die neue, seit 01.01.2018 geltende Behinderungsdefinition, die anders als der ältere Behinderungsbegriff auf dem Wechselwirkungsprinzip beruht, auf das AGG übertragen werden kann, zumal im AGG selbst kein Bezug zum SGB IX hergestellt wird. Der Gesetzgeber hatte seinerzeit beim AGG

⁵³ Etwa LSG Berlin-Brandenburg v. 03.12.2009 - L 13 SB 235/07.

⁵⁴ BVerwG v. 05.05.1983 - 5 C 112/81.

⁵⁵ Die Begrenzung des Behinderungsbegriffs auf eine Abweichung vom alterstypischen Zustand stellt eine sachlich nicht zu rechtfertigende Beschränkung des Begriffs der Behinderung dar, die in ihrer Allgemeinheit mit dem Recht älterer Menschen auf eine eigenständige Lebensführung nicht vereinbar ist: Bay. LSG v. 12.12.2002 - L 18 SB 22/01.

noch die alte Behinderungsdefinition im Auge.⁵⁶ Dagegen spricht das gesetzessystematische Argument, so dass vieles dafür spricht, beim AGG auf die neue Behinderungsdefinition des SGB IX in seiner seit 2018 geltenden Fassung abzustellen.

d. Pflegeversicherung

- 35** Im Pflegeversicherungsrecht hat der Gesetzgeber in § 14 SGB XI in seiner ab 01.01.2017 geltenden Fassung auf einen Begriff der **Behinderung vollständig verzichtet** und umschreibt die gesundheitlichen Einschränkungen, die zur Pflegebedürftigkeit führen, mit dem Begriff der „gesundheitlich bedingten Beeinträchtigungen der Selbstständigkeit oder der Fähigkeiten“ damit im Vergleich zur früheren Regelung wesentlich offener. An sich ist diese Definition für eine Rezeption als Rechtsbegriff in ihrer Offenheit und Beliebigkeit unbrauchbar. Allerdings wird der Mangel an Bestimmtheit durch die im Einzelnen aufgeführten Verrichtungsdefizite in § 14 Abs. 2 SGB XI hinreichend kompensiert. Jedenfalls ist es fortan nicht mehr möglich, den Begriff der Pflegebedürftigkeit weiterhin am Begriff der Behinderung zu messen.⁵⁷

e. Studiengebühren

- 36** Bei der Bemessung von **Studiengebühren** besteht bei Schwerbehinderung mit einem GdB von wenigstens 50 eine Regelvermutung, dass sich die Behinderung im Sinne der Gebührenordnung studienerschwerend auswirkt.⁵⁸ Bei den aus Gründen der Arbeitsplatzhaltung gleichgestellten Personen nach § 2 Abs. 3 SGB IX kann von einer solchen Regelvermutung jedoch nicht ausgegangen werden.

f. Kindergeld und Familienleistungsausgleich

- 37** Ist das Kind wegen vor dem 27. Lebensjahr eingetretener Behinderung außerstande, sich selbst zu unterhalten (§ 1602 Abs. 1 BGB), wird es für die Eltern auch dann berücksichtigt, wenn es das 18. Lebensjahr vollendet hat (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 BKGG, § 32 Abs. 4 Nr. 3 EStG).⁵⁹ Zur Auslegung des Begriffs der Behinderung kann auf § 2 Abs. 1 SGB IX und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Bezug genommen werden.⁶⁰

g. Elterngeld

- 38** Ein Elternteil kann – anstatt 12 Monate – 14 Monate Elterngeld beziehen, wenn die Betreuung des Kindes durch den anderen Elternteil wegen einer Schwerbehinderung nicht möglich ist (§ 4 Abs. 3 Satz 3 BEEG). Zur Auslegung des Begriffs der Schwerbehinderung kann auf § 2 Abs. 2 SGB IX Bezug genommen werden. Schwerbehinderten Menschen nach § 2 Abs. 3 SGB IX gleichgestellte Personen sind von der Privilegierung prinzipiell nicht ausgeschlossen. Für sie gilt bei der Prüfung der Unmöglichkeit der Betreuung als Folge der Schwerbehinderung im Vergleich zu Scherbehinderten nach § 2 Abs. 2 SGB IX aber ein strengerer Maßstab.

h. Steuerrecht

- 39** Im Einkommensteuerrecht ist die Behinderung als außergewöhnliche Belastung berücksichtigungsfähig. Für den Pauschbetrag wird auf den Grad der Behinderung Bezug genommen (§ 33b Abs. 2 und 3 EStG). Die hieraus zu schließende Verknüpfung von Steuer- und Sozialrecht hat zur Folge,

⁵⁶ BT-Drs. 16/1780, S. 31.

⁵⁷ So zur früheren Rechtslage: *Wagner* in: Hauck/Noftz/Schlegel, SGB XI, § 14 SGB XI Rn. 28: der Gesetzgeber habe nur deutlich machen wollen, dass nicht-medizinische Ursachen für die Anerkennung der Pflegebedürftigkeit nicht ausreichen.

⁵⁸ VG Karlsruhe v. 15.10.2008 - 7 K 1409/07.

⁵⁹ Eine Mitverursachung der Unfähigkeit zum Selbsterhalt durch die Behinderung ist ausreichend; die Behinderung muss nicht alleiniger Grund sein: FG Sachsen v. 26.06.2006 - 1 K 1565/04 (Kg).

⁶⁰ BVerfG v. 08.10.1997 - 1 BvR 9/97 - BVerfGE 96, 288, 302; VGH München v. 11.12.1996 - 7 B 96.2568 - BayVBl 1997, 561, 563.

dass für eine Berücksichtigung **außerhalb** des Pauschbetrages nach § 33 EStG der Behinderungsbegriff des § 2 SGB IX zu Grunde zu legen ist.⁶¹ Schwerbehinderte Menschen, die durch Merkzeichen als blind, hilflos oder außergewöhnlich gehbehindert ausgewiesen sind, sind von der Kraftfahrzeugsteuer befreit (§ 3a Abs. 1 KraftStG). Schwerbehinderte Menschen, die in ihrer Bewegungsfähigkeit im Straßenverkehr erheblich eingeschränkt sind, erhalten eine Ermäßigung auf die Kraftfahrzeugsteuer, soweit sie nicht die Freifahrt im öffentlichen Nahverkehr in Anspruch nehmen (§ 3a Abs. 2 KraftStG).

i. Ausbildungs- und Aufstiegsförderung

- 40** Nach § 15 Abs. 3 Nr. 5 **BAföG** wird die Förderung über die Höchstdauer hinaus geleistet, wenn diese infolge einer Behinderung überschritten worden ist. Zur Auslegung des Begriffs der Behinderung kann auf § 2 SGB IX zurückgegriffen werden.⁶² Im Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetz (**AFBG**) wird die Förderungshöchstdauer angemessen verlängert, soweit die Betreuung eines behinderten Kindes oder eine Behinderung des Teilnehmers dies rechtfertigen (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 AFBG). Für jeden Monat, für den der Darlehensnehmer glaubhaft macht, dass er ein behindertes Kind betreut und in dem er nicht mehr als 30 Std. wöchentlich erwerbstätig ist, wird die Rückzahlungsrate längstens für einen Zeitraum von zunächst 12 Monaten gestundet (§ 13 Abs. 7 AFBG). Zur Auslegung des Begriffs der Behinderung kann auf § 2 Abs. 1 SGB IX zurückgegriffen werden.⁶³

j. Berufsbildungsrecht

- 41** Nach dem Berufsbildungsgesetz (BBiG) können für behinderte Menschen Ausnahmen gemacht werden bei der zeitlichen und sachlichen Gliederung der Ausbildung, der Dauer von Prüfungszeiten, der Zulassung von Hilfsmitteln und der Inanspruchnahme von Hilfeleistungen durch dritte Personen wie etwa Gebärdendolmetscher (§ 65 BBiG). Regelmäßig ist in einem anerkannten Ausbildungsberuf auszubilden. Dies gilt nicht, wenn dies wegen der Art und Schwere der Behinderung nicht möglich ist (§ 66 BBiG). Sonderregelungen bestehen zudem für die berufliche Fortbildung und Umschulung behinderter Menschen (§ 67 BBiG). Der Behinderungsbegriff des BBiG ist an § 2 SGB IX zu messen.

k. Schulrecht

- 42** Für das landesrechtliche Schulrecht muss im Einzelfall anhand der jeweiligen schulrechtlichen Bestimmungen geprüft werden, inwieweit hier auf die Behinderungsdefinition des § 2 SGB IX zurückgegriffen werden kann. Grundsätzlich erbringt die Schule im Sinne des Art. 7 GG **Bildungs- und Erziehungsleistungen**, nicht jedoch **Sozialleistungen** im Sinne des § 17 SGB I. Allerdings beinhaltet das Rehabilitationsrecht nach § 29 SGB I im Bereich der sozialen Teilhabe auch schulische Maßnahmen, so dass es naheliegt, den teilhaberechtlichen Behinderungsbegriff des § 2 SGB IX auch für die Auslegung der im Schulrecht anzutreffenden Behinderungsbegriffe heranzuziehen. Der schulrechtliche Begriff des sonderpädagogischen Förderungsbedarfs ist jedoch weiter gefasst als derjenige der Behinderung und bezieht deshalb stärker noch als der sozialrechtliche Behinderungsbegriff auch soziale Defizite in die Betrachtung ein.⁶⁴

⁶¹ BFH v. 28.09.2000 - III R 21/00 - NV 2001, 435 f.

⁶² So bereits unter Bezugnahme auf § 3 SchwbG: OVG NRW v. 13.12.1989 - 16 A 1908/89 - DÖV 1990, 665.

⁶³ So VG Frankfurt v. 30.04.2015 - 3 K 1915/14.F.

⁶⁴ *Luthe* in: *Luthe, Rehabilitationsrecht*, Teil 1 A. Rn. 21.

I. Gewerbeordnung

- 43** Nach § 106 GewO kann der Arbeitgeber in den Grenzen arbeitsrechtlicher Regelungen Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen bestimmen. Bei der Ausübung des Ermessens hat der Arbeitgeber auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen. Der Behinderungsbegriff ist wegen seiner Sachnähe zu den Besonderheiten des Erwerbslebens an § 19 des SGB III (Rn. 16) zu orientieren.

m. Baurecht

- 44** Nach den jeweiligen Landesbauordnungen sind bauliche Anlagen und Anlagen, zu denen ein allgemeiner Besucherverkehr führt, so herzustellen, dass sie u.a. von behinderten Menschen ohne fremde Hilfe zweckentsprechend genutzt und aufgesucht werden können.⁶⁵ Hierbei ist der Behinderungsbegriff des § 2 SGB IX zugrunde zu legen.

n. Kündigungsschutzgesetz

- 45** Im Rahmen einer betriebsbedingten Kündigung ist bei der Auswahl der zu kündigenden Personen eine soziale Auswahl vorzunehmen. Dabei ist u.a. eine Schwerbehinderung zu berücksichtigen (§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG; vgl. auch § 85 SGB IX), wobei der Begriff der Schwerbehinderung an § 2 Abs. 2 und 3 SGB IX gemessen werden kann. Bei krankheitsbedingter Kündigung behinderter Menschen hat der Arbeitgeber die Möglichkeit betrieblicher Umorganisation zwecks Erhaltung des Arbeitsplatzes zu prüfen. Hier ist wegen des besonderen Bezuges zum Erwerbsleben die Begrifflichkeit des § 19 SGB III zugrunde zu legen.⁶⁶

o. Bürgerliches Gesetzbuch

- 46** Kann ein Volljähriger u.a. auf Grund einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen, so bestellt das Vormundschaftsgericht auf seinen Antrag oder von Amts wegen für ihn einen Betreuer (§ 1896 Abs. 1 BGB). Der Behinderungsbegriff in § 2 SGB IX dürfte dem Anliegen des BGB nicht in jeder Hinsicht gerecht werden. Der in § 1896 BGB vorausgesetzte Betreuungsbedarf kann auch vorliegen, ohne dass – wie in § 2 Abs. 1 SGB IX – eine mindestens 6-monatige Abweichung vom lebensalterstypischen Zustand und/oder eine Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Teilhabe zugrunde liegt. Maßgeblich ist nach BGB die Unfähigkeit der Person, ihre Angelegenheiten ganz oder teilweise zu besorgen. Dies ist bei einer körperlichen, geistigen oder seelischen Gesundheitsstörung zwar nahe liegend, jedoch nicht zwangsläufig der Fall. Deshalb können Behinderungsbegriffe des Sozialrechts nur „ergänzend“ herangezogen werden.⁶⁷

6. Europäisches Recht

a. Rehabilitation in der Europäischen Union

- 47** Nach Maßgabe des gemeinschaftsrechtlichen Prinzips der begrenzten und enumerativen Einzelermächtigung steht es der Europäischen Gemeinschaft grundsätzlich nicht zu, europaweite Regelungen zur **Rehabilitation** gesundheitlich geschädigter Menschen zu treffen. Weder der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union noch (AEUV) noch der Vertrag über die Europäische Union (EUV) befassen sich ausdrücklich mit einem Politikbereich „Rehabilitation“ oder mit einer Definition von Rehabilitation als Rechtsbegriff.⁶⁸ Der Behinderungsbegriff taucht dagegen in Art. 10

⁶⁵ Vgl. z.B. § 42 Abs. 1 BWBauO oder Art. 51 Abs. 1 BayBauO.

⁶⁶ A.A. LArbG Berlin-Brandenburg v. 04.12.2008 - 26 Sa 343/08 - LAGE § 3 AGG Nr. 1: Bezugnahme auf § 2 SGB IX.

⁶⁷ So zutreffend *Jürgens*, Betreuungsrecht, § 1896 BGB Rn. 3.

⁶⁸ *Schlegel* in: Luthe, Rehabilitationsrecht, Teil 1 D.

und Art. 19 AEUV auf: Die EU zielt nach Art. 10 AEUV bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen darauf ab, Diskriminierungen u.a. aus Gründen einer Behinderung zu bekämpfen. Ferner kann sie nach Art. 19 Abs. 1 AEUV „Vorkehrungen“ treffen, um Diskriminierungen u.a. wegen einer Behinderung zu verhindern. Im Übrigen kann sie in engen Grenzen durch Richtlinien Mindestvorschriften zur sozialen Sicherheit der EU-Bürger erlassen (Art. 151 AEUV) und darf mit präventiver Ausrichtung koordinierend und ergänzend im Bereich des Gesundheitsschutzes aktiv werden (Art. 168 AEUV). Maßgeblichen Einfluss auf das Rehabilitationsgeschehen der Mitgliedstaaten aber haben nicht die genannten Politikbereiche des EU-Rechts, sondern in mittelbarer Weise die **Ausnahmen vom Wohnsitzprinzip** (§ 30 Abs. 1 SGB I)⁶⁹, das **freizügigkeitspezifische Sozialrecht** (mit dem Ziel der Vermeidung von Nachteilen im Bereich sozialer Sicherung bei Gebrauch der Arbeitnehmer-Freizügigkeit, Art. 45 AEUV sowie VO (EG) 883/2004), die aus den Grundfreiheiten und dem Verordnungsrecht⁷⁰ des AEUV folgenden Möglichkeiten der Inanspruchnahme von **Rehabilitationsleistungen im europäischen Ausland** sowie die gemeinschaftsrechtlich angestrebte Öffnung des europäischen Marktes u.a. für **private Leistungserbringer** des Sozial- und Gesundheitswesens nach Maßgabe der Grundfreiheiten des EU-Rechts und des europäischen Kartell- und Beihilferechts.⁷¹

b. Europarechtlicher Behinderungsbegriff

48 Zum **Begriff der Behinderung** enthält das europäische Primär- und Sekundärrecht keine Definition, wenngleich in **Art. 10 und 19 AEUV** durchaus von einer Behinderung die Rede ist. Art. 10 AEUV ist jedoch ausschließlich an die Union adressiert und verpflichtet insofern nur ihre Organe, nicht dagegen die Mitgliedstaaten, in denen sie auch keine unmittelbare Wirkung entfaltet. Der Union stellt sie keinen eigenständigen Kompetenztitel bereit und erweitert auch nicht die ihr nach Maßgabe der Art. 4 und 5 EUV sowie der Art. 2-6 übertragenen Kompetenzen. Vielmehr setzt sie diese voraus und ergänzt sie um die Beachtung der besonderen Diskriminierungsverbote.⁷² Art. 19 AEUV enthält selbst kein Diskriminierungsverbot. Die Bestimmung stellt aber eine Rechtsgrundlage zum Erlass von Sekundärrecht zur Bekämpfung von Diskriminierungen dar.⁷³ Zudem enthält **Art. 21 Abs. 1 EU-Grundrechte-Charta** ein Verbot der Diskriminierung u.a. wegen einer Behinderung. Hierbei handelt es sich um ein einklagbares Recht. Dieses gilt jedoch nur für die Union und ihre Stellen. Die Mitgliedstaaten und deren Stellen werden gem. Art. 51 Abs. 1 Satz 1 EU-Grundrechte-Charta (nur) verpflichtet, soweit es um die Durchführung von Unionsrecht geht.⁷⁴ Eine *Konkretisierung* des Art. 21 Abs. 1 EU-Grundrechte-Charta auf der Ebene des Sekundärrechts enthält die Richtlinie 2000/78/EG, die Ungleichbehandlungen im Beruf u.a. wegen einer Behinderung verbietet. Die Richtlinie ist ggf. an den Vorgaben des Art. 21 Abs. 1 EU-Grundrechte-Charta zu messen.⁷⁵

⁶⁹ Aufgrund supranationalen, zwischenstaatlichen oder deutschen (etwa § 3 Nr. 1 SGB IV, § 2 Abs. 2 SGB IX, § 1 Abs. 6 OEG, § 6 Abs. 2 SGB VIII) Rechts.

⁷⁰ Vgl. VO (EG) 883/2004.

⁷¹ Zum Ganzen etwa *Schlegel* in: Luthe, Rehabilitationsrecht, Teil 1 D.; *Becker/Matthäus*, DRV 2004, 551; *Hailbronner*, JZ 2005, 1138; *Bieback* in: Fuchs, Europäisches Sozialrecht, Art. 18; *Udsching/Harich*, EuR 2006, 794.

⁷² *Rossi* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Rn. 3.

⁷³ *Grabenwarter* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 2016, Art. 19 Rn. 6.

⁷⁴ EuGH v. 26.09.2013 - C-195/12; EuGH v. 19.01.2010 - C-555/07 - Slg 2010, I-365-416 - Küçükdeveci; EuGH v. 15.09.2011 - C-197/10 - Slg 2011, I-8495 - GA Kokott; *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 2016, Art. 21 Rn. 3 ff.

⁷⁵ EuGH v. 01.03.2011 - C-236/09 - Slg 2011, I-773-817 - GA Kokott.

- 49 Wenngleich aus den vorgenannten europarechtlichen Bestimmungen unmittelbar eine Behinderungsdefinition nicht zu entnehmen ist, so hat der EuGH in einem Verfahren⁷⁶ über eine krankheitsbedingte Kündigung zum Begriff der „Behinderung“ in der auf Art. 19 AEUV beruhenden **Richtlinie 2000/78/EG** (vom 27.11.2000)⁷⁷ Stellung genommen: Aus den Erfordernissen einheitlicher Anwendung des Gemeinschaftsrechts wie auch des Gleichheitsgrundsatzes ergebe sich, dass den Begriffen einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, die wie die Richtlinie bei der Bestimmung ihrer Bedeutung nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweise, eine autonome und einheitliche Auslegung zu geben sei, die unter Berücksichtigung des Zusammenhangs der Vorschrift und ihrer Ziele zu ermitteln sei. Ziel der Richtlinie sei insofern die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung von Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf u.a. aus Gründen einer Behinderung. Der Begriff der Behinderung ist danach so zu verstehen, dass er eine **Einschränkung erfasst, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet**. „Krankheit“ ist demgegenüber keine Behinderung. Denn mit der Verwendung der Begriffs „Behinderung“ habe der Gesetzgeber bewusst eine Formulierung gewählt, die sich von dem der Krankheit unterscheide. Hinsichtlich des Merkmals der „Einschränkung“ weist der EuGH zudem darauf hin, es müsse wahrscheinlich sein, dass diese **von langer Dauer** ist. In zwei **neuen Entscheidungen hat der EuGH** nochmals den allein arbeitsrechtlichen Hintergrund seines Behinderungsbegriffs betont und unter einer Behinderung eine Einschränkung verstanden, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet. Unter Anlehnung an das **Wechselwirkungstheorem** der UN-Behindertenrechtskonvention (vgl. die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 32 ff.) handele es sich um Beeinträchtigungen, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können.⁷⁸ Ein vollständiger Ausschluss aus dem Berufsleben aber ist nicht Voraussetzung für das Vorliegen einer Behinderung; eine Beeinträchtigung der beruflichen Tätigkeit sei ausreichend, so der EuGH.
- 50 Vor dem Hintergrund des Anwendungsvorrangs des Europarechts gegenüber nationalem Recht sowie dem Erfordernis seiner europarechtskonformen Auslegung stellt sich die Frage nach den **Auswirkungen der Behinderungsdefinition des EuGH auf das Verständnis von § 2 Abs. 1 SGB IX und § 2 Abs. 2 SGB IX**. Der EuGH hat in seiner Entscheidung weder auf die in § 2 Abs. 2 SGB IX geregelte Definition der Schwerbehinderung noch auf das in § 2 Abs. 1 SGB IX geregelte Merkmal der Abweichung vom lebensalterstypischen Zustand abgestellt. Die Richtlinie 2000/78/EG bezweckt lediglich die Gleichbehandlung u.a. behinderter Menschen in Beschäftigung und Beruf, schließt Leistungen der sozialen Sicherheit und des sozialen Schutzes jedoch ausdrücklich von ihrem Geltungsbereich aus (Art. 3 Abs. 3 Richtlinie 2000/78/EG). Aus Art. 19 AEUV können subjektive Rechte im Übrigen nicht abgeleitet werden; die Bestimmung ist in den Mitgliedstaaten nicht

⁷⁶ EuGH v. 11.07.2006 - C-13/05 - NZA 2006, 839 - Sonia Chacon Navas/Eurest Colectividades.

⁷⁷ Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 303 vom 02.12.2000, S. 16.

⁷⁸ EuGH v. 11.04.2013 - C-335 und 337/11: „Der Begriff „Behinderung“ im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ist dahin auszulegen, dass er einen Zustand einschließt, der durch eine ärztlich diagnostizierte heilbare oder unheilbare Krankheit verursacht wird, wenn diese Krankheit eine Einschränkung mit sich bringt, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die **in Wechselwirkung** mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können, und wenn diese Einschränkung von langer Dauer ist. Für die Frage, ob der Gesundheitszustand einer Person unter diesen Begriff fällt, kommt es nicht auf die Art der Maßnahmen an, die der Arbeitgeber ergreifen muss.“ Ebenso EuGH v. 18.12.2014 - C-354/13.

unmittelbar anwendbar.⁷⁹ Lediglich das auf Art. 19 AEUV beruhende Richtlinienrecht begründet nationale Verpflichtungen. Das Bundesgleichstellungsgesetz für Menschen mit Behinderungen und insbesondere das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz i.V.m. § 33c SGB I (vgl. die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 3 f.), mit dem die Richtlinie – über das europarechtlich geforderte Maß – in nationales Recht umgesetzt wurde, orientieren sich hinsichtlich ihrer Behinderungsbegriffe an § 2 SGB IX (vgl. explizit § 3 BGG). Ohnehin aber ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz als „einfaches Gesetz“ den Bestimmungen des Sozialgesetzbuchs nicht übergeordnet.⁸⁰ Auch werden behinderte Menschen bei der Anwendung der Behinderungsdefinition des § 2 SGB IX im Sinne des § 33c SGB I (die Bestimmung unterliegt nicht dem Vorbehalt abweichender Regelung in § 37 SGB I) nicht benachteiligt; die Vorschrift dient vielmehr deren Schutz. Auf die Behinderungsdefinition in **§ 2 Abs. 1 SGB IX** wirkt sich der der Behinderungsbegriff des EuGH nach allem nicht aus.⁸¹ Gleiches gilt für die Definition der Schwerbehinderung in **§ 2 Abs. 2 SGB IX**⁸², die nach den Vorstellungen des Gesetzgebers im Übrigen auf § 2 Abs. 1 SGB IX aufbaut (vgl. Rn. 2).

51 Allerdings sind im weiteren Bezugsrahmen der Feststellung von **Schwerbehinderungen** und namentlich bei den **Arbeitgeberpflichten** der §§ 80 ff. SGB IX etwaige Auswirkungen des europäischen Behinderungsbegriffs nicht völlig von der Hand zu weisen, insbesondere in Anbetracht der Beschränkung der Arbeitgeberpflichten auf schwerbehinderte Menschen.⁸³ Die Richtlinie 2000/78/EG aber macht zwischen einfachen und schweren Behinderungen keinen Unterschied. Nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie erstreckt sich ihr **Geltungsbereich** u.a. auf die Bedingungen für den Zugang zu selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit sowie auf die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen. Nach Art. 5 der Richtlinie sind ferner zugunsten der Gleichbehandlung behinderter Menschen **angemessene Vorkehrungen** zu treffen und hat der **Arbeitgeber** die geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um den Zugang zu Beschäftigung, die Ausübung eines Berufs, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Ausbildungs- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, es sei denn, die Maßnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten. Da das Richtlinienziel der Bekämpfung von Diskriminierung und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf **nicht auf schwerbehinderte Menschen beschränkt** ist, die im SGB IX geregelten Arbeitgeberpflichten aber gerade nationalstaatliche „Vorkehrungen“ sind, die mit ihrer Beschränkung auf Schwerbehinderte zu kurz greifen, sie sogar dazu beitragen können, dass Arbeitgeber mit der Gleichbehandlung ausschließlich schwerbehinderter Personen ihren in der Richtlinie auferlegten Pflichten nicht ausreichend nachkommen, dürfte die derzeitige Gesetzeslage des SGB IX mit Europarecht nur dann zu vereinbaren sein, wenn die Ausweitung von Arbeitgeberpflichten auf (lediglich) behinderte Personen als unverhältnismäßige Belastung angesehen werden muss, was u.a. davon abhängt, inwiefern diese durch europäische oder nationalstaatliche Maßnahmen kompensiert wird. Das **Bundesarbeitsgericht**⁸⁴ hat den Ausschluss einfacher Behinderungen in

⁷⁹ Streinz in: Streinz, EUV/EGV Komm., Art. 13 Rn. 17.

⁸⁰ BVerfG v. 07.08.2007 - 1 BvR 1941/07 - SozR 4-2500 § 95 Nr. 13.

⁸¹ A.A. *Schimanski* in: Großmann, SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 22g: Die Sechsmonatsfrist des § 2 SGB IX sei mit Europarecht nicht zu vereinbaren; der medizinisch dominierte Begriff der Behinderung müsse von einem sozialen Begriff abgelöst werden. Verkannt werden jedoch die Berufsbezogenheit des europäischen Behinderungsbegriffs und der ausdrückliche Ausschluss seiner Geltung für den Bereich des sozialen Schutzes.

⁸² *Knickrehm*, SGB 2008, 220, 221.

⁸³ So die Erwägung von *Knickrehm*, SGB 2008, 220.

⁸⁴ BAG v. 03.04.2007 - 9 AZR 823/06 - BAGE 122, 54-64; zur krankheitsbedingten Kündigung behinderter Menschen, zum Begriff der Behinderung unter Anlehnung an die europarechtliche Begriffsbestimmung und zur Verpflichtung des Arbeitgebers zur betrieblichen Umorganisation zwecks Erhaltung des Arbeitsplatzes vgl. auch LArbG Berlin-Brandenburg v. 04.12.2008 - 26 Sa 343/08 - LAGE § 3 AGG Nr. 1.

§ 81 SGB IX a.F. denn auch als mit der Richtlinie unvereinbar angesehen: Die Anwendung des in der Richtlinie geregelten Diskriminierungsverbots dürfe zwar von der Dauer der Behinderung abhängig gemacht werden, nicht aber von ihrer Intensität. Da der Gesetzgeber die Richtlinie im SGB IX nach Auffassung des Gerichts fälschlicherweise in vollem Umfang als umgesetzt ansah, sah sich das Gericht dazu aufgerufen, als „Erfüllungsgehilfe“ des Gesetzgebers die Vorschrift entgegen ihrem Wortlaut auch auf „einfache“ Behinderungen anzuwenden.

7. Der Behinderungsbegriff der UN-Behindertenrechtskonvention

- 52** Eine Behinderung war nach der Vorgängervorschrift des § 2 Abs. 1 SGB IX (a.F.) rechtlich das Ergebnis einer **Kausalkette**: Aus der gesundheitlichen Störung entsteht ein körperliches/psychisches Funktionsdefizit, hieraus eine soziale Teilhabebeeinträchtigung. Diese Sichtweise wurde aufgegeben. Ebenso wie § 1 der UN-BRK geht nunmehr auch der in der Fassung des Bundesteilhabegesetzes seit 01.01.2018 geltende § 2 Abs. 1 SGB IX von einer **Wechselwirkung** von gesundheitlicher Störung und sozialen Hinderungsgründen aus⁸⁵ (vgl. die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 32 ff.). Lediglich das Bundesverfassungsgericht scheint weiterhin am überkommenen Behinderungsbegriff festzuhalten (vgl. die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 15 ff.).⁸⁶ An der Verfassungsmäßigkeit des neuen Behinderungsbegriffs in § 2 Abs. 1 SGB IX besteht gleichwohl kein Zweifel. Die verfassungsgerichtliche Interpretation, die auf die „Auswirkungen“ einer gesundheitlichen Beeinträchtigung auf die soziale Position des Einzelnen abstellt, schließt die Möglichkeit einer gesetzlichen Erweiterung des Behinderungsbegriffs im Sinne des Wechselwirkungstheorems nicht aus. Im deutschen Recht gilt das Wechselwirkungstheorem nunmehr unmittelbar. Frühere Bemühungen einer Auslegung des Behinderungsbegriffs mittels der UN-Behindertenrechtskonvention⁸⁷ sind seitdem hinfällig. Gleichwohl ist der neue Behinderungsbegriff ungeeignet für eine Rezeption als Rechtsbegriff und bedarf einer einengenden Interpretation (vgl. im Einzelnen die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 59 ff., Rn. 67 ff.).

VII. Ausgewählte Literaturhinweise

- 53** Davy, SDSRV 49 (2002), 7 ff.; *Kleinebrink*, Bundesteilhabegesetz, DB 2017, 126; *Luthe* in: ders., *Rehabilitationsrecht*, 2. Aufl. 2015, Teil 2 A.; *Neumann* in: ders., *Handbuch SGB IX*, 2004, S. 51 ff.; *Schuntermann*, DRV 2003, 52; *Welti*, *Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat*, 2005, 10 ff.

⁸⁵ „Zu den Menschen mit Behinderungen zählen Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können“ (Art. 1 Satz 2 UN-BRK).

⁸⁶ In BVerfG v. 12.12.2012 - 1 BvR 69/09 - juris Rn. 17 bezieht sich das Gericht auf den Behinderungsbegriff der Sonderschulentscheidung aus dem Jahr 1997 (v. 08.10.1997 - 1 BvR 9/97) und hält damit in zu vermutender Kenntnis der Völkerrechtslage gleichwohl an der deutschen Rechtstradition des Schwerbehindertenrechts fest: „Behinderung ist danach die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht.“

⁸⁷ Etwa LSG Berlin-Brandenburg v. 03.12.2009 - L 13 SB 235/07.

B. Auslegung der Norm

I. Regelungsgehalt und Bedeutung der Norm

- 54** Die Vorschrift definiert die Begriffe der Behinderung, drohenden Behinderung, Schwerbehinderung und den Status der Gleichstellung mit schwerbehinderten Menschen. Insofern grenzt die Vorschrift den **Personenkreis** ab, für den die Regelungen des SGB IX relevant werden. Auf dem Begriff der schwerbehinderten Menschen (§ 2 Abs. 2 SGB IX) und der ihnen gleichgestellten Menschen (§ 2 Abs. 3 SGB IX) baut Teil 2 des SGB IX (§§ 68-160 SGB IX) auf.
- 55** Da das SGB IX jedoch nur anwendbar ist, insofern in den für den jeweiligen Rehabilitationsträger geltenden Leistungsgesetzen nichts Abweichendes bestimmt ist (§ 7 SGB IX), haben **abweichende Behinderungsbegriffe** (vgl. Rn. 15 ff.) in anderen Leistungsgesetzen des Rehabilitationsrechts Vorrang gegenüber den Definitionen des SGB IX.
- 56** **Außerhalb des Rehabilitations- und Behindertenrechts** hat § 2 SGB IX vor allem eine klärende Funktion und kann zur Auslegung herangezogen werden (vgl. Rn. 27 ff.).

II. Normzweck

- 57** Die in § 2 SGB IX enthaltenen Behinderungsbegriffe sind zentral für die Anwendung des SGB IX. Auf ihnen bauen die Gesetzesziele (§ 1 SGB IX), die Leistungsziele (§ 4 SGB IX) und, allerdings nur teilweise (vgl. die kausale Betrachtung in § 152 Abs. 1 Satz 5 SGB IX), das in Teil 2 des SGB IX geregelte Schwerbehindertenrecht auf. Unmittelbare Rechtsansprüche auf Leistungen enthält § 2 SGB IX dagegen nicht. Diese folgen ausschließlich aus den jeweiligen Leistungsvorschriften des SGB IX in Verbindung mit den für die Rehabilitationsträger geltenden Leistungsgesetzen.

III. Inhalt der Vorschrift im Einzelnen

1. Vorbemerkungen: Krankheit, Behinderung und soziale Behinderung

- 58** Im deutschen Gesundheits- und Sozialsektor wird die Rolle der Rehabilitation unterschiedlichen Zuständen zugeordnet: Krankheit, Behinderung und Pflegebedürftigkeit.⁸⁸ So ist die Kranken-, Renten- und Unfallversicherung offen gegenüber einem auch **krank** Menschen einbeziehenden Konzept von Rehabilitation, während die Rehabilitation in der Arbeitsförderung und in der Sozial- und Jugendhilfe von vornherein nur für **behinderte** Menschen in Betracht gezogen werden kann.⁸⁹ Insofern im SGB IX auch **chronisch** kranke Menschen einbezogen werden (§ 3 SGB IX), so folgt daraus nicht, dass auch chronisch Kranke als behindert zu gelten haben. Denn die Schwere oder Dauer der gesundheitlichen Störung haben nicht zwangsläufig auch eine Beeinträchtigung der Teilhabe zur Folge.⁹⁰ Auch wenn die Aufgabe der Rehabilitation sachlogisch auch kranke und pflegebedürftige Personen erfasst, so ist das SGB IX als ein die einzelnen Leistungsgesetze der

⁸⁸ Plute, VSSR 2003, 97, 98, 104.

⁸⁹ Zum Begriff und Gegenstand des Rehabilitationsrechts auch Luthe, SGB 2007, 454.

⁹⁰ Zutreffend Mrozynski, SGB IX, 2. Aufl. 2011, § 2 SGB IX Rn. 12; der zudem darauf hinweist, auch durch die Einbeziehung der chronischen Erkrankung in das Leistungskonzept der medizinischen Rehabilitation (§ 26 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX) werde die chronische Erkrankung nicht zu einer Behinderung. In § 26 SGB IX werde nur das Leistungsrecht, nicht aber der Begriff der Behinderung erweitert.

Rehabilitation übergreifendes „Dachgesetz“ ausschließlich behinderten Menschen und ihrer „Teilhabe“ am Leben in der Gesellschaft und im Arbeitsleben (so vor allem im Schwerbehindertenrecht) zgedacht (vgl. § 1 SGB IX).⁹¹

59 Zweifelsohne aber verschwimmen die **Grenzen zwischen Krankheit und Behinderung**, je weiter man sich vom **medizinischen Modell** der Behinderung entfernt, wonach die Behinderung als im Kern kurativ behandelbares Gesundheitsproblem einer Person aufgefasst wird, und sich – wie nunmehr mit dem Bundesteilhabegesetz seit dem 01.01.2018 – **in § 2 Abs. 1 SGB IX** einem **sozialen Modell** der Behinderung zuwendet, das Behinderung hauptsächlich als gesellschaftlich verursachtes Problem betrachtet. Geht man im Sinne eines partizipatorischen Verständnisses von Behinderung (vgl. Rn. 60) so weit, die Gesundheitsstörung (= Abweichung vom lebensalterstypischen Zustand in den Bereichen Körper, Geist, Seele und Sinneswahrnehmungen) selbst an den gesellschaftlichen und personalen Kontextbedingungen bzw. an der individuellen gesellschaftlichen Befindlichkeit der Person zu orientieren⁹², so kann dies konsequent zu Ende gedacht nicht unerheblich zur Ausweitung des Kreises behinderter Menschen beitragen (und dies nicht nur im Rehabilitationsrecht, vgl. Rn. 27 ff.) und einer (weiteren) Verantwortungsverlagerung des Rehabilitationswesens von den Gesundheitsberufen in die politische Wahrnehmungszuständigkeit Vorschub leisten. Der Behinderungsbegriff erscheint in dieser Hinsicht als eine in hohem Maße interesselgeleitete Kategorie⁹³: von einer Eroberung oder Mitgestaltung der herkömmlich medizinischen Definitionskompetenz profitieren die einen, von ihrer Verteidigung dagegen die anderen. Die **ICF der Weltgesundheitsorganisation** mit ihrem „biopsychosozialen“ Rehabilitationsmodell (vgl. Rn. 60 ff.) dagegen bemüht sich nach eigenem Selbstverständnis um eine Vermittlung zwischen medizinischer und sozialer Sichtweise.⁹⁴ Gegenüber der klassischen medizinischen Sicht aber wird sie gemeinhin als „Paradigmenwechsel“ eingestuft: anstatt einer Kausalkette von Gesundheitsschaden, Funktionsbeeinträchtigung und Teilhabebeeinträchtigung steht nunmehr die Wechselwirkung von Gesundheitsschaden und Gesellschaft im Vordergrund.⁹⁵ Wie immer sich dieses Anliegen in der Begutachtungspraxis auch widerspiegeln mag – das **Wechselwirkungstheorem ist ein klarer Punktsieg für die soziale Sichtweise und in § 2 Abs. 1 SGB IX wurde dieser Sicht endgültig zum Durchbruch verholfen.**

2. Der „weite“ Behinderungsbegriff der ICF als Vorläufer des Absatzes 1

60 Im Jahre 2001 wurde von der Vollversammlung der WHO die „Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit (Functioning), Behinderung (Disability) und Gesundheit (Health) (= ICF)“ beschlossen.⁹⁶ Als theoretischer Bezugsrahmen und Klassifikationssystem ist die ICF heute als prägend für das Selbstverständnis der Rehabilitationswissenschaften anzusehen. Auch die Rechtsprechung nimmt hierauf vereinzelt Bezug, um die Bedeutung des Teilhabegedankens bei der Gesetzesauslegung zu untermauern.⁹⁷ Der **Behindertenbegriff des SGB IX** hat nach Auffas-

⁹¹ Hiergegen spricht nicht, dass das SGB IX, wie in § 11 Abs. 2 Satz 3 SGB V, für (lediglich) kranke Personen auch spezialgesetzlich zur Anwendung gebracht werden kann.

⁹² Deutlich bei *Welti*, Behinderung und Teilhabe im sozialen Rechtsstaat, 2005, 79 ff., 92, 102, 104, 114.

⁹³ *Luthe* in: Luthe, Rehabilitationsrecht, Teil 2 A. Rn. 14.

⁹⁴ *Rentsch/Bucher*, ICF in der Rehabilitation, 2006, S. 31.

⁹⁵ *Hüller/Schuntermann* in: Bundesarbeitsgemeinschaft für Rehabilitation, Rehabilitation und Teilhabe, 2005, S. 12, 13.

⁹⁶ Hierzu näher *Gerdes/Weis* in: Bengel/Koch, Grundlagen der Rehabilitationswissenschaften, 2000, S. 45 ff.; *Hüller/Schuntermann* in: Bundesarbeitsgemeinschaft für Rehabilitation, Rehabilitation und Teilhabe, 2006, S. 12 ff.; Bundesarbeitsgemeinschaft für Rehabilitation, ICF-Praxisleitfaden, 2006 (Internet); *Rentsch/Bucher*, ICF in der Rehabilitation, 2006.

⁹⁷ Etwa SG Stuttgart v. 19.03.2009 - S 6 SB 777/08.

sung des Gesetzgebers in Anlehnung an das Partizipationsmodell der WHO wesentliche Aspekte der ICF unter Berücksichtigung der gewachsenen Besonderheiten des deutschen Rehabilitationswesens aufgenommen (vgl. aber die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 52).⁹⁸ In welcher Reichweite dies der Fall war, musste nach dem überkommenen kausalen Behinderungsbegriff des § 2 SGB IX a.F.⁹⁹ als ungeklärt angesehen werden. Nach dem seit 01.01.2018 geltenden Behinderungsbegriff aber darf von der Vorbildfunktion der ICF unstreitig ausgegangen werden.¹⁰⁰ Auch die **Richtlinien über die Leistungen der medizinischen Rehabilitation** (Rehabilitations-Richtlinien) nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 SGB V des Gemeinsamen Bundesausschusses, die zum 01.04.2004 in Kraft getreten sind, stellen hierauf ab.¹⁰¹ Die **Gemeinsame Empfehlung** nach § 13 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 Nr. 4 SGB IX für die Durchführung von Begutachtungen möglichst nach einheitlichen Grundsätzen (Gemeinsame Empfehlung „Begutachtung“) der Bundesarbeitsgemeinschaft für Rehabilitation vom 22.03.2004 basiert ebenfalls auf der ICF.

61 Die Aufgabe der Rehabilitation wird von unterschiedlichen Bezugsdisziplinen wahrgenommen. Als **Hauptanliegen der ICF** gilt deshalb die Entwicklung eines gemeinsamen Sprachverständnisses der beteiligten Akteure. Daneben ist die ICF bei der Feststellung des Rehabilitationsbedarfs, bei der funktionalen Diagnostik, dem Rehabilitationsmanagement, der Interventionsplanung und der Evaluation rehabilitativer Leistungen nutzbar.¹⁰² In neuerer Zeit bemüht man sich zudem verstärkt um eine zielgruppenspezifische Anwendung der ICF unter Berücksichtigung spezifischer Krankheitsbilder und Behinderungsarten.¹⁰³ Die Hauptbedeutung der ICF bei der **Definition einer Behinderung** liegt in Folgendem:

- In der Empfehlung „Begutachtung“ der Bundesarbeitsgemeinschaft für Rehabilitation etwa wird Behinderung ICF-konform **nicht mehr**¹⁰⁴ **monokausal** als Krankheitsfolge betrachtet im Sinne eines regelwidrigen Zustandes, der zu einer Funktionsbeeinträchtigung führt, die ihrerseits negative soziale Folgen für den Betroffenen hat.
- Im Vordergrund steht demgegenüber die **Wechselwirkung** zwischen dem Gesundheitsproblem einer Person und seinem sozialen Zusammenhang, die als solche die Funktionsfähigkeit in körperlicher, geistiger oder seelischer Hinsicht und damit die gesellschaftlichen Möglichkeiten der Teilhabe negativ (oder positiv) beeinflusst.

62 Durch Einbeziehung bestimmter „Kontextfaktoren“ (vgl. Rn. 63) wird auf diese Weise der gesamte Lebenshintergrund der Person berücksichtigt, insofern diese mit der funktionalen Problematik in Zusammenhang stehen. Insbesondere der **sog. biopsychosoziale Ansatz in der Begutachtung**¹⁰⁵

⁹⁸ Seinerzeit noch unter der Bezeichnung „ICIDH-2“, vgl. BT-Drs. 14/5074, abgedr. bei *Hauck/Noftz*, SGB IX, M 010 S. 176, 186; „Abs. 1 S. 1 legt die im Rahmen der Weltgesundheitsorganisation (WHO) stattfindende internationale Diskussion um eine Weiterentwicklung der Internationalen Klassifikation (ICIDH-1) zur „Internationalen Klassifikation der Funktionsfähigkeit und Behinderung“ (ICIDH-2) zugrunde, die nicht mehr die Orientierung an wirklichen oder vermeintlichen Defiziten, sondern das Ziel der Teilhabe an verschiedenen Lebensbereichen (Partizipation) in den Vordergrund gerückt hat.“

⁹⁹ „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.“

¹⁰⁰ So nunmehr auch deutlich die Entwurfsbegründung in BT-Drs. 18/9522, S. 230.

¹⁰¹ Vgl. § 4 Richtlinien, in: *BAnz* v. 31.03.2004, Nr. 63.

¹⁰² *Hüller/Schuntermann* in: Bundesarbeitsgemeinschaft für Rehabilitation, *Rehabilitation und Teilhabe*, 2006, S. 15.

¹⁰³ Bundesarbeitsgemeinschaft für Rehabilitation, *Rehabilitation und Teilhabe*, 2006, S. 129-594; *Rentsch/Bucher*, *ICF in der Rehabilitation*, 2006, S. 115-217.

¹⁰⁴ Wie früher noch unter Geltung der ICIDH-1 = Internationale Klassifikation der Schädigungen (Impairments), Fähigkeitsstörungen (Disabilities) und Beeinträchtigungen (Handicaps).

¹⁰⁵ Abgedruckt in: *Hauck/Noftz*, SGB IX, § 12 SGB IX Anhang 2.

geht mit der ICF von einem **funktionalen Begriff der Gesundheit**¹⁰⁶ aus. Funktionale Probleme sind in Abgrenzung zur älteren pathologischen Sichtweise nicht mehr Attribute einer Person, sondern das negative Ergebnis einer Wechselwirkung zwischen den Elementen „Schaden“ (Impairment), „Aktivität“ (Activity) und „Partizipation“ (Participation).

- Als „**Schaden**“ gelten Störungen und Schäden der anatomischen Strukturen und der psychischen und physiologischen Funktionen; in § 2 Abs. 1 SGB IX ähnelt dies dem Merkmal der „Abweichung vom lebensalterstypischen Zustand“.
- Unter „**Aktivität**“ werden Einschränkungen der Fähigkeit zur Vornahme der Aktivitäten des täglichen Lebens thematisiert; in § 2 Abs. 1 SGB IX entspricht dies am ehesten den Funktionseinschränkungen in körperlicher, geistiger und seelischer Hinsicht.
- „**Partizipation**“ befasst sich mit den Entfaltungsmöglichkeiten einer Person im Kontext ihrer sozialen und physischen Umwelt unter besonderer Berücksichtigung ihrer subjektiven Erfahrungen; in § 2 SGB IX kommt dies als „Teilhabe am Leben in der Gesellschaft“ zum Ausdruck.

63 Eine **Behinderung** ist demnach „jede Beeinträchtigung der funktionalen Gesundheit einer Person“.¹⁰⁷ Wesentlich ist hierbei, dass neben rein körperlichen und seelischen Faktoren als sog. **Kontextfaktoren** auch Umweltfaktoren und persönliche Faktoren in die Gesamtbetrachtung einbezogen werden.¹⁰⁸ **Umweltfaktoren** bilden die „materielle, soziale und einstellungsbezogene Umwelt ab, in der Menschen leben ...“. **Personenbezogene Faktoren** „sind der besondere Hintergrund des Lebens und der Lebensführung einer Person (ihre Eigenschaften und Attribute) und umfassen Gegebenheiten des Individuums, die nicht Teil ihres Gesundheitsproblems oder -zustands sind.“¹⁰⁹ Diese können sich positiv (Förderfaktoren wie etwa soziale Unterstützung) oder negativ (Barrieren wie etwa fehlende Teilzeitarbeitsplätze) auf die Rehabilitation und Teilhabe auswirken.¹¹⁰ Förderfaktoren und Barrieren lassen sich auf alle drei Aspekte der funktionalen Gesundheit beziehen (Körperfunktionen, Aktivitäten, Teilhabe). Aus diesem Grund muss nach der ICF eine Einschränkung bestimmter Körperfunktionen nicht zwangsläufig eine Aktivitäts- bzw. Teilhabe einschränkung zur Folge haben¹¹¹, kann umgekehrt eine funktionale Problematik vorliegen, ohne dass diese zwangsläufig als Krankheit einzustufen wäre: „Die betreffende Person muss nicht im engeren Sinn

¹⁰⁶ In der deutschsprachigen Übersetzung der ICF wird hierzu ausgeführt (vgl. www.dimdi.de, abgerufen am 22.11.2017): „Der Begriff der Funktionsfähigkeit eines Menschen umfasst alle Aspekte der funktionalen Gesundheit. Eine Person ist funktional gesund, wenn – vor dem Hintergrund ihrer Kontextfaktoren – 1. ihre körperlichen Funktionen (einschl. mentaler Bereich) und Körperstrukturen denen eines gesunden Menschen entsprechen (Konzept der Körperstrukturen und Körperfunktionen), 2. sie all das tun kann, was von einem Menschen ohne Gesundheitsproblem (nach ICD) erwartet werden kann (Konzept der Aktivitäten), 3. sie ihr Dasein in allen Lebensbereichen, die ihr wichtig sind, in der Weise und dem Umfang entfalten kann, wie es von einem Menschen ohne gesundheitsbedingte Beeinträchtigung der Körperfunktionen oder -strukturen oder der Aktivitäten erwartet wird (Konzept der Partizipation/Teilhabe an Lebensbereichen). Der Behinderungsbegriff der ICF ist der Oberbegriff zu jeder Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit eines Menschen. Er ist damit umfassender als der Behinderungsbegriff des SGB IX.“

¹⁰⁷ *Schuntermann*, Die Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit (ICF) der Weltgesundheitsorganisation (WHO), Kurzeinführung (Internet).

¹⁰⁸ Hierzu *Schuntermann*, Die Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit (ICF) der Weltgesundheitsorganisation (WHO), Kurzeinführung (Internet), S. 4 f. sowie ICF-Checkliste, Deutsche Fassung 2005 (Internet).

¹⁰⁹ *Schuntermann*, Die Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit (ICF) der Weltgesundheitsorganisation (WHO), Kurzeinführung (Internet), S. 3: personenbezogene Faktoren sind in der ICF jedoch nicht klassifiziert.

¹¹⁰ Näher *Hüller/Schuntermann* in: Bundesarbeitsgemeinschaft für Rehabilitation, Rehabilitation und Teilhabe, 2006, S. 13 sowie *Gerdes/Weis* in: *Bengel/Koch*, Grundlagen der Rehabilitationswissenschaften, 2000, S. 50.

¹¹¹ Vgl. dagegen zu den Behinderungsvoraussetzungen des deutschen Rechts etwa BSG v. 23.07.2002 - B 3 KR 66/01 R - SozR 3-2500 § 33 Nr. 45 und BVerwG v. 31.01.2002 - 2 C 1/01 - NJW 2002, 2045 (Haarlosigkeit bei Frauen, Reaktion der Umwelt und Perücke); LSG Rheinland-Pfalz v. 02.05.2002 - L 5 KR 93/01 - KRS 02.021 (Wangenatrophie).

krank sein, kann aber andererseits funktional erheblich schwerwiegender beeinträchtigt sein als es die zugrunde liegende Krankheit erwarten lässt. In Abhängigkeit von der jeweiligen Situation besteht dann Interventionsbedarf.¹¹²

3. Die Merkmale des Behinderungsbegriffs im Einzelnen

a. Körperliche, geistige, seelische und Sinnesbeeinträchtigungen

64 Die Gesundheitsstörung (= Abweichung vom lebensalterstypischen Zustand im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 2 SGB IX) kann im körperlichen, geistigen, seelischen und im Bereich von Sinnesbeeinträchtigungen angesiedelt sein. Die Merkmale stehen gleichwertig nebeneinander und können sich gegenseitig in ihrer negativen Wirkung auf die Teilhabe an der Gesellschaft verstärken (vgl. Rn. 88).¹¹³ Häufig liegen Störungen sowohl in körperlicher als auch in mentaler Hinsicht vor, die sich wechselseitig beeinflussen und sodann in ihrer Gesamtwirkung zu würdigen sind. Die Beurteilung der Gesundheitsstörung als Ausgangsvoraussetzung des Behinderungsbegriffs fällt weitestgehend in die **medizinische Fachdomäne**; die Teilhabehinderung ist dagegen auf **gesellschaftswissenschaftliche Expertise** angewiesen. Auf die Behandlungsbedürftigkeit und -fähigkeit der Gesundheitsstörung kann es jedoch, anders als beim Krankheitsbegriff, nicht ankommen. Auch sind die sozialrechtlichen Begriffe der „Arbeitsunfähigkeit“, „Pflegebedürftigkeit“, „Erwerbsminderung“ oder „Schädigungsfolge“ mit dem Begriff der Behinderung nicht identisch. Gleichwohl kann der medizinrechtliche Krankheitsbegriff¹¹⁴ insofern Orientierung bieten, als eine Abweichung vom **Leitbild des gesunden Menschen** vorliegen muss, die im Sinne des Behinderungsbegriffs allerdings mindestens sechs Monate anzudauern hat. Allein mangelnde Geschicklichkeit, fehlende Körperkraft, mangelnde Beherrschung der Landessprache, Probleme auf dem Arbeitsmarkt oder allgemeine Begabungsschwächen führen selbst dann nicht zu einer Behinderung, wenn diese Beeinträchtigungen der sozialen Teilhabe zur Folge haben (anders ist dies jedoch bei Kleinwüchsigkeit).¹¹⁵ Soziale Faktoren können für sich genommen die Voraussetzungen einer Behinderung allein nicht erfüllen; denn § 2 Abs. 1 Satz 2 SGB IX fokussiert eindeutig den „Körper- und Gesundheitszustand“ als Beeinträchtigungsgrund (zum Wechselwirkungstheorem siehe Rn. 83). Der Behinderungsbegriff beruht auf einer **ganzheitlichen Sichtweise** der vorhandenen Einschränkungen. Deshalb besteht auch kein Rechtsschutzbedürfnis für eine isolierte Feststellung einzelner Behinderungen im Sinne des § 2 SGB IX.¹¹⁶

65 Der Behinderungsbegriff bezieht sich auf folgende Funktions- bzw. Fähigkeitsbereiche:

- **Körperliche Funktionen** sind nicht nur organisch und orthopädisch, sondern im umfassenden Sinn zu verstehen; sie schließen Störungen der Sinne und Empfindungen ein, nicht jedoch Beeinträchtigungen in der Körperstruktur, die sich auf Körperfunktionen nicht auswirken.¹¹⁷ Fließende Übergänge zu geistigen und seelischen Störungen können bei organisch bedingten Beeinträchtigungen der Hirnfunktion vorliegen.

¹¹² Empfehlung „Begutachtung“ der BAR, abgedr. bei *Hauck/Noftz*, SGB IX, Anhang 2 zu § 12.

¹¹³ *Vogelberg*, *MedSach* 1989, 138.

¹¹⁴ BSG v. 20.12.1960 - 4 RJ 118/59 - BSGE 13, 255; BSG v. 16.12.1981 - 11 RLw 6/80 - BSGE 53, 33.

¹¹⁵ GdS-Tabelle Ziff. 18.1. der versorgungsmedizinischen Grundsätze.

¹¹⁶ LSG Rheinland-Pfalz v. 28.02.2002 - L 4 B 22/01.

¹¹⁷ *Haines* in: LPK-SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 6.

- **Geistige Fähigkeiten** sind solche im kognitiven, psychomotorischen und intellektuellen Bereich. Indiz für eine Störung kann ein auffallend niedriger Intelligenzquotient in Verbindung mit einem auffälligen Sozialverhalten sein (IQ niedriger als 60).¹¹⁸ Der Begriff bezeichnet im Betreuungsrecht (§ 1896 BGB) „angeborene oder frühzeitig erworbene Intelligenzdefekte verschiedener Schweregrade“.¹¹⁹ Die Abgrenzung zwischen geistiger und seelischer Behinderung kann schwierig sein.¹²⁰
- Die **seelische Gesundheit** umfasst neben seelischen Erkrankungen auch psychisch-funktionale Fähigkeiten der Persönlichkeit. Ein organischer Befund muss bei Einschränkungen der seelischen Gesundheit nicht unbedingt zugrunde liegen. Die subjektive Sicht des Betroffenen „allein“ kann in Anbetracht möglicher Simulationsrisiken hierbei jedoch nicht maßgeblich sein, wenngleich das innere Erleben der Störung nicht unberücksichtigt bleiben kann. Die generelle Einbeziehung auch von Persönlichkeitsfaktoren macht im Übrigen deutlich, dass der Behinderungsbegriff vom Ziel der Hilfe in Gestalt der Entwicklung eigener Selbsthilfekräfte stark beeinflusst wird. Insgesamt ist der Begriff der seelischen „Gesundheit“ offener als der stark an funktionalen Erfordernissen orientierte Begriff der „Körperfunktionen“ und „geistigen Fähigkeiten“. Er verdeutlicht, dass der als Abweichung definierte psychische Zustand häufig durch Zuschreibungen des sozialen Umfeldes und des Betroffenen selbst mitbestimmt wird und sich teils mit der „Teilhabebeeinträchtigung“ überschneidet. Nicht selten sind körperliche Dysfunktionen mit seelischen Begleiterscheinungen verbunden, die in ihrer Verschränkung insofern einer Gesamtwürdigung zu unterziehen sind (vgl. Rn. 88).
- **Sinnesbeeinträchtigungen** sind neurologische Störungen. Hierbei handelt es sich um Erkrankungen des Nervensystems oder Erkrankungen, die das Nervensystem beeinträchtigen. Typische neurologische Alterskrankheiten sind Demenz und Parkinson. Weitverbreitete neurologische Erkrankungen sind zudem etwa Hirnhautentzündungen, ADS, ADHS und Multiple Sklerose. Der Hinweis auf die Sinnesbeeinträchtigungen soll nicht zu einer Ausweitung des Behinderungsbegriffs führen; vielmehr ist er nur dem Wortlaut der UN-Behinderungskonvention nachgebildet und wurde bereits bisher nach geltendem Recht unter die körperliche Funktion subsumiert.¹²¹

66 Anhaltspunkte zum Verständnis körperlicher, geistiger und seelischer Behinderungen liefern die **§§ 1-3 der Verordnung zu § 60 SGB XII (EingliederungshilfeVO)**. Suchtkrankheiten gelten hiernach z. Bsp. als seelische Behinderung.¹²² Allerdings betrifft die EingliederungshilfeVO in Konkretisierung des § 53 SGB XII nur die typischerweise auf den umfassenden Integrationszweck der Sozialhilfe abgestimmten „wesentlichen“ Teilhabebeeinträchtigungen.¹²³ Der insofern geforderte Schweregrad ist für die Definition in § 2 Abs. 1 SGB IX jedoch nicht maßgeblich. Eine bindende Wirkung kommt der EingliederungshilfeVO im Kontext des § 2 SGB IX schon deshalb nicht zu. Orientierung bieten zudem die „**Anhaltspunkte für die gutachterliche Tätigkeit**“ auf der Basis des § 69 Abs. 1 SGB IX, die jedoch seit dem 01.01.2009 durch die in wesentlichen Punkten

¹¹⁸ Vgl. demgegenüber zur Ablehnung einer Behinderung bei geistigen Teilleistungsstörungen BVerwG v. 29.09.1995 - 5 C 21/93 - DV-BI 1996, 857 sowie VGH Bad.-Württ. v. 24.04.1996 - 6 S 827/95 - ESVGH 46, 314 (ADS); zur Behinderung eines in seiner geistigen Entwicklung gestörten Jugendlichen: BSG v. 10.11.2005 - B 3 KR 31/04 R - SozR 4-2500 § 33 Nr. 10 (Reha-Kinderwagen).

¹¹⁹ BT-Drs. 11/4528, S. 116.

¹²⁰ Hierzu bspw. BSG v. 30.06.2016 - B 8 SO 7/15 R.

¹²¹ BT-Drs. 18/9522, S. 230.

¹²² Auffälliges Verhalten aufgrund Alkoholabstinenz in Beruf und Gesellschaft kann eine Behinderung sein: *Wachholz*, Behindertenrecht 1994, 25.

¹²³ Näher *Voelzke* in: Hauck/Noftz/Luthe, SGB XII, § 53 SGB XII Rn. 14; *Bieritz-Harder* in: LPK-SGB XII, § 53 SGB XII Rn. 12 ff.

identische **Versorgungsmedizin-Verordnung** abgelöst wurden. Die Richtwerte der Versorgungsmedizin-Verordnung sind im Rahmen des § 2 Abs. 1 SGB IX jedoch grundsätzlich nur bei Beurteilung der „Gesundheitsstörung“ brauchbar und für die stark am Einzelfall und den sozialen Kontextfaktoren ausgerichtete Beurteilung der Teilhabehinderung nach § 2 Abs. 1 SGB IX, mithin zur Einschätzung der „einfachen“ Behinderung außerhalb des Schwerbehindertenrechts, ohne Aussage. Die Unterscheidung von **seelischer und geistiger Behinderung** ist praktisch allerdings schwierig, wenn nicht unmöglich.¹²⁴ Hinzu kommt, dass sich seelische Behinderungen häufig erst in den sozialen Beziehungen manifestieren und es daher schwierig sein kann, den sozialen Kontext als eigenständige Teilursache der Behinderung neben anderen sozialen Faktoren zu isolieren und von allgemeinen Lebensrisiken, die jedem Menschen und nicht nur behinderten Menschen widerfahren können, abzugrenzen. Funktions- und Teilhabestörung sind in dieser Hinsicht vielmehr als Einheit zu begreifen. Die **ICF** hat sich von diesem Klassifizierungsschema weitgehend allerdings gelöst und unterscheidet nach der Art der gestörten Funktionen: mentale Funktionen, sensorische Funktionen, Stimm- und Sprechfunktionen, Funktionen des kardiovaskulären, des hämatologischen, des immunologischen und des Atmungssystems, Funktionen des Verdauungs-, des Stoffwechsel- und des endokrinen Systems sowie Urogenital- und Reproduktionsfunktionen. Ihre Definitionen müssen bei staatlicher Leistungsgewährung jedoch in die Sprache des Gesetzesrechts übersetzt werden, weil anders entsprechende Leistungsbescheide nicht zu begründen sind.

b. Sechs-Monats-Grenze

- 67** Im Rahmen der schwerbehinderungsrechtlichen Beurteilung des GdB nach Maßgabe der **Versorgungsmedizin-Verordnung**, die im Rahmen des „einfachen“ Behinderungsbegriffs des § 2 Abs. 1 SGB IX jedoch nur als allgemeine Auslegungshilfe herangezogen werden kann, wird in Nr. 2 f) der versorgungsmedizinischen Grundsätze zur Sechs-Monats-Grenze ausgeführt: „Der GdS (Gleiches gilt für den GdB, der Verf.) setzt eine nicht nur vorübergehende und damit über einen Zeitraum von mehr als sechs Monaten sich erstreckende Gesundheitsstörung voraus. Dementsprechend ist bei abklingenden Gesundheitsstörungen der Wert festzusetzen, der dem über sechs Monate hinaus verbliebenen – oder voraussichtlich verbleibenden – Schaden entspricht. Schwankungen im Gesundheitszustand bei längerem Leidensverlauf ist mit einem Durchschnittswert Rechnung zu tragen. Dies bedeutet: Wenn bei einem Leiden der Verlauf durch sich wiederholende Besserungen und Verschlechterungen des Gesundheitszustandes geprägt ist (Beispiele: chronische Bronchitis, Hautkrankheiten, Anfallsleiden), können die zeitweiligen Verschlechterungen – aufgrund der anhaltenden Auswirkungen auf die gesamte Lebensführung – nicht als vorübergehende Gesundheitsstörungen betrachtet werden. Dementsprechend muss in solchen Fällen bei der GdB- und GdS-Beurteilung von dem „durchschnittlichen“ Ausmaß der Beeinträchtigung ausgegangen werden.“
- 68** Rehabilitationswissenschaftlich ist der vorausgesetzte Zeitrahmen von sechs Monaten kaum zu begründen. Dies gilt vor allem für **Kinder**, bei denen ein solcher Zeitraum bereits eine erhebliche Entwicklungsphase markiert und bei denen die angezeigte Hilfe deshalb oft zu spät kommt, wenn ein Andauern der Beeinträchtigung über einen derart langen Zeitraum vorausgesetzt werden muss. Deshalb sollte stets geprüft werden, ob in Anbetracht der prägenden Strukturen des jeweiligen Leistungsgesetzes auf der Basis des § 7 SGB IX in dieser Hinsicht nicht eine Abweichung vom Behinderungsbegriff des § 2 SGB IX gerechtfertigt erscheint (vgl. Rn. 20 f.). Sinn der Zeitgrenze ist es, vorübergehende Störungen von geringer Schwere auszuschließen, die ihrerseits aber von

¹²⁴ Schimanski, GK-SchbG, § 3 Rn. 34.

der Krankenbehandlung (SGB V) zumeist ausreichend erfasst werden.¹²⁵ Eine Behinderung aber liegt dann nicht mehr vor, wenn die gesundheitliche Beeinträchtigung (= Abweichung vom alters-typischen Zustand) mit den Mitteln der **Krankenbehandlung** innerhalb des sechsmonatigen Zeitraums mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vollständig und nachhaltig behoben werden und auch einer drohenden Behinderung wirksam begegnet werden kann.¹²⁶ Lediglich wenn die Möglichkeit der Behebung der Gesundheitsstörung im Beurteilungszeitpunkt auf hypothetischen Annahmen beruht, muss weiterhin vom Vorliegen einer Behinderung ausgegangen werden.¹²⁷ Eine Beeinträchtigung von mindestens sechsmonatiger Dauer besteht ferner dann nicht, wenn diese nur phasenweise innerhalb des Zeitraums auftritt und keine anhaltenden Auswirkungen auf die gesamte Lebensführung hat (vgl. Rn. 67). Voraussetzung ist insofern eine **andauernde Beeinträchtigung** während des gesamten sechsmonatigen Zeitraums, auch im Rahmen prognostischer Einschätzung einer drohenden Behinderung. Eine andauernde Beeinträchtigung liegt etwa bei Anfallsleiden mit typisch dauerhafter Störung, aber nur sporadischem oder in ihrer Stärke schwankendem Auftritt der Symptome vor.¹²⁸ Die Versorgungsmedizin-Verordnung (vgl. Rn. 67) nimmt bei der Ermittlung des **GdB** in Fällen wie diesen eine **Durchschnittsbetrachtung** vor. Dies erscheint außerhalb des Schwerbehindertenrechts bei der „einfachen“ Behinderung nach § 2 Abs. 1 SGB IX jedoch zu pauschal und zu wenig am Einzelfall orientiert. Ausreichend für das Vorliegen einer Behinderung nach § 2 Abs. 1 SGB IX ist die Dauerhaftigkeit der gesundheitlichen Störung, nicht ihrer Symptome. Allerdings kann wegen nur vereinzelter, sporadisch auftretender oder schwankender Symptome einer im Übrigen anhaltenden Störung eine **Teilhabebeeinträchtigung „von Gewicht“** und damit eine Behinderung **zu verneinen** sein (vgl. Rn. 88).¹²⁹

69 Es kommt jedoch nicht nur auf die **Prognose des künftigen Verlaufs** an. Vielmehr muss auch die **Schwere** der zu erwartenden Beeinträchtigung in die Gesamtwürdigung des Falles einbezogen werden, so dass an die Prognose im Rahmen der Auslegung des Merkmals „**mit hoher Wahrscheinlichkeit**“ mit wachsender Beeinträchtigungsintensität entsprechend geringere Anforderungen zu stellen sind. Die Hilfe ist grundsätzlich bereits mit **Eintritt der funktionalen Abweichung** vom lebensalterstypischen Zustand geboten, wenn diese länger als sechs Monate andauern wird. Dass für den gesamten Zeitraum parallel hierzu auch eine Teilhabebehinderung vorliegen muss, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Zu irgendeinem Zeitpunkt muss allerdings auch eine **Teilhabebehinderung** eingetreten sein; völlig verzichtbar innerhalb des sechsmonatigen Zeitraums ist sie nicht. Auch muss innerhalb des Zeitraums wenn nicht eine Kausalität (so der überkommene Behinderungsbegriff nach § 2 SGB IX a.F.), so doch mindestens eine Wechselwirkung zwischen den Funktionsbeeinträchtigungen und der sozialen Teilhabebehinderung denkbar sein: eine Teilhabebeeinträchtigung, die erst nach der Funktionsstörung von mindestens sechs Monaten eingetreten ist oder eintreten wird, erfüllt die Voraussetzungen einer Behinderung daher nicht.

70 Allerdings ergeben sich bei dieser Sichtweise unvermeidliche Überschneidungen mit dem Merkmal der **drohenden Behinderung** in § 2 Abs. 1 Satz 3 SGB IX („... wenn eine Beeinträchtigung nach Satz 1 zu erwarten ist“). Zwei unterschiedliche Wahrscheinlichkeitsmaßstäbe treffen hier aufein-

¹²⁵ *Dalichau* in: Wiegand, SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 22; OVG Münster v. 13.12.1989 - 16 A 1908/89 - DÖV 1990, 665 (komplizierter Schienbeinbruch, aber nicht länger als sechs Monate).

¹²⁶ A.A. *Dalichau* in: Wiegand, SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 24.

¹²⁷ BSG v. 24.04.2008 - B 9/9a SB 10/06 R - SozR 4-3250 § 69 Nr. 9: grundsätzlich sei aber von den aktuell im Beurteilungszeitpunkt gegebenen Verhältnissen, also von der andauernden Gesundheitsstörung, auszugehen.

¹²⁸ A.A. *Knittel*, SGB IX, 10. Aufl. 2017, § 2 SGB IX Rn. 42; anders die Versorgungsmedizin-Verordnung, Rn. 67.

¹²⁹ Dieser Aspekt wird vom BSG hingegen nicht ausreichend beleuchtet, wenn es allein auf die Umstände der Selbstmedikation abstellt und diese nicht in ihrer Schwere beurteilt: BSG v. 24.04.2008 - B 9/9a SB 10/06 R - SozR 4-3250 § 69 Nr. 9 (vgl. auch Rn. 93).

ander. Der Unterschied zwischen der Behinderung und der drohenden Behinderung liegt bei rein formaler Betrachtung darin, dass die Behinderung an das Erfordernis einer „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ mindestens sechs Monate andauernden Funktionsstörung mit zumindest sporadischen Teilhabebeeinträchtigungen geknüpft ist, während die drohende Behinderung voraussetzt, dass letzteres „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ für voraussichtlich mindestens sechs Monate und zudem eine Beeinträchtigung der Teilhabe zukünftig nach „überwiegender Wahrscheinlichkeit“ (vgl. Rn. 102) vorliegen wird. Liegt die Behinderung schon länger als sechs Monate vor, so stellt sich das Problem freilich nicht.

c. Abweichung vom alterstypischen Zustand

71 Nur durch eine **Abweichung vom alterstypischen Zustand** wird eine allgemeine Regelwidrigkeit zu einer behinderungstypischen Funktionsbeeinträchtigung (§ 2 Abs. 1 Satz 2 SGB IX). Altersbedingte **Verschleißerscheinungen** stellen keine „Abweichung“ dar.¹³⁰ Dies sind nach der Versorgungsmedizin-Verordnung vom 10.12.2008 „die körperlichen und psychischen Leistungseinschränkungen . . . , die sich im Alter regelhaft entwickeln, d.h. für das Alter nach ihrer Art und ihrem Umfang typisch sind“. Etwas genauer waren hier die seit dem 01.01.2009 nicht mehr geltenden getretenen „Anhaltspunkte“; als alterstypische Veränderungen werden hier aufgeführt:

- altersbedingte Verminderung der körperlichen Leistungsfähigkeit,
- Verminderung der Leistungsbreite des Herzens und der Lunge durch physiologische Gewebsalterung,
- leichte Verminderung der Beweglichkeit der Gliedmaßen und der Wirbelsäule,
- Nachlassen von Libido und Potenz,
- altersentsprechendes Nachlassen des Gedächtnisses, der geistigen Beweglichkeit und der seelischen Belastbarkeit,

es sei denn, die vorgenannten Einschränkungen weisen einen über das jeweilige Lebensalter hinausgehenden **Schweregrad** auf.

72 Hiervon abzuheben sind nach den Anhaltspunkten solche Erkrankungsfolgen, die zwar erst in einem bestimmten Alter auftreten, aber **nicht als typisch für das betreffende Lebensalter** und damit als „altersvorausseilende“ Abweichungen im Sinne einer Behinderung anzusehen sind, wie

- Geschwülste,
- stärkere Bewegungseinschränkungen durch rheumatisch entzündliche Prozesse, insbesondere Arthrosen,
- Schmerzsyndrome bei degenerativen Wirbelsäulenveränderungen (Schulter-Arm-Syndrom, Lumbalgie),
- hirnorganische Abbauerscheinungen, die über das Alterstypische wesentlich hinausgehen (z.B. Demenzen vom Alzheimer-Typ oder bei zerebrovaskulärer Insuffizienz), auch dann, wenn sie erstmals im Alter auftreten oder als Alterskrankheiten bezeichnet werden („Altersdiabetes“, „Altersstar“),
- Folgen arteriosklerotisch bedingter Organerkrankungen (z.B. Schlaganfall, Herzinfarkt, Herzinsuffizienz bei koronarer Herzkrankheit, Arterienverschlüsse).

73 Viele der vorgenannten Abweichungen aber unterscheiden sich nur in ihrer jeweiligen Intensität bei **fließenden Übergängen** oder es liegen **mehrfache Störungen** vor, die sich in ihrer negativen Wirkung ggf. gegenseitig verstärken und erst im Zusammenwirken altersuntypische Abweichungen sind (etwa Gedächtnisschwäche und hirnorganische Abbauerscheinungen einerseits, Herzinfarkt

¹³⁰ SG Dortmund v. 30.10.2002 - S 7 SB 197/00.

und psychische Spannungszustände andererseits). Insbesondere könnte man bei den grundsätzlich als Behinderung zählenden „altersvorausseilenden“ Abweichungen (vgl. Rn. 83) zu der Auffassung gelangen, dass diese zwar grundsätzlich nicht alterstypisch sind, aber bei hohem Alter dennoch so vermehrt auftreten, dass sie insbesondere bei Hochbetagten als alterstypisch und damit nicht als Behinderung anzusehen wären. Umgekehrt kann die an sich als alterstypisch zu definierende Verschleißerscheinung¹³¹ einen derart hohen Schweregrad aufweisen, dass sie ausnahmsweise als Behinderung in Betracht gezogen werden muss. **Pathologische Veränderungen**, d.h. Gesundheitsstörungen, die nicht regelmäßig und nicht nur im Alter beobachtet werden können, sind bei der Beurteilung des GdB zu berücksichtigen, auch dann, wenn sie erstmalig im höheren Alter auftreten oder als „Alterskrankheiten“ (z.B. „Altersdiabetes“, „Altersstar“) bezeichnet werden.¹³²

74 Bei der Frage, ob eine alterstypische oder -untypische „Abweichung“ vorliegt, wird deshalb in Zweifelsfällen eine Wertung erforderlich sein. Diese ist grundsätzlich durch **Abwägung** zu ermitteln: Einerseits verdeutlicht das Gesetz mit der Berücksichtigung des Lebensalters, dass einer nicht mehr beherrschbaren Ausweitung des Kreises behinderter Menschen entgegengetreten werden soll, und ist der Einzelne für seine Lebensrisiken in gewissen Grenzen selbst verantwortlich¹³³ (vgl. Rn. 93, Rn. 93), andererseits ist die Schutzbedürftigkeit des Personenkreises in gesundheitlicher Hinsicht in Rechnung zu stellen (vgl. die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 25 ff.) und darauf abzuheben, ob den Betroffenen auch ohne die Einräumung eines Behindertenstatus mit den Mitteln der Krankenbehandlung und Pflege angemessen geholfen werden kann (vgl. Rn. 93). Unerheblich ist hierbei, wie generell für den Begriff der Behinderung, ob die Gesundheitsstörung **therapierbar** ist.¹³⁴ Eine Gesundheitsstörung wird regelmäßig gerade wegen der Unmöglichkeit einer Behandlung das Merkmal der Abweichung erfüllen. Die altersabhängige **Hinderung der sozialen Teilhabe** ist auf dieser Prüfungsstufe ebenfalls nicht entscheidungserheblich. Denn die Teilhabebehinderung ist bin ihrer Wechselwirkung mit der Gesundheitsstörung zu beurteilen (vgl. Rn. 64), so dass es bei abwägender Beurteilung allein der Funktionsstörung auf etwaige Auswirkungen derselben im sozialen und personalen Kontext der Person (Kontextfaktoren) nicht ankommen kann.

75 Die in § 3 SGB IX geregelte Verpflichtung zur Vermeidung (auch) **chronischer Erkrankungen** kann hingegen nicht als Beleg dafür angesehen werden, per se chronische Erkrankungen insbesondere älterer Menschen mit Behinderungen gleichzusetzen.¹³⁵ Sie sind dies erst, wenn neben der chronischen Gesundheitsstörung eine Teilhabebehinderung zumindest droht (vgl. Rn. 58, Rn. 102 f.).¹³⁶ Dann aber ist die Einbeziehung chronischer Erkrankungen in § 3 Abs. 1 SGB IX im Grunde überflüssig und nur deklaratorischer Natur. Auch ist das **Ziel der Teilhabe** in § 1 SGB IX bei der vorzunehmenden Abwägung ohne Bedeutung¹³⁷; denn dieses setzt das Bestehen einer Behinderung voraus, kann aber die abwägungsrelevante Vorfrage der Abweichung nicht beantworten. Das

¹³¹ Gerade durch die Abweichung vom alterstypischen Zustand wird eine allgemeine Regelwidrigkeit zu einer behinderungstypischen Funktionsbeeinträchtigung. Altersbedingte Verschleißerscheinungen stellen keine Abweichung in diesem Sinne dar: SG Dortmund v. 30.10.2002 - S 7 SB 197/00.

¹³² Landessozialgericht Baden-Württemberg v. 26.09.2014 - L 8 SB 5215/13.

¹³³ Zu diesem Topos im Kontext von Behinderungen vgl. BVerwG v. 26.01.1966 - V C 88.64 - BVerwGE 23, 149, 153: „Der Staat kann ... nicht jedem Einzelnen sein persönliches Lebensrisiko abnehmen ... Letztlich würde eine derartige Auffassung den Einzelnen zum Objekt eines staatlichen Verfahrens machen und damit gegen den in Art. 1 GG niedergelegten Satz von der Menschenwürde jedes einzelnen verstoßen.“

¹³⁴ So zutreffend LSG Bremen v. 21.11.1985 - L 3 Vs 45/84.

¹³⁵ So *Fuchs* in: Bühr u.a., SGB IX, Rn. 7.

¹³⁶ Das Gesetz verwendet hier noch den alten Begriff der „Beeinträchtigung“, meint aber wohl die Teilhabebehinderung in Satz 1.

¹³⁷ So *Stevens-Bartol* in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, 3. Aufl. 2015, § 2 SGB IX Rn. 11 f.

Merkmal der Abweichung vom alterstypischen Zustand ersetzt im Übrigen das früher im Schwerbehindertengesetz geltende Merkmal der **Regelwidrigkeit**. Dieses hat im Verfassungsrecht jedoch weiterhin Bedeutung (vgl. Rn. 29).

76 Die Orientierung am alterstypischen Zustand ist **rehabilitationswissenschaftlich** jedoch umstritten.¹³⁸ Denn zum einen ist unklar, was „alterstypisch“ ist: Altersbedingte Verfallsprozesse verlaufen nach heutigem geriatrischen und gerontologischen Erkenntnisstand individuell höchst unterschiedlich.¹³⁹ Gleiches gilt im Übrigen für die Bestimmung altersgerechter Zustände bei Kindern (vgl. Rn. 22). Weiterhin ist kaum zu rechtfertigen, einem alten im Gegensatz zu einem jungen Menschen Hilfe bei gleicher Beeinträchtigung und gleicher Heilungschance zu versagen.¹⁴⁰ Schließlich besteht das Risiko, dass chronische Erkrankungen dem Alter zugerechnet und als unabänderlich hingenommen anstatt im Sinne des § 3 SGB IX rechtzeitig bekämpft zu werden. Gleichwohl erscheint die **Kritik** in mancherlei Hinsicht überzogen, die hierin eine Missachtung der Selbstbestimmung älterer Menschen sieht und sogar die Möglichkeit der Altersdiskriminierung thematisiert.¹⁴¹ Zuzugestehen ist, dass ein allzu pauschaler Umgang mit diesem Merkmal zu rechtswidrigen Ergebnissen führen kann. Eine genaue Analyse des Gesundheitszustandes im Sinne des § 20 SGB X wird dem jedoch ebenso vorbeugen wie die Berücksichtigung der jeweils aktuellen Erkenntnisse der Altersforschung.

77 In den einzelnen **Leistungsgesetzen der Rehabilitationsträger** ist die Bedeutung des Alterstypischen unterschiedlich: das **Verfassungsrecht** kennt keine eindeutige Bestimmung der Regelwidrigkeit am Lebensalter (vgl. Rn. 29). Die **Rentenversicherung** und die **Jugendhilfe** weisen Wertungsspielräume auf, die es erlauben, den Behinderungsbegriff stärker am Zweck des Gesetzes (Erwerbsfähigkeit, Kindeswohl) auszurichten (vgl. Rn. 20, Rn. 22). Die **Sozialhilfe** kennt „andere Behinderungen“, die eine individuelle Fallbehandlung gerade auch außerhalb fest gefügter Begrifflichkeiten ermöglichen sollen (vgl. Rn. 26). Die **Pflegeversicherung** hat den Behinderungsbegriff als Merkmal der Pflegebedürftigkeit in § 14 SGB IX mittlerweile aufgegeben und das **Betreuungsrecht** schließlich zieht den „Hilfebedarf“ vor die Klammer des Behinderungsbegriffs und behandelt ihn in dieser Weise aufgabenspezifisch.¹⁴²

78 Zweifelsohne ist die Orientierung am alterstypischen Zustand eine gesetzliche Zweckschöpfung, die einzig dazu dient, einer nicht mehr beherrschbaren **Ausweitung des Kreises behinderter Menschen entgegenzutreten**.¹⁴³ In dieser Perspektive wird nicht zu Unrecht darauf hingewiesen, dass man möglicherweise dem eigentlichen Anliegen des Behindertenrechts nicht mehr gerecht wird, wenn man „ganz allgemeine Krankheiten und Altersleiden zu Behinderungen addiert“ und hierdurch in Gefahr läuft, sich von den eigentlichen Bedürfnissen zu entfernen.¹⁴⁴ Mit diesem eindeutigen Anliegen des Gesetzgebers unvereinbar aber ist die Auffassung, wonach es, nicht zuletzt

¹³⁸ Vgl. etwa *Plute*, VSSR 2003, 97, 102 ff.; *Fleischmann*, MedSach 1995, 166; *Friedrichs*, ZfSH/SGB 2000, 17, 18 f.

¹³⁹ *Fleischmann*, MedSach 1995, 166 ff.

¹⁴⁰ So Bay. LSG v. 12.12.2002 - L 18 SB 22/01 - Breith 2003, 289: „Es handelt sich daher bei der Begrenzung des Behinderungsbegriffs auf eine Abweichung vom alterstypischen Zustand um eine sachlich nicht zu rechtfertigende Beschränkung des Begriffs der Behinderung, die in ihrer Allgemeinheit mit dem Recht älterer Menschen auf eine eigenständige Lebensführung nicht vereinbar ist.“

¹⁴¹ *Reichenbach*, SGB 2002, 485; BayLSG v. 12.12.2002 - L 18 SB 22/01.

¹⁴² Zu weit gehend jedoch *Mrozynski*, SGB IX, 2. Aufl. 2011, § 2 SGB IX Rn. 35, der generell dazu rät, den Behinderungsbegriff des § 2 SGB IX am Ziel der Rehabilitation zu orientieren. Hierfür bedarf es entsprechender Auslegungsspielräume und/oder vom SGB IX abweichender Ziele im jeweiligen Leistungsgesetz.

¹⁴³ BT-Drs. 15/4575, S. 18.

¹⁴⁴ So die Meinung von *Zacher* (*Zacher* in: v. Maydell/Ruland, Abhandlungen zum Sozialrecht, 1993, S. 548 f: „Die Gefahr besteht, dass die Mittel für die Behinderten fehlen, die schwerer und mit Leiden getroffen sind, die nicht so sehr der allgemeinen Lebenslast zuzurechnen sind ...“).

in Ansehung des rasanten medizinischen Fortschritts, für die Annahme einer Behinderung allein darauf ankommen soll, ob die Regelwidrigkeit im Rahmen des medizinisch Möglichen behandelt werden kann.¹⁴⁵ Man wird im Sinne einer Kompromisslösung daher darauf abzustellen haben, ob entsprechenden Altersleiden und ähnlichen sich aus der Natur des Älterwerdens ergebenden Beeinträchtigungen auch ohne Einräumung eines Behindertenstatus mit dem Mittel der Krankenbehandlung und Pflege noch „angemessen“ begegnet werden kann. Im Rahmen des Angemessenheitskriteriums ist eine Abwägung vorzunehmen zwischen dem individuellen Schutzbedürfnis und der prinzipiellen Eigenverantwortung des Einzelnen für seine allgemeinen „Lebens- und Zivillisationsrisiken“.¹⁴⁶

d. Hinderung der Teilhabe im Einzelnen

aa. Teilhabehinderung

79 Behinderte Menschen sind Menschen, die aufgrund ihrer Funktionsbeeinträchtigungen (körperlich, seelisch, geistig, neurologisch = Sinnesbeeinträchtigungen) in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gesellschaftlichen Teilhabe gehindert sind. Das Gesetz verwendet in der seit 01.01.2018 geltenden Fassung den Begriff der **Teilhabebehinderung** anstatt des Begriffs der Teilhabebeeinträchtigung. Die Teilhabehinderung ist rein sprachlich eine Verschärfung gegenüber dem Begriff der Teilhabebeeinträchtigung. Während eine Beeinträchtigung bereits dann vorliegen kann, wenn lediglich eine Abweichung von einem Normalzustand vorliegt, also die Teilhabe lediglich eingeschränkt ist, so ist die Hinderung erst dann eingetreten, wenn die Teilhabe unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt mehr möglich ist. Das wird der Gesetzgeber in Anbetracht der Zielbestimmung des § 1 SGB IX und der gesetzlichen Systematik aber wohl nicht gemeint haben. Insofern wird man eine Lösung dieser **sprachlichen Verirrung** über das Merkmal der „gleichberechtigten“ Teilhabe zu suchen haben. Eine Hinderung der Teilhabe liegt insofern auch vor, wenn die gleichberechtigte Teilhabe nicht gegeben ist, wenn also der soziale Status und die sozialen Entfaltungsmöglichkeiten der gesundheitlich beeinträchtigten Person im Vergleich zu Personen ohne entsprechende gesundheitliche Beeinträchtigungen defizitär sind.

bb. Barrieren

80 Rechtstechnisch handelt es sich bei den in § 2 SGB IX aufgeführten Barrieren um **unbestimmte Rechtsbegriffe**, die in vollem Umfang der Konkretisierungsverantwortung der Gerichte unterliegen. In der Entwurfsbegründung¹⁴⁷ manifestiert sich die Behinderung im Zuge des Wechselwirkungsansatzes erst durch „gestörte oder nicht entwickelte Interaktion zwischen dem Individuum und seiner materiellen und sozialen Umwelt“. Die Behinderung zeige sich demnach erst beim Zusammentreffen mit baulichen, technischen und kommunikativen Barrieren sowie „anderen“ Vorurteilen. Insbesondere zu den **umweltbedingten Barrieren** gehörten vor allem bauliche Barrieren wie ein barrierefreier Zugang zum öffentlichen Personennahverkehr und zu öffentlichen und privaten Gebäuden. Zu den **einstellungsbedingten Barrieren** gehörten vor allem „Vorurteile oder Ängste, die Menschen mit Behinderungen beeinträchtigen“. Vorbild für dieses Verständnis einer Behinderung sei insofern die ICF der WHO mit ihrem biopsychosozialen Modell von Behinderung (zur ICF vgl. Rn. 60 ff.).

¹⁴⁵ Neumann in: Neumann, Handbuch SGB IX, S. 17; auch Höfler in: KassKomm, SGB V, § 27 SGB V Rn. 14.

¹⁴⁶ Zu diesem Topos im Kontext von Behinderungen vgl. BVerwG v. 26.01.1966 - V C 88.64 - BVerwGE 23, 149, 153: „Der Staat kann ... nicht jedem Einzelnen sein persönliches Lebensrisiko abnehmen ... Letztlich würde eine derartige Auffassung den Einzelnen zum Objekt eines staatlichen Verfahrens machen und damit gegen den in Art. 1 GG niedergelegten Satz von der Menschenwürde jedes einzelnen verstoßen.“

¹⁴⁷ BT-Drs. 18/9522, S. 230.

81 Die Beispiele deuten in ihrer Beliebigkeit darauf hin, dass bereits in der Entwurfsbegründung ein Mehr an Systematik auf der Basis sozialmedizinischer, sozialwissenschaftlicher und psychologischer Heuristiken mit dem Ziel einer stringent geordneten Rechtsprechungskasuistik sehr hilfreich gewesen wäre.¹⁴⁸ **Anhaltspunkte** für einstellungs- und umweltbedingte Barrieren liefern, wenn auch aus einem ganz anderen Regelungsbereich und daher möglicherweise nicht in jeder Beziehung übertragbar, die Merkmale der besonderen Lebensverhältnisse und der sozialen Schwierigkeiten in § 67 SGB XII und der dazugehörigen VO nach § 69 SGB XII. Kennzeichen besonderer Lebensverhältnisse sind **besondere Mangelsituationen**, die sich von allgemeinen Lebensrisiken (Arbeitslosigkeit, Trennung von der Familie, allgemeiner gesellschaftlicher Stigmatisierung) nach Art und Intensität hinreichend unterscheiden.¹⁴⁹ Insbesondere beim Merkmal der sozialen Schwierigkeiten zeigt sich eine deutliche Parallele zum Begriff der **einstellungsbedingten Barrieren**. Die Entwurfsbegründung zu § 2 SGB IX lässt offen, ob die das jeweilige Individuum beeinträchtigenden „Vorurteile oder Ängste“ auf das Verhalten der beeinträchtigten Person selbst und/oder auf das Verhalten dritter Personen zurückgeführt werden kann. In der VO nach § 69 SGB XII jedenfalls wird beides für möglich gehalten. Im Regelfall müssen einstellungsbedingte Barrieren demnach **in personalisierter Form** vorhanden sein, d.h. einer konkreten Person zuzurechnen sein. Allerdings können auch bestimmte **soziale Konstellationen** (etwa Prüfungsangst, soziale Verlustängste, Arztbesuche usw.) entsprechende Reaktionen hervorrufen. Auch hier sind Rechtsprechung und Literatur allerdings der Auffassung, dass soziale Schwierigkeiten einen solchen **Schweregrad** aufzuweisen haben, der sie von allgemeinen Lebensrisiken hinreichend unterscheidet.¹⁵⁰ Die **individuellen Bewältigungsstrategien** und der jeweilige **soziale Kontext** können hierbei jedoch – gerade bei psychischer Beeinträchtigung – vor dem Hintergrund des Individualisierungsgrundsatzes (§ 33 SGB I) nicht unbeachtlich sein.¹⁵¹

82 Auch die dem neuen Behinderungsbegriff zugrunde liegende¹⁵² **ICF** bietet Anschauungsmaterial für Zwecke weiterer Konkretisierung der im Gesetz aufgeführten Barrieren. Barrieren können dann vorliegen, wenn die **Teilhabe an Lebensbereichen** (z.B. Mobilität, Kommunikation, Bildung, Erwerbsleben, Selbstversorgung)¹⁵³ durch **Umweltfaktoren** (z.B. Einstellungen, Überzeugungen der Bevölkerung, das politische und Rechtssystem der Gesellschaft, die Art des Gesundheitswesens, Verkehrswesens, Arbeitsmarktes oder Bildungswesens und die verfügbaren Güter und Technologien) beeinträchtigt wird. Aber ebenso wie die Entwurfsbegründung macht auch das Klassifikationssystem der ICF einen recht beliebigen Eindruck, ist eher Inspirationsquelle als Ordnungsrahmen und hat deshalb zu einer nachvollziehbaren Rechtsprechungskasuistik nur wenig beizutragen.

¹⁴⁸ Vgl. insofern den Systematisierungsversuch bei *Luthe*, SGB 2009, 569 ff.

¹⁴⁹ SG Reutlingen v. 03.07.2008 - S 7 SO 2087/08 ER sowie *Zeitler* in: Mergler/Zink, BSHG, § 72 SGB IX Rn. 31; *Schäfer* in: Fichtner/Wenzel, BSHG, § 72 SGB IX Rn. 16; *Schellhorn/Schellhorn*, BSHG, § 72 SGB IX Rn. 8; *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB XII, § 67 SGB XII Rn. 12 ff. und 22 ff. sowie § 68 SGB XII Rn. 14 ff.

¹⁵⁰ Etwa VG Gera v. 21.10.2004 - 6 K 726/02 GE; LSG NRW v. 12.05.2011 - L 9 SO 105/10.

¹⁵¹ SG Stuttgart v. 23.06.2006 - S 20 SO 4090/06 ER; OVG NRW v. 20.03.2000 - 16 A 3189/99; SG Altenburg v. 13.07.2009 - S 21 SO 1934/09 ER; *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB XII, § 67 SGB XII Rn. 26.

¹⁵² BT-Drs. 18/9522, S. 230.

¹⁵³ Die ICF unterscheidet insgesamt neun Bereiche: Beteiligung am persönlichen Unterhalt, Teilnahme an der Mobilität, Teilnahme am Informationsaustausch, Einbindung in soziale Beziehungen, Teilnahme am häuslichen Leben und an der Hilfe für andere, Beteiligung am Bildungs- und Ausbildungswesen, Beteiligung an Arbeit und Beschäftigung, Teilnahme am Wirtschaftsleben und Einbindung in die Gemeinschaft, Teilnahme am sozialen und staatsbürgerlichen Leben.

cc. Wechselwirkungstheorem

- 83** Dem Merkmal der **Hinderung der Teilhabe am Leben in der Gesellschaft** (vormals „Beeinträchtigung“, vgl. § 2 Abs. 1 SGB IX a.F.) korrespondiert das grundlegende Gesetzesziel (§ 1 SGB IX) der Förderung der Selbstbestimmung und gleichberechtigten Teilhabe des behinderten Menschen. Somit orientiert sich das Gesetz weniger an den Defiziten des Behinderten, sondern rückt seine Möglichkeiten gesellschaftlicher Teilhabe an den verschiedensten Lebensbereichen in den Vordergrund der Betrachtung.¹⁵⁴ Im Verständnis des § 2 Abs. 1 SGB IX ist die Behinderung das Resultat einer negativen **Wechselwirkung** zwischen dem gesundheitlichen bzw. funktionalen Zustand einer Person und ihren Umweltfaktoren (vgl. Rn. 63).¹⁵⁵ Diese Sichtweise findet sich auch in Art. 1 der UN-Behindertenrechtskonvention (vgl. Rn. 52) und wurde in Anlehnung daran durch das Bundesteilhabegesetz mit Wirkung vom 01.01.2018 in die Definition des § 2 Abs. 1 SGB IX übernommen.
- 84** Das Wechselwirkungstheorem ist, wie noch zu zeigen sein wird, ohne weitere Vorkehrungen zwar ungeeignet für eine Rezeption als Rechtsbegriff, gleichwohl nicht ohne Aussage. Deutlich wird dies am Beispiel einer Frau, deren krankheitsbedingte Kahlköpfigkeit es dieser unmöglich macht, sich unbefangen unter den Mitmenschen zu bewegen, weil sie ohne Haar zum Objekt der Neugier werden kann mit der Folge, dass diese sich sozial isoliert und zu vereinsamen droht. Hierin hat das BSG eine Beeinträchtigung der Teilhabe gesehen.¹⁵⁶ Es zeigt sich, wie auch im Konzept der ICF¹⁵⁷, dass es bei der Teilhabe an Lebensbereichen mit Rücksicht auf das Selbstbestimmungspostulat des § 1 SGB IX auch auf **subjektive Erfahrungen** des Rehabilitanden ankommt und die Frage seiner Teilhabebeeinträchtigung sich neben einer objektiven Bestimmung (vgl. Rn. 118) auch an diejenigen Lebensbereiche orientieren muss, an denen der Rehabilitand vollständig wieder teilhaben möchte. Allerdings bietet das Beispiel auch Anlass, der Frage genauer nachzugehen, ob sich das gleiche Ergebnis nicht auch innerhalb des herkömmlichen Kausalitätsverständnisses der Behinderung¹⁵⁸ ergeben hätte und inwiefern hier die Wechselwirkungsannahme argumentativ überhaupt zur Anwendung gebracht und in ihren Möglichkeiten ausgereizt wurde.
- 85** Gleichwohl kann das Wechselwirkungstheorem allein die rechtsstaatlich gebotene **Entscheidungssicherheit** nicht garantieren. Objektivierbare und damit kalkulierbare medizinische Gewissheiten präformierten bislang das Begriffsverständnis. Brechen diese weg, weil der soziale Kontext als Prädisposition für die Behinderung aufgewertet wird, so erfüllen fortan nur geringe gesundheitliche Beeinträchtigungen bereits die Voraussetzungen, wenn ihre Auswirkungen auf die soziale Teilhabe nur groß genug sind. Und das beurteilt sich nicht zuletzt an fehlenden sozialpolitischen Kompensationsmaßnahmen. Ohne weitere Eingrenzung bleibt das Wechselwirkungstheorem mit dem Risiko behaftet, dass anstatt berechenbarer Kriterien in subjektivistischer Manier fortan beliebig handhabbare Kriterien von einem guten Leben und ein letztlich diffuses Anspruchsniveau auf das

¹⁵⁴ So bereits vor der Geltung des neuen Behinderungsbegriffs eine **wohl vereinzelte Entscheidung** des BSG, in der – mit unzureichender Begründung und ohne auf die Entstehungsgeschichte der Norm einzugehen – der Behinderungsbegriff der UN-Behindertenrechtskonvention zugrunde gelegt wurde: BSG v. 30.09.2015 - B 3 KR 14/14 R; **nicht so weit gehend** aber seinerzeit BSG v. 11.08.2015 - B 9 SB 2/14 R.

¹⁵⁵ Im Sinne der ICF etwa SG Bremen v. 01.07.2005 - S 9 AL 12/05 - Behindertenrecht 2006, 24-27.

¹⁵⁶ BSG v. 23.07.2002 - B 3 KR 66/01 R - SuP 2003, 45; zum Wechselwirkungstheorem auch BSG v. 30.09.2015 - B 3 KR 14/14 R.

¹⁵⁷ *Schuntermann*, Die internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit (ICF) der Weltgesundheitsorganisation (WHO), 6 (Internet).

¹⁵⁸ Vgl. § 2 Abs. 1 SGB IX a.F.: „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.“

Geschehen einwirken.¹⁵⁹ Das Behindertenrecht wird auf diese Weise unnötig und nicht unbedingt legitimationswirksam mit politischer Ideologie aufgeladen. Dazu trägt bei, dass das Wechselwirkungstheorem rechtsmethodisch betrachtet auf einer **zirkulären Argumentation** beruht, weil es das tatbestandliche Ergebnis der Teilhabebehinderung in sämtliche Aspekte der funktionalen Gesundheit und gleichzeitig in das Merkmal der „Barrieren“ hineinkopiert: Eine körperliche Beeinträchtigung z.B. ist nur insofern eine Beeinträchtigung, als sie auf Barrieren stößt und diese sind Barrieren, weil sie die Teilhabe hindern. Dies ist mit deduktiver Rechtsanwendung unverträglich. Schließlich ist auf den **Bewertungswiderspruch** zwischen § 2 Abs. 1 SGB IX und § 152 Abs. 1 Satz 5 SGB IX hinzuweisen, der für das Schwerbehindertenrecht mit der Formulierung „Auswirkungen auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft“ nach wie vor auf eine kausale Betrachtung der Behinderung abstellt. Hat man hier – immanent betrachtet – die (angeblichen) Verpflichtungen gegenüber der UN-BRK nicht registriert? Gleichwohl kann es aufgrund des eindeutigen gesetzgeberischen Willens **kein Zurück** mehr geben zur früheren (aber heute noch vom Bundesverfassungsgericht vertretenen¹⁶⁰) Annahme einer Kausalität zwischen gesundheitlicher Störung und sozialer Teilhabebeeinträchtigung. An die Stelle des Kausalitätskriteriums kann eine Eingrenzung des Behinderungsbegriffs mit dem Ziel einer berechenbaren Rechtsanwendung aber auch durch das Kriterium des Schweregrades seiner Merkmalsausprägungen erreicht werden, zumindest wenn diese mehr noch als der „soziale Behinderungsbegriff“ auf hinlänglich **objektivierbare personenbezogene Defizite** (vgl. auch Rn. 81), vornehmlich auf der Basis medizinisch-psychologischer Beurteilungskriterien, abstellen, ohne allerdings, das sollte in diesem Zusammenhang mit Rücksicht auf das gesetzliche Wechselwirkungstheorem deutlich gesagt werden, die Auswirkungen dieser personalen Defizite in der sozialen und materiellen Umwelt des beeinträchtigten Menschen zu ignorieren und den Schweregrad des personalen Defizits selbst an diesen Folgen zu messen.

- 86** Eine Behinderung liegt nach allem als eine solche nur dann vor, wenn ihre Merkmale einen **Schweregrad** aufweisen, die sie von allgemeinen Lebenskrisen und Lebenslasten (wie Arbeitslosigkeit, Krankheit, Ehezerwürfnissen, Bürgerkriegstraumata, sozialer Stigmatisierung u. dgl.) noch hinreichend unterscheiden. Dies ist in letzter Konsequenz eine Frage **normativer Beurteilung und Gewichtung**. Insofern gelten die Sentenzen des BSG zur GdB-Feststellung auch hier, wonach das relevante Maß für die Auswirkungen von Gesundheitsstörungen auf die Teilhabe an der Gesellschaft nicht allein durch rein medizinisches Erfahrungswissen ermittelt werden könne, weil die Teilhabebeeinträchtigung im Kern auf einer rechtlichen Wertung von Tatsachen beruhe, die zwar von medizinischen und anderen Sachverständigen festgestellt, aber in rechtlicher Hinsicht eben nicht bewertet werden könne.¹⁶¹ Das Merkmal der Schwere ist im Übrigen nicht ungewöhnlich und entspricht als ungeschriebenes Merkmal der Rechtsanwendung den Gepflogenheiten auch anderer Regelungsbereiche mit ähnlich starker Ausrichtung auf dynamische Kontextbedingungen (vgl. Rn. 81)¹⁶².

¹⁵⁹ Ähnlich auch *Gerdtes/Weis* in: Bengel/Koch, Grundlagen der Rehabilitationswissenschaften, 2000, S. 47: Mit dem Partizipationsmodell der ICF sei „man allerdings nicht ganz der Gefahr entgangen, sich auf die Binsenweisheit zurückzuziehen, die besagt, alles hänge irgendwie mit allem zusammen.“

¹⁶⁰ In BVerfG v. 12.12.2012 - 1 BvR 69/09 bezieht sich das Gericht auf die Sonderschulentscheidung aus dem Jahr 1997 (v. 08.10.1997 - 1 BvR 9/97) und hält damit in zu vermutender Kenntnis der Völkerrechtslage gleichwohl an der deutschen Rechtstradition des Schwerbehindertenrechts fest.

¹⁶¹ BSG v. 24.04.2008 - B 9/9a SB 6/06 R; BSG v. 29.08.1990 - 9a/9 RVs 7/89 - BSGE 67, 204.

¹⁶² Zur Hilfe zur Überwindung sozialer Schwierigkeiten nach § 67 SGB XII und zum hier entwickelten Merkmal des Schweregrades vgl. SG Reutlingen v. 03.07.2008 - S 7 SO 2087/08 ER sowie *Zeitler* in: Mergler/Zink, BSHG, § 72 SGB IX Rn. 31; *Schäfer* in: Fichtner/Wenzel, BSHG, § 72 SGB IX Rn. 16; *Schellhorn/Schellhorn*, BSHG, § 72 SGB IX Rn. 8; *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB XII, § 67 SGB XII Rn. 12 ff. und 22 ff. sowie § 68 SGB XII Rn. 14 ff.; zudem VG Gera v. 21.10.2004 - 6 K 726/02 GE und LSG NRW v. 12.05.2011 - L 9 SO 105/10.

- Die erforderliche Schwere der Behinderung liegt regelmäßig dann vor, wenn die „*Hinderung der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft*“ auf medizinisch objektivierbare Beeinträchtigungen im Bereich des Körpers, der seelischen bzw. geistigen Befindlichkeit bzw. der Sinneswahrnehmungen des Betroffenen zurückgeführt werden kann. Insofern ist die (zusätzliche) Wechselwirkung speziell mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren – vorbehaltlich des unverzichtbaren Grundtatbestandes einer Beeinträchtigung im vorgenannten Sinn – keine notwendige Voraussetzung für das Vorliegen einer in diesem Sinn „schweren“ Behinderung. Notwendig aber ist, wie § 2 Abs. 1 Satz 2 SGB IX entnommen werden kann, ein defizitärer „Körper- und Gesundheitszustand“.
- Der Schweregrad ist dagegen umso geringer, je weniger die Teilhabehinderung körperliche/seelische/geistige/neurologische Ursachen hat und je mehr diese als Folge einstellungs- und umweltbedingter Barrieren angesehen werden muss. Ist die Teilhabehinderung ausschließlich einstellungs- und umweltbedingt, so sind die Voraussetzungen für eine Behinderung nicht erfüllt. Die gegenteilige Annahme wäre mit § 2 Abs. 1 Satz 2 SGB IX (Abweichung vom für das Lebensalter typischen Zustand) nicht zu vereinbaren, der für das Vorliegen einer Behinderung ersichtlich den „Körper- und Gesundheitszustand“ des Menschen fokussiert.
- Die Bedeutung einstellungs- und umweltbedingter Barrieren ist im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung für sich genommen umso geringer zu veranschlagen, je weniger sich dieselben nach hinlänglich objektivierbaren Kriterien (vgl. bspw. § 1 VO nach § 69 SGB XII) in den sozialen Kontextbedingungen des jeweiligen Menschen abbilden und je mehr diese dagegen als Ergebnis subjektiver Wahrnehmung und Bewertung, insbesondere des betroffenen Menschen selbst, hervortreten. Die individuellen Bewältigungsstrategien können hierbei jedoch – gerade bei psychischer Beeinträchtigung – vor dem Hintergrund des Individualisierungsgrundsatzes (§ 33 SGB I) nicht unbeachtlich sein.¹⁶³ Insofern ist die subjektive Befindlichkeit als Teilaspekt der Gesamtbeurteilung grundsätzlich unverzichtbar, gleichwohl im Regelfall gegenüber anderen Komponenten von geringerem Gewicht.

dd. Wechselwirkungstheorem nur deklaratorische Bedeutung?

87 Nach der Entwurfsbegründung hätte es eines reformierten Behinderungsbegriffs an sich gar nicht bedurft: „Der bisherige Wortlaut des § 2 SGB IX kann zwar im Sinne der UN-BRK ausgelegt werden. Zur Rechtsklarheit wird der Behinderungsbegriff durch die Inbezugnahme der Wechselwirkung zwischen der Beeinträchtigung und den Umweltfaktoren deklaratorisch an die UN-BRK angepasst.“¹⁶⁴ Diese Annahme ist **falsch**. Gemessen an seinem Wortlaut scheint Art. 1 UN-BRK in dieser Hinsicht eindeutig zu sein, so dass man bei vordergründiger Betrachtung meinen könnte, der seinerzeitige kausale Behinderungsbegriff¹⁶⁵ sei durch das Wechselwirkungstheorem der Konvention schon damals ab Geltung der Konvention im Jahre 2009 abgelöst worden. Während der Vertragsverhandlungen gehörte der Behinderungsbegriff allerdings zu den umstrittensten Kapiteln.¹⁶⁶ Deshalb ist der Behinderungsbegriff innerhalb der Konvention auch nicht in den Begriffsbestimmungen des § 2 UN-BRK, sondern nur in die Zielbestimmung des § 1 UN-BRK aufge-

¹⁶³ Zu § 67 SGB XII vgl. SG Stuttgart v. 23.06.2006 - S 20 SO 4090/06 ER; OVG NRW v. 20.03.2000 - 16 A 3189/99; SG Altenburg v. 13.07.2009 - S 21 SO 1934/09 ER; *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB XII, § 67 SGB XII Rn. 26.

¹⁶⁴ BT-Drs. 18/9522, S. 230.

¹⁶⁵ Vgl. § 2 Abs. 1 SGB IX a.F.: „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.“

¹⁶⁶ *Degener*, Behindertenrecht 2009, 34 ff.

nommen worden. Zudem findet sich in der Präambel der Konvention die Bemerkung, das Verständnis von Behinderung ändere sich ständig, so dass sich eine konkrete Definition verbiete. Dies alles deutet unmissverständlich darauf hin, dass der Konvention der für ihre unmittelbare nationalstaatliche Geltung erforderliche klare Anweisungsgehalt fehlt.¹⁶⁷ Der Behinderungsbegriff des § 2 SGB IX lässt sich rechtlich auf die Konvention somit nicht zurückführen, mag die Konvention in ihrer Unbestimmtheit politisch auch ein nützliches Vehikel zur Legitimation politischer Reformabsichten gewesen sein. § 2 Abs. 1 SGB IX gilt somit in konstitutiver Weise und nicht bloß deklaratorisch. Hätte die UN-BRK in dieser Hinsicht im Übrigen tatsächlich eine verbindliche Aussage für das deutsche Recht, hätte auch die Formulierung in § 152 Abs. 1 Satz 5 SGB IX angepasst werden müssen, die nach wie vor mit der Formulierung „Auswirkungen auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft“ auf einer kausalen Betrachtung der Behinderung basiert.

ee. Beteiligte Fachdisziplinen

- 88** Die Beurteilung der Teilhabebehinderung ist funktional („Inklusionshilfe“) als Aufgabe **gesellschaftswissenschaftlicher Disziplinen** (vor allem Sozialarbeiter und Sozialpädagogen, Sozialwissenschaftler) anzusehen, wird in der Begutachtungspraxis aber zumeist von medizinischem Fachpersonal und insbesondere Ärzten durchgeführt. Dies erscheint lediglich unter dem Aspekt sinnvoll, als die Behinderung auch einen gewissen Schweregrad aufweisen muss (vgl. Rn. 86, vgl. Rn. 64 f.) und eine stärker personalisierte Sicht der Teilhabebehinderung die Bedeutung einer medizinisch-psychologischen Expertise unterstreicht. Gleichwohl besteht die Gefahr, dass die Begutachtung, auch im Hinblick auf das verfahrensrechtliche Erfordernis einer problemgenauen Sachverhaltsermittlung (§ 20 SGB X), eine zu starke Verengung auf die somatologischen und somatopsychologischen Aspekte der Behinderung auf Kosten einer an der individuellen gesellschaftlichen Befindlichkeit der Person orientierten Betrachtungsweise erfährt.¹⁶⁸ Zumal: der ärztliche Gutachter kennt den Fall häufig nur „aus der Akte“; zum Betroffenen bestehen regelmäßig nur punktuelle Kontakte. Ggf. sind der Begutachtung daher weitere flankierende Berichte in der Zuständigkeit sozialer Berufe zu Grunde zu legen. Bei diesen aber liegen die Defizite weniger in der Gefahr einer Vereinseitigung der Problemsicht, sondern vor allem im „ganzheitlichen“ Grundverständnis der Profession, das dazu führen kann, dass sie ihre allein auf das Soziale bezogenen Funktionsgrenzen und damit ihre Kooperationsfähigkeit nicht ausreichend definieren kann.¹⁶⁹ Das BSG hat die Beteiligung auch **„anderer Wissenschaftszweige“** bei Beurteilung der Teilhabebeeinträchtigung im Beispielfeld der GdB-Feststellung jedenfalls unter gegebenen Umständen („eventuell“) als notwendig erachtet.¹⁷⁰ In dieser Hinsicht aber ist kritisch anzumerken, dass der zur Beratung und Fortentwicklung der

¹⁶⁷ Näher Luthe, jM, Heft 5, 2015, 190 ff., 192 unter Bezugnahme auf BSG v. 06.03.2012 - B 1 KR 10/11 R sowie BSG v. 10.05.2012 - B 1 KR 78/11 B; ebenso SG Karlsruhe v. 21.03.2013 - S 4 SO 937/13 ER; LSG NRW v. 06.02.2014 - L 20 SO 436/13 B ER; VG Köln v. 24.01.2014 - 25 K 2338/13; VG Düsseldorf v. 06.12.2013 - 14 L 2330/13.A; OVG Lüneburg v. 15.10.2013 - 4 ME 238/13 und OVG Lüneburg v. 05.10.2016 - 2 ME 192/16; **abweichend** aber eine wohl vereinzelt Entscheidung des BSG, in der – mit unzureichender Begründung – der Behinderungsbegriff der UN-Behindertenrechtskonvention zugrunde gelegt wurde: BSG v. 30.09.2015 - B 3 KR 14/14 R; nicht so weit gehend aber seinerzeit BSG v. 11.08.2015 - B 9 SB 2/14 R.

¹⁶⁸ Zur unzureichenden Ermittlung einer Teilhabebeeinträchtigung in der Jugendhilfe vgl. VG Ansbach v. 20.11.2008 - AN 14 K 06.04129 - RdLH 2009, 62-63.

¹⁶⁹ Interdisziplinäre Fallarbeit wird in Behandlungsorganisationen leicht zu einem Ort von Positionskämpfen, nicht zuletzt, weil es der beteiligten Sozialarbeit nicht gelingt, ihre Grenzen und damit ihre Kooperationsfähigkeit klar zu definieren. Insbesondere Sozialarbeiter neigen zur Nischenbildung, wenn sie in Organisationen mit anderen Professionen zusammenarbeiten müssen, was instabile Arbeitsbeziehungen zur Folge hat: so die Studie von Sommerfeld aus dem Bereich der Psychiatrie, in: Merten, Systemtheorie sozialer Arbeit, 2000, S. 115 ff. Hierzu auch Luthe, ArchsozArb 2003, 3, 41.

¹⁷⁰ BSG v. 29.08.1990 - 9a/9 RVs 7/89 - BSGE 67, 204.

Versorgungsmedizinischen Grundsätze geschaffene Beirat nach § 3 Versorgungsmedizin-Verordnung ausschließlich durch Mediziner besetzt ist. Dies bedarf in gebotener Weise der Korrektur bei der Ermittlung der Behinderung im Einzelfall im Verfahren nach § 20 SGB X.

ff. Einzelfallerwägungen

- 89** Unter Berücksichtigung des Gesetzesziels selbstbestimmter Teilhabe können bei der Beurteilung der Beeinträchtigung die subjektiven Vorstellungen des behinderten Menschen bzw. dessen Leiderfahrungen in der vorzunehmenden Gesamtwürdigung des Falles nicht ohne Bedeutung sein (vgl. Rn. 102).¹⁷¹ Zwar gilt für die Frage der Teilhabebeeinträchtigung grundsätzlich ein **objektiver Maßstab**.¹⁷² Inwieweit die als „relevant“ einzustufenden Teilhabebeeinträchtigungen ihrerseits jeweils zutreffen, ist aber nur im **konkreten Einzelfall** zu beantworten. Nur auf der Basis einer objektiven Beurteilung der Teilhabe kann es somit auch auf die subjektive Sicht des Betroffenen ankommen. Diese ist vor allem unter dem Aspekt einer den Gegebenheiten angemessenen Sachverhaltsaufklärung von Bedeutung (§ 20 SGB X), gemessen an den Zielen des SGB IX jedoch auch in materiell-rechtlicher Hinsicht von Gewicht (vor allem bei der Auslegung und Ermessensbetätigung).

gg. Keine Unterstellung, sondern Nachweis der Teilhabebeeinträchtigung

- 90** Hiermit unvereinbar ist eine **Praxis**, in der die Teilhabehinderung als neben der Funktionsbeeinträchtigung eigenständig bedeutsames Merkmal des Behinderungsbegriffs so gut wie keine Rolle spielt. Das Vorliegen einer Teilhabehinderung wird bei Vorliegen einer Schädigung oder Funktionsbeeinträchtigung im Rahmen einer letztlich abstrakten Betrachtungsweise in nahezu selbstverständlicher Weise unterstellt oder bestenfalls mit alltagstheoretischen Klischeevorstellungen überzogen. Ein solcher „**Kurzschluss**“ aber ist mit § 2 Abs. 1 SGB IX nicht zu machen; der Gesetzgeber hätte das Merkmal der Teilhabehinderung ansonsten auch weglassen können. Anstatt einer abstrakten Betrachtung erscheint vielmehr die konkrete Betrachtung der Teilhabe an der materiellen und sozialen Umwelt nach Maßgabe auch individuell wahrgenommener Barrieren gesetzlich geboten. Wird im Übrigen der gebotene Nachweis einer konkreten Teilhabehinderung ernst genommen, verliert auch die Problematik ausreichender Abgrenzbarkeit von (drohender) Behinderung und **chronischer Erkrankung** viel von ihrer bisherigen Bedeutung, weil eine chronische Erkrankung auch bei ausgeprägter Funktionsstörung ohne nachgewiesene Teilhabehinderung keine Behinderung sein kann.

hh. Gesellschaftsbegriff

- 91** Bei Beurteilung einer Teilhabehinderung ist der zugrunde liegende **Gesellschaftsbegriff** von entscheidender Bedeutung. Denn hier entscheidet sich, in welchen Hinsichten von Teilhabe und ihrer Hinderung überhaupt die Rede sein kann. Gesellschaftswissenschaftlich ist ein einheitlich verwendeter oder allgemein akzeptierter Gesellschaftsbegriff nicht in Sicht. „Klassisch“ ist die Unterscheidung von Gemeinschaft und Gesellschaft (Tönnies) im Sinne einer intensiven oder losen Bindung der Gesellschaftsmitglieder¹⁷³, ebenso die Bestimmung von Gesellschaft als sinnhaftes soziales Handeln auf der Basis von Mitgliedschaftsrollen, die dem Individuum als einer gesellschaftlichen „Person“ Geltung verleihen und seine Lebensführungschancen im Kontakt mit anderen

¹⁷¹ Zutr. *Welti* in: HK-SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 31.

¹⁷² Zu weitgehend *Schimanski* in: Großmann, SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 23a: soziale Beeinträchtigungen seien diejenigen Folgen von Behinderungen, die der Einzelne als „Reaktion der Gesellschaft erlebt“.

¹⁷³ Hierzu aus neuerer Zeit etwa *Osterkamp*, Gemeinschaft und Gesellschaft. Über die Schwierigkeit, einen Unterschied zu machen, 2006.

bestimmen¹⁷⁴. Neuer ist der Kommunikationsaspekt im Sinne der Verwendung von Zeichen und insbesondere von Sprache, sei es als verständigungsorientierter oder auch nur zu Zwecken der Bedürfnisbefriedigung gegebener Informationsaustausch zwischen Individuen, sei es als Operation sozialer Systeme, an die die Individuen als gesellschaftlich relevante „Personen“ teils mehr, teils weniger angeschlossen sind (soziale Systeme mit dem Gesellschaftssystem als Ganzes, seine Funktionssysteme, seine Organisationen und seine Interaktionen).¹⁷⁵ Innerhalb des SGB IX aber kann es letztlich nur einen **rechtsnormativen Begriff von Gesellschaft** geben (vgl. Rn. 86)¹⁷⁶ – „normativ“ allerdings nicht im Sinne einer empirischen Beschreibung von Gesellschaft als Werte- oder Kulturgemeinschaft, sondern im Sinne systematischer und funktionaler Anforderungen des Gesetzesrechts. Der Gesellschaftsbegriff des § 2 Abs. 1 SGB IX zeichnet sich zum einen aus durch seine systematische Nähe zum Gesetzesziel selbstbestimmter Teilhabe in § 1 SGB IX. Zum anderen hat er sich im Dienste der Funktion des Rechts¹⁷⁷ rechtsstaatlichen Anforderungen an konsistentes und damit berechenbares Entscheiden zu fügen. Beides zusammengenommen bedeutet: „Gesellschaft“ kann nicht sein, was der „selbstbestimmte“ Einzelne sich unter dem gesellschaftlichen Verkehr vorstellt. Gesellschaftliche Beziehungen sind zuallererst Größen, die sich in ihrer „**Geltung**“ unabhängig von individueller Zustimmung bestimmen.¹⁷⁸ Dies vorausgesetzt, können die persönlichen Erfahrungen des Rehabilitanden im Sinne des Selbstbestimmungspostulats nach § 1 SGB IX bei der Definition „relevanter“ Lebensbereiche, an denen der Einzelne teilhaben möchte, aber nicht ohne Bedeutung sein (vgl. Rn. 102). Die Bestimmung der **Relevanz** etwaiger Lebensbereiche aber hat im Sinne eines konsistenten Umgangs mit dem Teilhabeziel bei den Faktoren anzusetzen, die die Geltung der Person im Zusammenleben maßgeblich bestimmen. Allgemein sind dies Faktoren der **Organisation** und **Interaktion**, in „mittlerer“ Reichweite die von ihnen getragenen **Erwerbs-, Macht- und Ansehenschancen** des Einzelnen.¹⁷⁹ Nur Organisationen und Interaktionen können – als „Handlungsebenen“ der Gesellschaft – ausgrenzen (nur in Hinblick darauf kann der Einzelne sich im Übrigen auch selbst ausgrenzen). Und sie können dies nur, weil und insofern sie aus **Kommunikation** bestehen: Mitgliedschaftsrollen in der Organisation und die gegenseitige Wahrnehmung in der Interaktion müssen kommuniziert werden, um als Teilhabebeeinträchtigung – als Verlust von Macht, Erwerb und Ansehen – äußerlich erkennbar zu sein (auch im Wortsinn: **communicare** bedeutet „teilnehmen lassen“). Gesellschaftliche, nicht minder physikalische „**Barrieren**“ der Teilhabe (vgl. Rn. 102) sind dies mithin nur dann, wenn sie in Bezug auf Organisationen und Interaktionen zu einem Problem der Teilhabe an dort stattfindenden Kommunikationen werden. Das Teilhabeproblem aber erfordert vor dem Hintergrund des einzubeziehenden individuellen Erfahrungshintergrundes (vgl. Rn. 89; zum Selbstbestimmungspostulat vgl. § 1 SGB IX) auch den **Vergleich** zwischen der vor der Funktionsstörung erworbenen gesellschaftlichen Geltung der Person mit den nach der Störung verbliebenen Geltungschancen. Dies bedeutet im Ergebnis: nicht Individuen, Beziehungen zwischen diesen oder soziale Rollen sind für sich genommen „Gesellschaft“, sondern (allgemein) Kommunikationen und (insbesondere) die von ihnen ausgehenden Geltungschancen.¹⁸⁰

¹⁷⁴ Hierzu aus neuerer Zeit etwa Hesse, Rolle und Rose. Leben als Zusammenleben, 2009.

¹⁷⁵ Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 16 f., 78 ff.; Luhmann, Soziale Systeme, 1984.

¹⁷⁶ Ebenso im Übrigen wie es nur einen rechtsnormativen Begriff der Teilhabebeeinträchtigung geben kann.

¹⁷⁷ Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993.

¹⁷⁸ Hesse, Rolle und Rose. Leben als Zusammenleben, 2009, S. 17.

¹⁷⁹ Hesse, Rolle und Rose. Leben als Zusammenleben, 2009.

¹⁸⁰ Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, 16 ff., 78 ff.; Hesse, Rolle und Rose. Leben als Zusammenleben, 2009.

ii. Die ICF – klassifikatorisch und als Wertungsrahmen unzulänglich!

92 Vor diesem Hintergrund machen die in der **ICF aufgeführten Bereiche der Teilhabe**¹⁸¹ einen vergleichsweise beliebigen und theoretisch wenig reflektierten Eindruck. Unter Berücksichtigung der gesetzlich letztlich angestrebten Beseitigung und Verhinderung sozialer Ausgrenzung gesundheitlich geschädigter Personen dürften sich bei Orientierung an einem auf soziale Systeme abstellenden Gesellschaftsbegriff demgegenüber erheblich genauere Ergebnisse bei der Erfassung der Ausgrenzungssymptomatik in Aussicht stellen lassen. Maßgeblich sind daher die Organisationen der relevanten gesellschaftlichen Funktionssysteme (etwa Unternehmen, Behörden, Bildungseinrichtungen, Gerichte, medizinische Einrichtungen) und sonstige Sozialsysteme ohne ausgeprägten Funktionsbezug (etwa Familie, Nachbarschaft, Freundeskreis, Vereinsleben). Sie bilden die Ausgangsbedingungen für die hierauf aufbauenden einzelnen Lebensbereiche des Betroffenen. Die **Teilnahme am „häuslichen Leben“, an einer irgendwie gearteten „Mobilität“ oder am „persönlichen Unterhalt“** – so die „Lebensbereiche“ der ICF (vgl. Rn. 63, Rn. 102) – mag bei der Bestimmung funktionaler Aspekte der Gesundheitsstörung (= Abweichung vom lebensalterstypischen Zustand in geistiger, seelischer, sinnlicher und körperlicher Hinsicht) brauchbar sein, enthält für sich genommen jedoch keine Aussage zur Teilhabe an gesellschaftlichen Kommunikationsbeziehungen im Hinblick auf die von ihnen ausgehenden Geltungschancen. Auch ist die ICF mit der Teilhabe am **„sozialen Leben“ und der „Einbindung in soziale Beziehungen“** ebenso umfassend wie nichtssagend, die **„Beteiligung an Arbeit und Beschäftigung“** im Übrigen nur Unterbegriff der **„Teilnahme am Wirtschaftsleben“**.

93 Es wurde vorstehend darauf hingewiesen, dass die Behinderung und mir ihr die Merkmalsausprägungen im Bereich der Funktionsbeeinträchtigungen, der Barrieren und der Teilhabebehinderung in letzter Konsequenz auf **juristischer Wertung** beruhen (vgl. Rn. 86). Wird bedacht, dass die gesellschaftliche Teilhabe (vgl. § 1 SGB IX), etwa im Unterschied zur Krankheit, das maßgebliche Alleinstellungsmerkmal der Behinderung ist und es hierbei entscheidend bei der Abgrenzung gegenüber den „Jedermann-Lebensrisiken“ auf den **Schweregrad** der gesetzlichen Merkmalsausprägungen ankommt, so kann diese Sichtweise mit einem weiteren Begriff, nämlich dem der **Ausgrenzungsintensität**, noch verdeutlicht werden. Auch in dieser Hinsicht aber bietet die ICF keinen überzeugenden Maßstab. Denn diese setzt nicht nur eine Vorstellung der jeweiligen Ausprägungen von Beeinträchtigungen voraus¹⁸², sondern auch das Vorhandensein eines Maßstabes über die **gesellschaftliche Relevanz** desjenigen Lebensbereichs, in dem sich die Auswirkung der Gesundheitsstörung bemerkbar macht. Ein „Tennisarm“ etwa ist eine die Funktionalität des Arms beschränkende und zumeist dauerhafte Angelegenheit, die sogar zu einer „Ausgrenzung“ aus dem Vereinsleben führen kann. Die Voraussetzungen für die Behinderung sind formal erfüllt. Gleichwohl würde kaum jemand ernsthaft auf eine solch absurde Idee kommen. Hieran wird deutlich, dass die Teilhabebeeinträchtigung auch zur gesellschaftlichen Bedeutung des jeweiligen Lebensbereichs in Beziehung gesetzt werden muss. Um bei dem Beispiel zu bleiben: Das individuelle Empfinden der Ausgrenzung aus dem Vereinsleben mag leidvoll sein; rechtlich relevant ist die Ausgrenzung deshalb aber noch nicht. Ferner muss davon ausgegangen werden, dass sich „relevante“ Ausgrenzungen zumeist **prozesshaft** und in gleitenden Übergängen vollziehen (etwa Gelegenheitsarbeit

¹⁸¹ Beteiligung am persönlichen Unterhalt, Teilnahme an der Mobilität, Teilnahme am Informationsaustausch, Einbindung in soziale Beziehungen, Teilnahme am häuslichen Leben und an der Hilfe für andere, Beteiligung am Bildungs- und Ausbildungswesen, Beteiligung an Arbeit und Beschäftigung, Teilnahme am Wirtschaftsleben und Einbindung in die Gemeinschaft, das soziale und staatsbürgerliche Leben.

¹⁸² *Schuntermann*, Die internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit (ICF) der Weltgesundheitsorganisation (WHO), 7.

ohne ausreichenden Verdienst). Auch hier muss eine Vorstellung von der Intensität der erforderlichen Ausgrenzung existieren, wenn ebenso überzeugend wie transparent über die Behinderung entschieden werden soll (§§ 20, 35 SGB X).

jj. Therapieaufwand

- 94** Praktisch bedeutsam ist nicht zuletzt die Frage, inwieweit allein ein durch den behinderten Menschen zu betreibender **therapeutischer Aufwand** auch zu „relevanten“ Ausgrenzungen führen kann.¹⁸³
- 95** Brauchbare Einblicke finden sich im Zusammenhang der **Schwerbehinderung**. Liegt eine solche vor, kann vom Vorliegen einer Behinderung im Sinne des § 2 Abs. 1 SGB IX in selbstverständlicher Weise ausgegangen werden. Der Begriff „**Therapieaufwand**“ ist hier weit auszulegen. Insofern kommen vor allem in Betracht therapiebedingten Einschränkungen in der Lebensführung – z.B. die Planung des Tagesablaufs, die Gestaltung der Freizeit, die Zubereitung der Mahlzeiten, die Berufsausübung.¹⁸⁴ Allerdings muss der Therapieaufwand zur Erzielung des Therapieerfolgs (stabilere Stoffwechsellage) medizinisch notwendig sein, um insbesondere bei der GdB-Bewertung berücksichtigt zu werden.¹⁸⁵ Eine ärztliche Verordnung kann als Nachweis für die medizinische Indikation dienen, ist aber (z.B. im Falle der Selbsttherapie) nicht Voraussetzung für die Anerkennung eines krankheitsbedingten Therapieaufwands. Erforderlich ist allerdings, dass die Therapie tatsächlich durchgeführt wird. Zudem ist nur derjenige Therapieaufwand bei der GdB-Bewertung zu berücksichtigen, der sich nachteilig auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft i.S.d. § 152 Abs. 1 Satz 5 SGB IX auswirkt.¹⁸⁶ Medizinisch notwendige sportliche Betätigung ist bei der Bemessung des GdB grundsätzlich nicht als Therapieaufwand, der die Teilnahme am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt, zu werten, wenn sie sich im Rahmen einer allgemein empfohlenen gesunden Lebensweise bewegt.¹⁸⁷
- 96** Es gibt Gesundheitsstörungen – man denke etwa an den Fall der Hämodialyse –, bei denen es offenkundig ist, dass ein therapeutischer Aufwand zu relevanten Ausgrenzungen aus dem gesellschaftlichen Leben führen kann. Schon beim verbreiteten Diabetes mellitus aber ist dies außerordentlich schwierig zu beurteilen, weil die Betroffenen auf die Medikation sehr unterschiedlich reagieren. Was bei den einen gewohnheitsmäßig ohne nennenswerte Komplikationen verläuft, kann bei den anderen angesichts des zu betreibenden Aufwands folgenschwere Beeinträchtigungen im Kontext von Interaktionen und Organisationsmitgliedschaften nach sich ziehen.
- 97** Bei der Bewertung des Einzel-GdB von **Diabetes mellitus** ist neben der Einstellungsqualität dann auch der Therapieaufwand zu berücksichtigen, soweit er sich auf die Teilhabe des behinderten Menschen am Leben in der Gesellschaft nachteilig auswirkt. Der GdB wird relativ niedrig anzusetzen sein, wenn mit geringem Therapieaufwand eine ausgeglichene Stoffwechsellage erreicht wird. Mit (in beeinträchtigender Weise) wachsendem Therapieaufwand und/oder abnehmendem Therapieerfolg (instabilerer Stoffwechsellage) wird der GdB höher einzuschätzen sein. Dabei sind jeweils

¹⁸³ Hierzu *Knickrehm*, SGB 2008, 220, 226.

¹⁸⁴ Landessozialgericht Sachsen-Anhalt v. 21.04.2016 - L 7 SB 94/14.

¹⁸⁵ BSG v. 24.04.2008 - B 9/9a SB 10/06 R.

¹⁸⁶ BSG v. 24.04.2008 - B 9/9a SB 10/06 R - juris Rn. 40.

¹⁸⁷ BSG v. 02.12.2010 - B 9 SB 3/09 R.

– im Vergleich zu anderen Behinderungen – die Auswirkungen auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft in Betracht zu ziehen.¹⁸⁸ Teil B Nr. 15.1 Anl. VersMedV sieht insofern ebenfalls eine differenzierte Berücksichtigung des Therapieaufwandes bei Diabetes mellitus vor.

- 98** Wenn sich der medizinisch notwendige Therapieaufwand seiner Art und Weise nach nicht als krankheitsspezifisch darstellt (z.B. Blutzuckerwertmessungen, Insulininjektionen), sondern allgemein einer gesunden Lebensweise entspricht (z.B. Ernährungsverhalten, körperliche Aktivität), ist grundsätzlich davon auszugehen, dass eine solche Lebensführung zumutbar in den Tagesablauf einbezogen und unter wertender Betrachtung nicht als nachteilige Auswirkung auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft i.S. des § 69 Abs. 1 Satz 4 SGB IX angesehen werden kann.¹⁸⁹ Ein **GdB von 50 aufgrund eines Diabetes mellitus** erfordert nicht nur mindestens vier Insulininjektionen pro Tag und ein selbstständiges Anpassen der jeweiligen Insulindosis. Zusätzlich müssen gravierende und erhebliche Einschnitte in der Lebensführung vorliegen.¹⁹⁰
- 99** Bei der Bewertung von **Diabetes mellitus** ist im Übrigen zu beachten, dass bei der GdB-Bewertung die **Unterscheidung nach der Entstehung der Stoffwechselstörung** nicht besonders hilfreich ist, da es eine größere Zahl Fälle des Diabetes Typ II gibt, bei denen unter Insulinbehandlung ähnliche Hypoglykämieprobleme auftreten wie bei einem Diabetes Typ I.¹⁹¹ Die Bestimmung der Ausgrenzungsintensität und relevanten Ausgrenzungsschwelle ist deshalb nur im Rahmen einer wertenden Inbeziehungsetzung aller Einzelfallumstände möglich (vgl. Rn. 93, vgl. Rn. 89).¹⁹²
- 100** Nach der Neufassung der Versorgungsmedizinischen Grundsätze zum **Diabetes mellitus** erfordert die Feststellung eines GdB von 50 nicht nur mindestens vier Insulininjektionen pro Tag und ein selbstständiges Anpassen der jeweiligen Insulindosis. Zusätzlich muss es – sei es bedingt durch den konkreten Therapieaufwand oder die jeweilige Stoffwechselqualität oder wegen sonstiger Auswirkungen der Erkrankung (z.B. Folgeerkrankungen) – zu einer gravierenden Beeinträchtigung in der Lebensführung des Behinderten kommen. Der Wortlaut der Versorgungsmedizinischen Grundsätze ist in Teil B Nr. 15.1 „und durch erhebliche Einschnitte **gravierend in der Lebensführung beeinträchtigt** sind“ nicht nur therapiebezogen zu verstehen, auch wenn der nachfolgende Satz („erleiden auf Grund dieses Therapieaufwands eine ausgeprägte Teilhabebeeinträchtigung“) ein derartiges Verständnis nahelegt.¹⁹³

kk. Wertungsrahmen für die Feststellung einer Behinderung

- 101** Auch hier – wie sonst auch – ist als allgemeiner Wertungshintergrund letztlich der Konflikt zwischen dem individuellen Schutzbedürfnis und der prinzipiellen Eigenverantwortung des Einzelnen für seine Lebensrisiken¹⁹⁴ einem schonenden Ausgleich zuzuführen (vgl. Rn. 88, Rn. 93; vgl. auch die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 16 und die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 19). Welche Schwellenwerte insofern bei § 2 SGB IX zugrunde zu legen sind, bleibt theoretisch weithin offen

¹⁸⁸ BSG v. 24.04.2008 - B 9/9a SB 10/06 R sowie LSG Sachsen-Anhalt v. 25.08.2016 - L 7 SB 52/15.

¹⁸⁹ BSG v. 02.12.2010 - B 9 SB 3/09 R.

¹⁹⁰ Landessozialgericht Sachsen-Anhalt v. 27.08.2014 - L 7 SB 23/13.

¹⁹¹ BSG v. 02.12.2010 - B 9 SB 3/09 R.

¹⁹² Vgl. etwa BSG v. 24.04.2008 - B 9/9a SB 10/06 R - SozR 4-3250 § 69 Nr. 9: So sei bei Diabetes neben der Einstellungsqualität auch der Therapieaufwand zu beurteilen, soweit er sich auf die Teilhabe des behinderten Menschen am Leben in der Gesellschaft nachteilig auswirkt. Allein auf die Anzahl der Insulininjektionen pro Tag könne es hierbei nicht ankommen.

¹⁹³ LSG Halle v. 21.02.2012 - L 7 SB 20/11.

¹⁹⁴ Zu diesem Topos im Kontext von Behinderungen vgl. BVerwG v. 26.01.1966 - V C 88.64 - BVerwGE 23, 149, 153: „Der Staat kann ... nicht jedem Einzelnen sein persönliches Lebensrisiko abnehmen ... Letztlich würde eine derartige Auffassung den Einzelnen zum Objekt eines staatlichen Verfahrens machen und damit gegen den in Art. 1 GG niedergelegten Satz von der Menschenwürde jedes einzelnen verstoßen.“

und ist erst auf der Grundlage eines ausgearbeiteten sozialwissenschaftlichen Ansatzes hinreichend begründbar, der überdies auch ein sicheres Gespür für rechtliche Entscheidungszwänge aufweisen sollte. Ohne kohärente Theorie aber keine empirisch gehaltvollen Aussagen!¹⁹⁵ Und ohne empirisches Substrat keine rechtlich überzeugende „Wertung“ der Teilhabebeeinträchtigung (vgl. Rn. 86, Rn. 93, Rn. 139)! Zwar sind die hier favorisierten systemtheoretischen Annahmen zum Gesellschaftsbegriff in ihrer Abstraktheit nicht unmittelbar in der Entscheidungspraxis verwertbar (wenngleich als Kontrastfolie zur ICF allemal geeignet). Sie liefern jedoch einen allgemeinen Analyserahmen, der durch Theorien mittlerer Reichweite anzureichern wäre, die ihrerseits, insofern der überkommenen Geltungs- und Rollentheorie folgend (vgl. Rn. 91 und Rn. 118), entscheidend auf die verbleibenden Einfluss-, Erwerbs- und Prestigechancen des in seinen Funktionen und Fähigkeiten eingeschränkten Personenkreises abzustellen hätten. Eben diese **Chancen der Lebensführung**¹⁹⁶ sind es, die das SGB IX in seiner gesamten Zielrichtung kompensieren will. Man wird aber gleichwohl schon jetzt sagen können: Das SGB IX will keine Teilhabe an inhaltlich diffusen Formen des gemeinschaftlichen Miteinanders, stellt bei der Frage der Teilhabehinderung auch nicht auf außerhalb der Gesellschaft liegende persönliche Bewältigungsformen und Bewusstseinszustände ab (wie etwa Bildungsstand und Motivation)¹⁹⁷ und kann letztlich auch harmlose Teilhabehinderungen nicht wirklich meinen, sondern will die im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung vorzunehmende angemessene Teilhabe an sozialen Kommunikationsbeziehungen von allgemeiner gesellschaftlicher Relevanz. Und diese lässt sich nach heutigem sozialwissenschaftlichen Erkenntnisstand erheblich präziser beschreiben als dies in der ICF auch nur ansatzweise zum Ausdruck kommt.

e. Drohende Behinderung

102 Die Erwähnung drohender Behinderungen steht in engem Zusammenhang mit dem Präventionsgedanken in § 3 SGB IX. Danach haben die Rehabilitationsträger darauf hinzuwirken, dass der Eintritt einer Behinderung einschließlich einer chronischen Erkrankung vermieden wird. Die drohende und die bereits eingetretene Behinderung werden in den Gesetzen teilweise unterschiedlich behandelt.¹⁹⁸ Deshalb ist eine genaue Unterscheidung vorzunehmen. Überdies aber ergeben sich die jeweiligen Leistungsvoraussetzungen wie auch der jeweils geltende Wahrscheinlichkeitsmaßstab gemäß § 7 SGB IX aus dem anwendbaren Spezialgesetz, es sei denn, dieses trifft hierzu keine eindeutige Aussage. Nach der Entwurfsbegründung des Bundesteilhabegesetzes ergibt sich aus dem neuen Behinderungsbegriff für die drohenden Behinderungen weder eine Ausweitung noch eine Einengung des bisherigen Personenkreises.¹⁹⁹

¹⁹⁵ Quine, From a logical point of view, Harvard University Press, 1953.

¹⁹⁶ Dieses Ziel ist bei ausreichender Erfolgsprognose solange zu verfolgen, bis das Optimum der Gleichstellung mit Nichtbehinderten erreicht ist: SG Speyer v. 20.05.2016 - S 19 KR 350/15.

¹⁹⁷ Auch die Anknüpfung der Auswirkungen der „Behinderung“ (!) auf „Alltagsverrichtungen“ wie das Haarekämmen oder Spaziergehen ist für sich genommen keine Teilhabebeeinträchtigung, sondern bezeichnet lediglich den Bereich der Funktionseinschränkungen; so aber Schimanski in: Großmann, SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 42.

¹⁹⁸ So werden etwa Leistungen zur Teilhabe an der Gemeinschaft in § 55 SGB IX oder Teilhabeleistungen des § 9 SGB VI nur bei eingetretener Behinderung erbracht. Auch die Feststellung einer Schwerbehinderung (§ 68 SGB IX) setzt das Vorhandensein einer Behinderung voraus.

¹⁹⁹ BT-Drs. 18/9522, S. 230.

- 103** Personen sind von Behinderung bedroht, wenn die Beeinträchtigung nach Satz 1 zu erwarten ist (§ 2 Abs. 1 Satz 3 SGB IX) – nach **BSG**: Wenn ihr Eintritt entsprechend einer allgemeinen oder fachlichen Erkenntnis mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, wobei das sichere Eintreten einer Behinderung nicht gegeben sein muss; indes ist mehr als eine bloß vage Möglichkeit erforderlich.²⁰⁰
- 104** Drohende Behinderungen sind nur für den einfachen Behinderungsbegriff des § 2 Abs. 1 SGB IX relevant; die schwerbehinderungsrechtliche GdB-Beurteilung hat naturgemäß nur bereits eingetretene Behinderungen zum Gegenstand (vgl. auch Nr. 2 h) der Anlage zur Versorgungsmedizin-Verordnung). Die „**Beeinträchtigung**“ bezieht sich im Gegensatz zur Vorgängerregelung, bei der sowohl die Abweichung vom alterstypischen Zustand als auch die Hinderung der Teilhabe gemeint war, nach dem eindeutigen Wortlaut des Absatzes 1 nur noch auf die körperlichen, seelischen, geistigen oder neurologischen **Funktions- „Beeinträchtigungen“ des Satzes 1.**²⁰¹ Man muss nach der Neuregelung deshalb davon ausgehen, dass es nur (noch) auf die Erwartbarkeit einer Funktionsstörung ankommt; nur diese muss gewissermaßen in der Zukunft liegen. Eine Teilhabebehinderung kann rein formal betrachtet also bereits im Beurteilungszeitpunkt eingetreten sein; nur wäre damit das Merkmal der drohenden Behinderung noch nicht erfüllt, wie überhaupt die Teilhabebehinderung an sich das Ergebnis einer wertenden Inbeziehungsetzung sämtlicher Merkmale der Behinderung ist.
- 105** Fraglich ist, welcher **Wahrscheinlichkeitsmaßstab** gilt, wenn die Beeinträchtigung nach dem Gesetzeswortlaut zu „erwarten“ sein muss. Der Gesetzgeber ist seinerzeit für die Vorgängerregelung davon ausgegangen, dass die Beeinträchtigung „unmittelbar“ drohen müsse.²⁰² Für einen derart strengen Maßstab aber ist die gesetzliche Formulierung zu schwach. Es reicht deshalb ein **überwiegender Grad an Wahrscheinlichkeit**. Auch § 53 Abs. 2 Satz 1 SGB XII geht davon aus, dass der Eintritt der Behinderung nach fachlicher Erkenntnis „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ zu erwarten sein muss. Von einer unmittelbar drohenden Behinderung ist auch hier nicht die Rede. Die geläufige Wendung „Wahrscheinlichkeit von mehr als 50%“ aber ist in ihrer mathematischen Abstraktheit letztlich nur eine rhetorische Figur und für Entscheidungszwecke unbrauchbar. Deshalb kommt es auch hier (vgl. Rn. 86) entscheidend auf die zu erwartende Schwere der Funktionsbeeinträchtigung im Einzelfall an. Je schwerer die drohende Beeinträchtigung ist, umso geringer sind die an die Prognose geknüpften Anforderungen.²⁰³ Eine lediglich vage Wahrscheinlichkeit aber ist gemessen am Willen des Gesetzgebers und am Gesetzeswortlaut („drohen“) jedoch in keinem Fall ausreichend.
- 106** Ob der Verwaltung bei der Prognose ein gerichtlich nur beschränkt überprüfbarer **Beurteilungsspielraum** zustehen kann, ist zweifelhaft. Das BSG hat einen solchen vereinzelt anerkannt.²⁰⁴ Hierfür spricht rein sachlich die größere Problemnähe der Verwaltung, die den Fall im Gegensatz zum Gericht häufig eben nicht nur „aus der Akte“ kennt. Zwar kann das Gericht die fachspezifischen Aspekte der Prognose auch mittels sachverständiger Hilfe klären.²⁰⁵ Und vor dem Hintergrund der

²⁰⁰ BSG v. 07.10.2010 - B 3 KR 5/10 R - SozR 4-2500 § 33 Nr. 32.

²⁰¹ Zur früheren Regelung etwa *Joussen* in: LPK-SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 13.

²⁰² BT-Drs. 7/1237, S. 54.

²⁰³ *Welti* in: HK-SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 36; *Luthe*, *Optimierende Sozialgestaltung*, 2001, S. 249 f.

²⁰⁴ Zum Arbeitsförderungsrecht und dem Merkmal der Notwendigkeit einer Weiterbildung vgl. BSG v. 03.07.2005 - B 7 AL 66/02 R - SozR 4-4300 § 77 Nr. 1.

²⁰⁵ Dies ist einer der Gründe, der beim BVerfG in bestimmten Bereichen zur Ablehnung von Beurteilungsspielräumen geführt hat: BVerfG v. 05.03.1991 - 1 BvL 83/86, 1 BvL 24/88 - BVerfGE 84, 24, 55; BVerfG v. 16.12.1992 - 1 BvR 167/87 - BVerfGE 88, 40, 60.

Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG hat die gerichtliche Vollüberprüfung der Regelfall zu sein.²⁰⁶ Gerade wegen der erforderlichen Einschätzung der Schwere der zu erwartenden Behinderung im Rahmen des zu bildenden Wahrscheinlichkeitsmaßstabes (vgl. Rn. 102) aber verbleibt ein bewertungsbedürftiger Restbereich des Entscheidens, dessen Klärung sich letztlich auch durch gerichtlich bestellte Sachverständige nicht herbeiführen lässt und der stark von Einzelfallerwägungen beeinflusst wird. Wird bedacht, dass es bei Prognoseentscheidungen in letzter Konsequenz um Bewertungs- und nicht nur um empirisch gelagerte Einschätzungsfragen geht, so spricht vieles für einen Beurteilungs- bzw. **Prognosespielraum der Verwaltung** im Bereich des konkreten Gewichtens und Ausgleichens der zumeist abwägungsbedürftigen Belange innerhalb der verbleibenden Unsicherheitszonen der Prognose. Im **Feinbereich konkreter Gewichtung** haben sich die Gerichte mit Rücksicht auf die Vollzugskompetenz der insoweit „erstzuständigen“ Verwaltung mithin zurückzuhalten. Von der Verwaltung aber darf erwartet werden, dass sie ihre Prognoseentscheidung in einer für das Gericht nachvollziehbaren Weise begründet und die rechtlich relevanten Belange (die Schutzbedürftigkeit der Person einerseits und die Kostenrelevanz etwaiger Maßnahmen für die Versichertengemeinschaft²⁰⁷ und die Gemeinschaft der Steuerzahler andererseits) im Kollisionsfall einem gerechten Ausgleich zuführt.²⁰⁸

107 Zwischen drohenden Behinderungen und **chronischen Erkrankungen**²⁰⁹ muss trotz häufiger Übereinstimmung in der Sache (deutlich bei Suchterkrankungen) in rechtlicher Hinsicht an sich klar unterschieden werden.²¹⁰ Allerdings wird die Beurteilung dadurch erschwert, dass es in der Neuregelung für die drohende Behinderung ausreicht, dass allein das Auftreten von Funktionsbeeinträchtigungen wahrscheinlich ist (vgl. Rn. 104). Deshalb wird man, was früher nach hiesiger Auffassung jedoch nicht möglich war, allein aus der Dauer eines Gesundheitsproblems im Bereich körperlicher, seelischer, geistiger und neurologischer Funktionen auf das Vorliegen einer drohenden Behinderung schließen dürfen.²¹¹ Auf eine andauernde Teilhabebeeinträchtigung kann es nicht mehr entscheidend ankommen.

108 In Fällen chronischer Erkrankungen aber ist der Behinderungsbegriff nicht ausreichend austariert gegenüber dem Problem, dass bei **ausbleibender Behandlung** eine Funktionsbeeinträchtigung und damit eine Behinderung zumindest droht. Der im Rahmen einer Insulinbehandlung gut eingestellte Diabetiker etwa kann an sich an sämtlichen Kommunikationsbeziehungen der Gesellschaft teilhaben. Ohne Insulin aber ist eine dauerhafte Beeinträchtigung zu erwarten. Es handelt sich mithin um die häufig vorliegende Paradoxie, dass die gewährte Leistung die Funktionsbeeinträchtigung als Voraussetzung der Leistung und damit die Leistung entfallen lässt. Man wird hierbei darauf abzustellen haben, ob sich der chronischen Schädigung bereits allein mit kontinuierlicher Krankenbehandlung, also auf der Basis des Krankheits- anstatt Behinderungsbegriffs, innerhalb des sechsmonatigen Zeitraums angemessen begegnen lässt.²¹² Diese Ausgangslage ist jedoch

²⁰⁶ BVerwG v. 18.12.1980 - 5 C 23/78 - ZfSH 1981, 306; BVerwG v. 14.01.1982 - 5 C 70/80 - BVerwGE 64, 318.

²⁰⁷ Vgl. zur Bedeutung der Solidargemeinschaft als rechtliches Gestaltungsprinzip m.w.N. aus der Rechtsprechung: *Luthe*, *Optimierende Sozialgestaltung*, 2001, S. 392 ff., 411, 416 ff.

²⁰⁸ Zum Beurteilungsspielraum vgl. auch *Brohm*, DVBl 1986, 321, 330; *Schmidt-Aßmann*, DVBl 1997, 281; *Ollmann*, ZfJ 1995, 45; *Luthe*, *Optimierende Sozialgestaltung*, 2001, S. 115, 167, 179 f., 230, 234 ff., 253 ff., 256, 268, 278 ff., 331 ff., 348 ff., 367, 369, 448, 475 ff.

²⁰⁹ Vgl. Richtlinie zur Definition schwerwiegender chronischer Krankheiten im Sinne des § 62 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch vom 22.01.2004 (BAnz Nr. 18, S. 1343 vom 18.01.2004).

²¹⁰ So zur früheren Rechtslage und hier unter der Annahme einer Einbeziehung auch chronischer Erkrankungen in den Kreis der drohenden Behinderung dagegen bereits *Götz* in: *Kossens/von der Heide/Maaß*, SGB IX, 4. Aufl. 2015, § 2 SGB IX Rn. 11.

²¹¹ *Mrozynski*, SGB IX, Teil 1, 2. Aufl. 2011, § 2 SGB IX Rn. 12; zur Gleichstellung von chronisch Kranken und Behinderten anstatt vieler vgl. dagegen *Schimanski* in: *Großmann*, SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 127.

²¹² So auch *Wolf* in: *iqpr* (Internet), Nr. 25/2007, Forum B.

zu differenzieren im Hinblick auf die sog. **Heilungsbewährung**.²¹³ Hier ist der letztendliche Behandlungserfolg noch offen. Zwar ist der gesundheitliche Schaden im Entscheidungszeitpunkt beseitigt oder zumindest gemindert; gleichwohl ist die Zeit des Abwartens in Rechnung zu stellen und ggf. als Teilhabebeeinträchtigung zu werten. Im Rahmen der GdB-Bewertung wird deshalb ein höherer Grad der Behinderung als gerechtfertigt angesehen, als er sich aus dem festgestellten Schaden ergibt (vgl. Nr. 2 h) der Anlage zur Versorgungsmedizin-Verordnung).

4. Schwerbehinderung

a. Grundvoraussetzungen

109 Menschen sind **schwerbehindert**, wenn bei ihnen ein GdB von wenigstens 50 vorliegt und sie ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz im Sinne des § 73 SGB IX rechtmäßig im Geltungsbereich des SGB IX haben (§ 2 Abs. 2 SGB IX). Grundvoraussetzung für die Schwerbehinderteneigenschaft ist jedoch das **Vorliegen einer Behinderung** nach § 2 Abs. 1 SGB IX, diese aber mit einem Grad von **wenigstens 50**. Dabei werden – anders als § 2 Abs. 1 SGB IX – die „**Auswirkungen auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft**“ als Grad der Behinderung nach **Zehnergraden** abgestuft festgestellt. Der nationale Gesetzgeber war in dieser Hinsicht trotz Art. 1 UN-BRK nicht daran gehindert, anstatt des in § 2 Abs. 1 SGB IX verankerten Wechselwirkungstheorems insofern im Rahmen des Schwerbehindertenrechts weiterhin das Kausalschema der Behinderung zugrunde zu legen, da der Behinderungsbegriff der UN-BRK für seine unmittelbare Geltung in Deutschland nicht den erforderlichen klaren Anweisungseffekt aufweist (vgl. Rn. 86). Immanente Systemschwächen des Gesetzes im Verhältnis des Behinderungs- und Schwerbehinderungsbegriffs sind durch Auslegung zu bewältigen. Der Begriff der Schwerbehinderung aber wird, wenn nicht durch § 2 Abs. 1 SGB IX, so doch durch die Ziele des § 1 SGB IX mitbestimmt. Maßgeblich für die Beurteilung des Grades der Behinderung sind deshalb allgemein also weniger die ärztlichen Diagnosen als die Auswirkungen auf die Teilhabemöglichkeiten des Klägers.²¹⁴

110 Mit positiver Feststellung wird ein **Ausweis** ausgestellt. Die Feststellung der Behinderung (nicht der Schwerbehinderung) erfolgt nur bei einem Grad von **wenigstens 20**. Trotz erforderlicher **Antragstellung** (§ 152 Abs. 1 SGB IX) aber dient die Feststellung nur der Nachweisführung, ist jedoch selbst **nicht konstitutiv** für das Vorliegen einer Schwerbehinderung.²¹⁵ Die Schwerbehinderung tritt bereits dann automatisch ein, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür der Sache nach vorliegen; die nachfolgende Feststellung ist lediglich deklaratorischer Natur.²¹⁶ Deshalb besteht Kündigungsschutz auch dann, wenn der Arbeitgeber von der Schwerbehinderteneigenschaft nichts wusste.²¹⁷

²¹³ Hierzu LSG Sachsen-Anhalt v. 15.06.2016 - L 7 SB 8/14.

²¹⁴ SG Aachen v. 17.05.2016 - S 12 SB 612/15.

²¹⁵ M.w.N. zur deklaratorischen Bedeutung der Feststellung: *Masuch* in: Hauck/Noftz, SGB IX, § 69 Rn. 3; *Dalichau* in: Wiegand, SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 49; *Mrozynski*, SGB IX, 2. Aufl. 2011, § 2 SGB IX Rn. 47: Eine Feststellung sei dann nicht mehr zu treffen, wenn diese anderweitig feststeht.

²¹⁶ BAG v. 09.06.2011 - 2 AZR 703/09 - NZA-RR 2011, 516.

²¹⁷ BAG v. 09.06.2011 - 2 AZR 703/09 - NZA-RR 2011, 516.

111 Gleichwohl ist in einigen Bereichen, wie beim freiwilligen Beitritt zur gesetzlichen Krankenversicherung oder für die Ausstellung des Schwerbehindertenausweises, die Feststellung der Behinderung Voraussetzung, nicht aber beim Kündigungsschutz²¹⁸ oder bei der Gewährung von Leistungen nach den §§ 112 ff. SGB III. Das eigentliche **Feststellungsverfahren** ist in den §§ 152 ff. SGB IX geregelt. Zuständig ist das Versorgungsamt.

112 § 2 Abs. 2 SGB IX knüpft an die Schwerbehinderteneigenschaft im mittlerweile aufgehobenen Schwerbehindertengesetz an (§ 1 SchwbG). Die Voraussetzungen der Feststellung der Schwerbehinderung nach § 152 Abs. 1 SGB IX beziehen sich grundlegend auf § 2 Abs. 2 SGB IX und belegen – trotz zu beachtender Besonderheiten der Funktion des Nachteilsausgleichs gegenüber der Aufgabe der Rehabilitation – den systematischen Zusammenhang von Teil 1 und 2 des Gesetzes.

b. Unterschied: Feststellung des GdB/der Schwerbehinderung

113 In der **Feststellung des GdB liegt jedoch nicht zugleich die Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft** nach § 2 Abs. 2 SGB IX.²¹⁹ Während nach § 2 Abs. 1 SGB IX Menschen behindert sind, wenn ihre personalen Funktionen mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und die Personen an ihrer sozialen Teilhabe gehindert sind, bestimmt § 2 Abs. 2 SGB IX Menschen als schwerbehindert, wenn bei ihnen ein GdB von wenigstens 50 vorliegt und sie ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einen Arbeitsplatz i.S.d. § 156 SGB IX rechtmäßig im Geltungsbereich dieses Gesetzbuchs haben. Im Schwerbehindertenrecht kommt es auf Einschränkungen des Freizeitvergnügens oder der gefühlten Lebensqualität damit nicht an, ebenso nicht auf Erschwernisse im Berufsalltag. Bewertet werden vielmehr ausschließlich die **objektiv feststellbaren Funktionseinschränkungen** der Glieder oder Organe und deren funktionelle Auswirkungen. Die verwaltungsverfahrenrechtlichen Regelungen in § 152 SGB IX übernehmen diese rechtsbegriffliche Trennung zwischen **Behinderung und Schwerbehinderung**. Während nach § 152 Abs. 1 SGB IX die für die Durchführung des Bundesversorgungsgesetzes zuständigen Behörden auf Antrag des behinderten Menschen das Vorliegen einer Behinderung und **einen GdB von wenigstens 20** (vgl. § 152 Abs. 1 Satz 6 SGB IX) feststellen, bestimmt § 152 Abs. 5 Satz 1 SGB IX, dass die zuständigen Behörden auf entsprechenden Antrag des behinderten Menschen „aufgrund einer Feststellung der Behinderung einen Ausweis über die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch, den GdB sowie im Falle des Absatzes 4 über weitere gesundheitliche Merkmale“ ausstellen. Da die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch gemäß § 2 Abs. 2 SGB IX das Vorliegen eines GdB von mindestens 50 und zusätzlich das Innehaben eines rechtmäßigen Wohnsitzes, gewöhnlichen Aufenthalts oder Arbeitsplatzes im Geltungsbereich des Gesetzes voraussetzt, **schließt der Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft (als minus) auch den Antrag auf Feststellung des GdB mit mindestens 50 ein.**

114 Der **Anspruch auf Feststellung eines GdB** (auch unter 50) richtet sich nach §§ 2 Abs. 1, 152 SGB IX.²²⁰ Zwar regelt § 30 Abs. 1 SGB I, dass die Vorschriften des SGB einschließlich der nach § 68 SGB I einbezogenen besonderen Gesetze, für alle Personen gelten, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in seinem Geltungsbereich haben (Territorialitätsprinzip). § 37 Satz 1 SGB I schränkt dieses Prinzip jedoch dadurch ein, dass er die Geltung des Ersten und Zehnten

²¹⁸ *Großmann*, NZA 1992, 241.

²¹⁹ BSG v. 29.04.2010 - B 9 SB 1/10 R; LSG NRW v. 08.06.2011 - L 10 SB 74/10.

²²⁰ BSG v. 29.04.2010 - B 9 SB 1/10 R.

Buchs für alle Sozialleistungsbereiche dieses Gesetzbuchs nur insoweit anordnet, als sich aus den übrigen Büchern nichts Abweichendes ergibt. Letzteres ist für das Schwerbehindertenrecht hinsichtlich der für Dritte verbindlichen Statusfeststellung nach § 152 SGB IX wegen deren dienender Funktion der Fall. Nach der Rechtsprechung des BSG reicht es für einen **Anspruch auf Feststellung einer Behinderung und des GdB** aus, **dass dem behinderten Menschen aus der Feststellung des GdB in Deutschland konkrete Vergünstigungen erwachsen können**, die keinen Inlandswohnsitz voraussetzen.²²¹ Für den Anspruch auf Feststellung eines GdB genügt danach ein sog. Inlandsbezug in dem Sinne, dass der behinderte Mensch wegen seines GdB Nachteilsausgleiche in Anspruch nehmen kann. Eine **rein abstrakte, theoretische Möglichkeit der Inanspruchnahme rechtlicher Vorteile** im Inland genügt nicht, um die Durchbrechung des Territorialitätsprinzips zu rechtfertigen. Als entsprechender Vorteil ist jedenfalls die Inanspruchnahme der gesetzlichen Altersrente für schwerbehinderte Menschen anerkannt.²²²

115 Solche Vorteile und **Nachteilsausgleiche** gibt es im Inland in einer unüberschaubar vielfältigen Art und Zahl.²²³ Eben wegen dieser unüberschaubaren Vielfalt hat ein in Deutschland lebender behinderter Mensch nach dem System des Schwerbehindertenrechts des SGB IX Anspruch auf Feststellung eines GdB, ohne darlegen zu müssen, dass er hieraus einen konkreten Vorteil ziehen könnte und sogar unabhängig davon, ob sich dessen rechtliche und/oder wirtschaftliche Situation tatsächlich unmittelbar verbessert.²²⁴

116 Die Aufhebung der Feststellung des GdB lässt sich nach dem Gesagten von vornherein nicht mit einem **Wegfall des rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalts** begründen. Denn dieses Merkmal ist nicht konstitutiv für die Feststellung eines GdB.²²⁵

c. Wohnsitz/Aufenthalt/Arbeitsplatz

117 Feststellungsvoraussetzung ist, dass die Berechtigten **rechtmäßig ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz** i.S.d. § 156 SGB IX in Deutschland haben.

- Einen **Wohnsitz** hat jemand dort, wo er eine Wohnung unter Umständen innehat, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung behalten und benutzen wird (§ 30 Abs. 3 Satz 1 SGB I). Das Innehaben zweier Wohnsitze ist nicht ausgeschlossen, sofern die Beziehungen zu den Wohnorten jeweils gleichwertig sind.²²⁶ Die polizeiliche Anmeldung allein ist ohne Bedeutung.²²⁷ Da § 2 Abs. 2 SGB IX nicht an das **Ausländer- bzw. Aufenthaltsrecht** anknüpft, sondern einen eigenständigen Begriff des rechtmäßigen Wohnsitzes oder Aufenthalts geprägt hat, wirken sich Änderungen des Ausländerrechts von vornherein nicht unmittelbar auf die Auslegung des § 2 Abs. 2 SGB IX aus. Dies gilt insbesondere für die Reform des Ausländerrechts durch das Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (AufenthG) vom 30.07.2004.²²⁸

²²¹ M.w.N. vgl. BSG v. 29.04.2010 - B 9 SB 1/10 R.

²²² BSG v. 07.04.2011 - B 9 SB 3/10 R.

²²³ BSG v. 24.04.2008 - B 9/9a SB 8/06 R.

²²⁴ BSG v. 07.04.2011 - B 9 SB 3/10 R.

²²⁵ BSG v. 29.04.2010 - B 9 SB 2/09 R.

²²⁶ BSG v. 24.06.1998 - B 14 KG 2/98 R - NZA-RR 1999, 650.

²²⁷ BSG v. 17.12.1981 - 10 RKg 12/81 - BSGE 53, 49, 52.

²²⁸ BSG v. 29.04.2010 - B 9 SB 2/09 R.

- Den **gewöhnlichen Aufenthalt** hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt (§ 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I).²²⁹ Ein Ausländer hält sich nicht gewöhnlich in Deutschland auf, wenn sein Aufenthalt hier nur gestattet oder geduldet ist,²³⁰ es sei denn, aus den Umständen ergibt sich, dass er sich auf unbestimmte Zeit in Deutschland aufhalten wird, etwa wenn er allgemein mit einer Abschiebung nicht zu rechnen braucht oder bei Abschiebungshindernissen trotz endgültiger Ablehnung seines Antrages.²³¹ Die Aufhebung der Feststellung des GdB lässt sich allerdings von vornherein nicht mit einem **Wegfall des rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalts** begründen. Denn dieses Merkmal ist nicht konstitutiv für die Feststellung eines GdB (vgl. Rn. 104 f.).²³²
- Bezüglich des **Arbeitsplatzes** bestimmt § 156 SGB IX, dass hier nur Stellen erfasst werden, auf denen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, Beamte und Beamtinnen, Richter und Richterinnen sowie Auszubildende und andere zu ihrer beruflichen Bildung beschäftigt werden. § 73 Abs. 2 und 3 SGB IX führt in einer inhaltlich abschließenden Regelung Arbeitsplätze an, die nicht als Stelle in diesem Sinn gelten. Da ein Arbeitsplatz nicht von der Aufnahme eines Wohnsitzes oder vom gewöhnlichen Aufenthalt abhängt, können auch Grenzgänger aus benachbarten Staaten in den Schwerbehindertenschutz einbezogen werden.²³³ Als Angehörige von EU-Staaten sind diese nach Art. 39 EG-Vertrag und § 7 VO 1612/68 wie Deutsche zu behandeln und benötigen daher keine Arbeitserlaubnis. Dies gilt nicht für Grenzgänger, die einem Mitgliedsstaat der EU nicht angehören (vgl. die §§ 285 ff. SGB III). Der **Begriff „Arbeitsplatz“** ist nicht gegenständlich-räumlich im Sinne von Beschäftigungsort, Beschäftigungsplatz oder Beschäftigungsstelle definiert, sondern rechtlich-funktional: Arbeitsplatz ist diejenige Stelle (Anstellung), in deren Rahmen eine bestimmte Tätigkeit auf der Grundlage eines Arbeits-, Dienst- oder Ausbildungsverhältnisses mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten vollzogen wird.²³⁴
- Die **Rechtmäßigkeit** von Wohnsitz, Aufenthalt und Beschäftigung richtet sich nach dem Aufenthaltsrecht und den Vorschriften über die Beschäftigung von Ausländern.
- Nach dem **Ausstrahlungsprinzip** des § 4 SGB IV gelten die Regelungen des Schwerbehindertenrechts auch für Personen, die infolge einer Beschäftigung vorübergehend ins Ausland versandt werden.²³⁵

d. Abstrakte Betrachtung

118 Ausschlaggebend für den Grad der Behinderung sind die Auswirkungen der Gesundheitsstörung (= Abweichung vom lebensalterstypischen Zustand in körperlicher, geistiger, seelischer und neurologischer Hinsicht nach § 2 Abs. 1 SGB IX) auf das gesamte gesellschaftliche Leben und zwar nach Maßgabe eines abstrakten Beurteilungsmaßstabes. Der Grad der Behinderung ist deshalb unabhängig vom **konkret** ausgeübten und angestrebten Beruf zu beurteilen und besagt somit

²²⁹ Hierzu BSG v. 28.07.1967 - 4 RJ 411/66 - BSGE 27, 88, 89.

²³⁰ BSG v. 18.02.1998 - B 5 RJ 12/97 R - BSGE 82, 23, 25.

²³¹ BSG v. 23.02.1988 - 10 RKg 17/87 - BSGE 63, 47; BSG v. 01.09.1999 - B 9 SB 1/99 R - BSGE 84, 253; LSG Darmstadt v. 23.09.2009 - L 4 SB 57/08: Eine ausländerrechtliche Duldung steht einem gewöhnlichen rechtmäßigen Aufenthalt i.S.d. § 2 Abs. 2 SGB IX nicht entgegen.

²³² BSG v. 29.04.2010 - B 9 SB 2/09 R.

²³³ *Knittel*, SGB IX, 10. Aufl. 2017, § 2 SGB IX Rn. 88.

²³⁴ Vgl. *Trenk-Hinterberger* in: Lachwitz/Schellhorn/Welti, HK-SGB IX, 4. Aufl. 2015, § 73 SGB IX Rn. 5 m.w.N. aus der Rechtsprechung des BVerwG sowie SG Kassel v. 10.09.2012 - S 3 AL 131/11.

²³⁵ BSG v. 04.07.1962 - 3 RK 53/58 - BSGE 17, 173.

nichts über die Leistungsfähigkeit am Arbeitsplatz (Nr. 2. b) der Anlage zur Versorgungsmedizin-Verordnung). Rechtlich unerheblich ist auch ein behinderungsbedingter Lohn- oder Gehaltsverlust.²³⁶

- 119** Dies bedeutet jedoch nicht, dass die **Auswirkungen auf den beruflichen Bereich** als nicht wegzudenkender Teil des gesellschaftlichen Lebens völlig bedeutungslos sind (vgl. Rn. 134); sie sind innerhalb der GdB-Werte indes lediglich „abstrakt“ als Erwerbschancen berücksichtigt: Der Grad der Behinderung bezieht sich (im Gegensatz zum GdS) final auf alle Gesundheitsstörungen unabhängig von ihrer Ursache und hat die (kausalen) **Auswirkungen** von Funktionsbeeinträchtigungen „in allen Lebensbereichen“ zum Inhalt (Nr. 2 a) der Anlage zur Versorgungsmedizin-Verordnung). Anders gesagt: Der umfassende Behindertenbegriff i.S.d. § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX gebietet im Lichte des verfassungsrechtlichen als auch des unmittelbar anwendbaren UN-konventionsrechtlichen **Diskriminierungsverbots** die Einbeziehung aller körperlichen, geistigen und seelischen Beeinträchtigungen.²³⁷ Das Absehen aber von einer konkreten beruflichen Belastung ist im Übrigen vor allem darauf zurückzuführen, dass nicht alle Personen mit Behinderung auch berufstätig (namentlich Kinder, Jugendliche und Rentner) sind. Zudem ist die Vielfalt von Arbeitsplätzen und Arbeitsanforderungen in Rechnung zu stellen mit der Folge, dass bei der Ermittlung der Auswirkung der Gesundheitsstörung diese von allgemeinen behinderungsunabhängigen Belastungsfaktoren der Berufswelt häufig nicht mehr trennscharf zu unterscheiden sein wird. Schließlich würde ein arbeitsplatzbezogener GdB dazu führen, dass dieser bei jedem Arbeitsplatzwechsel neu festgestellt werden müsste. Aus diesem Grund erscheint unter dem Gesichtspunkt **einer möglichst gleichen Behandlungsweise von Fällen nach einheitlichen Maßstäben ein abstrakter und schwerpunktmäßig funktionell anstatt konkret arbeitsplatzbezogen ansetzender Bewertungsmaßstab** bei der Bildung des GdB grundsätzlich als gerechtfertigt. Dies gilt auch deshalb, als bereits durch die Möglichkeit der Gleichstellung (§ 2 Abs. 3 SGB IX) ein konkreter Arbeitsplatzbezug hergestellt wird und von daher ein angemessenes Korrektiv zur abstrakten Sichtweise geschaffen wurde.
- 120** Völlig ohne **Einzelfallbezug** aber geht es auch innerhalb der abstrakten Beurteilung nicht zu: So wird in der Anlage zur VersMedV (vgl. Nr. 2 d) der „Grundsätze“ sowie Nr. 1 a) der Allgemeinen Hinweise zur GdS-Tabelle) ausdrücklich darauf hingewiesen, dass von den altersunabhängigen Mittelwerten der GdS-Tabelle (die auch für den GdB gilt) im Einzelfall mit besonderer Begründung auch abgewichen werden kann und dass die Beurteilungsspannen der Tabellenwerte auch bereits für sich genommen dem Einzelfall Rechnung tragen. Die grundsätzlich abstrakte Beurteilung schließt im Übrigen nicht aus, bei der Zusammenrechnung der Tabellenwerte (vgl. Rn. 126) zu einem Gesamt-GdB (vgl. § 152 Abs. 3 SGB IX) auf individuelle Besonderheiten Rücksicht zu nehmen. Maßgeblich ist hierbei die „ärztliche Gesamtschau“ unter Beurteilung auch der wechselseitigen Beziehungen der Funktionsbeeinträchtigungen (Nr. 3. d) der Anlage zur VersMedV, „Grundsätze“).
- 121** Die abstrakte Sicht der Behinderung, wie sie für das Schwerbehindertenrecht und den Begriff der Schwerbehinderung in § 2 Abs. 2 SGB IX nach Funktion und Herkunft insgesamt prägend ist, mag gleichwohl, wie von vielen **kritisiert**²³⁸, dem individuellen Kontext der Behinderung zu wenig Beachtung schenken (vgl. Rn. 63). Dies aber ist der sozialstaatlich zu zahlende Preis für das

²³⁶ Götze in: Hauck/Noftz, SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 43; dem in seiner Gesundheit gestörten Menschen ist jedoch nicht allein deshalb die Schwerbehinderteneigenschaft zuzubilligen, weil ihm der Arbeitgeber wegen andauernder Arbeitsunfähigkeit gekündigt hat: LSG Rh.-Pf. v. 03.03.1997 - L 4 Vs 95/96.

²³⁷ BSG v. 11.08.2015 - B 9 SB 1/14 R.

²³⁸ Anstatt vieler *Welti* in: Lachwitz/Schellhorn/Welti, SGB IX, 4. Aufl. 2015, § 2 SGB IX Rn. 47.

hierdurch erreichte Mehr an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Wegen unterschiedlicher Voraussetzungen aber besteht kein Zusammenhang des Behinderungsbegriffs mit dem rentenrechtlichen Begriff der **Erwerbsminderung**: Das Bestehen einer Schwerbehinderung ist auch nicht als Vorfrage für die Feststellung der Erwerbsfähigkeit bzw. vollen Erwerbsminderung entscheidungserheblich.²³⁹ Ebenso wenig ist entscheidend, in welchem Ausmaß eine **Erkrankung** durch eine Therapie geheilt werden kann. Maßgeblich ist allein, welche Auswirkungen von Funktionsbeeinträchtigungen auf die Teilhabe an der Gesellschaft bei der Anwendung einer Therapie verbleiben.²⁴⁰

122 Prüfungslogisch sind „in einem **ersten Schritt** ... die einzelnen nicht nur vorübergehenden Gesundheitsstörungen ... und die sich daraus ergebenden Teilhabebeeinträchtigungen festzustellen. In einem **zweiten Schritt** sind diese den in den AHP genannten Funktionssystemen (seit 01.01.2009 gilt insofern die VersMedV, der Verf.) zuzuordnen und mit einem Einzel-GdB zu bewerten. In einem **dritten Schritt** ist dann – in der Regel ausgehend von der Beeinträchtigung mit dem höchsten Einzel-GdB – in einer Gesamtschau unter Berücksichtigung der wechselseitigen Beziehungen der einzelnen Beeinträchtigungen der (Gesamt-)GdB zu bilden. Dabei können die Auswirkungen der einzelnen Beeinträchtigungen ineinander aufgehen ..., sich überschneiden, sich verstärken oder beziehungslos nebeneinander stehen. Außerdem sind bei der Gesamtwürdigung die Auswirkungen mit denjenigen zu vergleichen, für die in der GdB/MdE-Tabelle der AHP feste Grade angegeben sind.“

e. Rückwirkende Feststellung

123 Die rückwirkende Feststellung der Schwerbehinderung für Zeiträume vor Stellung eines erstmaligen Antrages setzt die Glaubhaftmachung eines besonderen Interesses und zudem die Offenkundigkeit der Schwerbehinderung in der Vergangenheit voraus.

124 Ein besonderes Interesse aber ergibt sich nicht daraus, dass bei rückwirkend festgestellter Schwerbehinderung vor Vollendung des 27. Lebensjahres rückwirkend auch ein Kindergeldanspruch leichter festzustellen ist, weil der durch § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 EStG begründete Kindergeldanspruch eine Schwerbehinderung rechtlich nicht voraussetzt, sondern der Schwerbehinderung insoweit nur Indizwirkung zukommt. Auch die beabsichtigte Inanspruchnahme von Steuervorteilen kann ein besonderes Interesse an einer Feststellung des GdB für Zeiten vor der Antragstellung begründen. Die Glaubhaftmachung eines besonderen Interesses beinhaltet neben einer Beweiserleichterung die Pflicht, in angemessenem Umfang Tatsachen darzulegen und Belege beizubringen.²⁴¹

125 Offenkundigkeit liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn die Schwerbehinderung nur durch Einholung eines oder mehrerer fachärztlicher Gutachten festgestellt werden kann.²⁴² Offenkundigkeit ist dagegen nur dann anzunehmen, wenn die für die Feststellung erforderlichen Voraussetzungen aus der Sicht eines unbefangenen, sachkundigen Beobachters nach Prüfung der objektiv gegebenen Befundlage ohne weiteres deutlich zu Tage treten.²⁴³

²³⁹ BSG v. 09.12.1987 - 5b BJ 156/87; BSG v. 08.08.2001 - B 9 SB 5/01 B.

²⁴⁰ BSG v. 15.07.2004 - B 9 SB 46/03 B - VersorgVerw 2005, 37-38 („Viagra“).

²⁴¹ BSG v. 16.02.2012 - B 9 SB 1/11 R.

²⁴² SG Dresden v. 09.12.2004 - S 7 SB 340/02; *Dalichau* in: Wiegand, SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 57.

²⁴³ LSG Berlin-Potsdam v. 18.02.2010 - L 11 SB 351/08.

f. Versorgungsmedizin-Verordnung und GdS-Tabelle

aa. AHP

126 Der GdB wird allein nach den Grundsätzen (Teil A) und den Tabellenwerten (Teil B) der Anlage zur Versorgungsmedizin-Verordnung (VersMedV) v. 10.12.2008 ermittelt.²⁴⁴ Sie ersetzt die bisherigen „Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit“ (AHP). Deren Anwendung war mangels ausreichender Ermächtigungsgrundlage in der Rechtsprechung umstritten.²⁴⁵ Gleichwohl sollten die **AHP** im Interesse der Gleichbehandlung aller Behinderten als „antizipierte Sachverständigengutachten“ bis zu ihrer ordnungsgemäßen Neuregelung weiterhin beachtet werden: Ihnen wurde im Schwerbehindertenrecht eine **normähnliche Wirkung** zugesprochen²⁴⁶ und folglich unterlagen sie nur eingeschränkter richterlicher Kontrolle.²⁴⁷ Im Regelfall also konnten sie durch medizinische Gutachten oder abweichende Einschätzungen des Rechtsanwenders weder im Einzelfall noch allgemein widerlegt werden.

127 Entfallen sind in den „Versorgungsmedizinischen Grundsätzen“ jedoch die in den früheren AHP enthaltenen Nummern 1 und 15 (Durchführung der Begutachtung), die Nummer 33 (Gesundheitliche Voraussetzungen für die Befreiung von der Rundfunkgebührenpflicht), die Nummer 34 (Gesundheitliche Voraussetzungen für die Benutzung der 1. Wagenklasse), die Nummern 27 und 35 (Wiedergabe von Rechtsgrundlagen) und die Nummern 53 bis 143 (Kausalitätsbeurteilung bei einzelnen Krankheitsbildern). Die Nummern 53 bis 143 der AHP 2008 gelten nach Auffassung des Bundesrates²⁴⁸ jedoch **als antizipierte Sachverständigengutachten fort**:

128 Einer **Fortgeltung der AHP** (auch in anderen durch die VO nicht mehr erfassten Bereichen der AHP) steht jedoch die Tatsache einer fehlenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage entgegen. Hieran ändert auch ihre Einstufung als antizipierte Sachverständigengutachten nichts. Denn mit Erlass der Verordnung wurde gerade der vollständige Ersatz der AHP bezweckt. Ihre Qualifizierung als antizipierte Sachverständigengutachten verdankte sich maßgeblich dem Umstand einer (noch) fehlenden gesetzlichen Grundlage, die aber nunmehr vorhanden ist und im Sinne des Gesetzesvorrangs zur Unanwendbarkeit sonstiger untergesetzlicher Vorgaben im gleichen Regelungsbereich führen muss. Wenn der Ordnungsgeber in Kenntnis der AHP hiervon abweichende Regelungen trifft, so entspricht dies seinem zu respektierenden Regelungswillen. Ehemals als antizipierte Sachverständigengutachten geltende Vorgaben verlieren hierdurch ihre normähnliche Wirkung und können nach Maßgabe des Gesetzesvorrangs insbesondere auch die **Gerichte nicht mehr binden**. Insofern die Begutachtungspraxis weiterhin die AHP zugrunde legen sollte, so kann diesen mithin aktuell nur noch die Bedeutung einfacher Verwaltungsvorschriften zugesprochen werden. Diese sind im Rahmen eines ordnungsgemäßen Gesetzesvollzuges jedoch nur dann noch brauchbar, wenn mit ihnen deutlich erkennbare Lücken im Text der Verordnung und ihrer Anlage zu schließen sind, die der Ordnungsgeber bei verständiger Betrachtung so nicht gewollt haben kann.

²⁴⁴ Abgedr. bei *Hauck/Noftz*, SGB IX, Anhang I zu § 69 SGB IX.

²⁴⁵ BVerfG v. 06.03.1995 - 1 BvR 60/95 - NJW 1995, 3049; BSG v. 18.09.2003 - B 9 SB 3/02 R - SGB 2004, 378; *Masuch*, SozSich 2004, 314, 319.

²⁴⁶ Kritisch hierzu *Neumann* (in: Neumann, Handbuch SGB IX, § 5 SGB IX Rn. 9): Die Annahme einer normähnlichen Geltung sei angesichts der demokratischen und rechtsstaatlichen Defizite der AHP verfehlt.

²⁴⁷ BSG v. 23.06.1993 - 9/9a RVs 1/91 - SozR 3-3870 § 4 Nr. 6; BSG v. 01.09.1999 - B 9 V 25/98 R - SozR 3-3100 § 30 Nr. 22; BSG v. 18.09.2003 - B 9 SB 3/02 R - SozR 4-3250 § 69 Nr. 2 sowie *Masuch* in: *Hauck/Noftz*, § 69 Rn. 26 f.

²⁴⁸ BR-Drs. 767/08.

129 Gleichwohl müssen sie mit einer zweckentsprechenden Interpretation des Gesetzes- und Verwaltungsrechts im Einklang stehen. Anders als bei den früheren AHP verliert die **Verordnung** und insbesondere ihre Anlage jedoch nicht bereits dann an Gültigkeit, wenn begründete Zweifel an der **Aktualität und Ausgewogenheit** der Regelungsinhalte bestehen. Grundsätzlich kann die Änderung der Anlage nur durch eine Änderungsverordnung erfolgen. Gemessen an der gesetzlichen Ermächtigung des § 30 Abs. 17 BVG verliert die Verordnung erst dann an Rechtsgeltung, wenn das in § 30 Abs. 7 BVG aufgeführte Verfahren für die Ermittlung und Fortentwicklung der Grundsätze und Kriterien offensichtlich ungenügend geregelt ist und der Ordnungsgeber hierbei auch die ihm grundsätzlich zustehenden Spielräume zulässiger Gestaltung überschritten hat. Ist Grundlage für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Entscheidung der **Zeitpunkt der Verwaltungsentscheidung**, so müssen, liegt dieser Zeitpunkt vor dem Inkrafttreten der Versorgungsmedizin-VO, vom Gericht die alten AHP zugrunde gelegt werden.²⁴⁹

bb. Versorgungsmedizin-VO

130 Mit der auf § 30 Abs. 17 BVG beruhenden Versorgungsmedizin-Verordnung, die nach § 152 Abs. 1 Satz 4 SGB IX u.a. auch bei der GdB-Feststellung Anwendung findet, erhalten die Grundsätze für die medizinische Bewertung von Schädigungsfolgen und die Kriterien der Feststellung des Grades der Schädigungsfolgen nunmehr die erforderliche **gesetzliche Grundlage**. Die VersMed-Grundsätze dienen der gleichmäßigen Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Schwerbehindertenrechts.²⁵⁰ Im Einzelnen sind die Grundsätze und Tabellenwerte in einer Anlage zur Verordnung „als deren Bestandteil festgelegt“ (§ 2 VersMedV). Ein aus verschiedenen Ärzteguppen gebildeter Beirat (§ 3 VersMedV, „Ärztlicher Sachverständigenbeirat Versorgungsmedizin“) ist verantwortlich für die Vorbereitung der Fortentwicklung der Anlage entsprechend dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft und versorgungsmedizinischer Erfordernisse und berät in dieser Weise das für den Erlass der Verordnung mitsamt Anlage verantwortliche Bundesministerium für Arbeit und Soziales.

131 Entfallen sind in den „Versorgungsmedizinischen Grundsätzen“ jedoch die in den früheren AHP enthaltenen Nrn. 1 und 15 (Durchführung der Begutachtung), die Nr. 33 (Gesundheitliche Voraussetzungen für die Befreiung von der Rundfunkgebührenpflicht), die Nr. 34 (Gesundheitliche Voraussetzungen für die Benutzung der 1. Wagenklasse), die Nrn. 27 und 35 (Wiedergabe von Rechtsgrundlagen) und die Nrn. 53 bis 143 (Kausalitätsbeurteilung bei einzelnen Krankheitsbildern). Die Nrn. 53 bis 143 der AHP 2008 gelten nach Auffassung des Bundesrates²⁵¹ jedoch **als antizipierte Sachverständigengutachten fort** (vgl. Rn. 122 f.).

132 Die Versorgungsmedizin-Verordnung (VersMedV) ist aber insoweit **nichtig**, als in der Anlage zu § 2 der Verordnung (Versorgungsmedizinische Grundsätze) Regelungen zu den Nachteilsausgleichen nach dem SGB IX enthalten sind. Rechtsgrundlage des von der Versorgungsverwaltung einzutragenden Nachteilsausgleichs „aG“ ist allein § 152 Abs. 4 SGB IX i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 14 StVG nach den Maßstäben der in ständiger Rechtsprechung anzuwendenden straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften nach Abschnitt II Nr. 1 VwV-StVO zu § 46 Abs. 1 Nr. 11 StVO.²⁵²

²⁴⁹ SG Stuttgart v. 19.03.2009 - S 6 SB 777/08.

²⁵⁰ SG Aachen v. 12.01.2016 - S 18 SB 6/15.

²⁵¹ BR-Drs. 767/08.

²⁵² LSG Stuttgart v. 14.08.2009 - L 8 SB 1691/08; LSG Stuttgart v. 23.07.2010 - L 8 SB 3119/08.

- 133** Die Regelung in **Teil B Nr. 15.1 Anl. VersMedV** i.d.F. vom 10.12.2008²⁵³ ist ebenfalls nicht zur GdB-Bewertung heranzuziehen, da sie den zu berücksichtigenden Therapieaufwand nicht erfasst und aus diesem Grund nichtig ist.²⁵⁴ Die erlassene **Neufassung von Teil B Nr. 15.1 Anl. VersMedV** n.F. ist dagegen rechtmäßig. Sie verstößt in materieller Hinsicht nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere nicht gegen § 152 Abs. 1 Satz 5 SGB IX, wonach für die Feststellung des GdB die Auswirkungen auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft maßgeblich sind.²⁵⁵
- 134** Sind die formalen Kritikpunkte der Begutachtung mit Erlass der Versorgungsmedizin-Verordnung mithin obsolet, so bleiben die **Tabellenwerte der Verordnung** jedoch inhaltlich weiterhin umstritten: da sie auf die konkrete Teilhabebeeinträchtigung keine Rücksicht nehmen, den Fall vielmehr nach **abstrakten Kriterien** beurteilen, sei Raum zu lassen für abweichende Beurteilungen bei Vorliegen besonderer Umstände.²⁵⁶ Die Beurteilung habe sich im Sinne des gesetzlichen Partizipationsverständnisses, wie es in den §§ 1 und 2 SGB IX zum Ausdruck komme, und vor dem Hintergrund des Verbots der Benachteiligung Behinderter in Art. 3 Abs. 3 GG auch für die individuellen Bedingungen der Teilhabe zu öffnen.²⁵⁷ Gleichwohl können auch bei der Einzelfallbetrachtung nur Benachteiligungen von Gewicht in Betracht gezogen werden: Nach Anl. 1 Teil A Nr. 3 d) ee) der VersMedV ist es insofern bei **leichten Funktionsbeeinträchtigungen** mit einem Einzel-GdB von 20 vielfach nicht gerechtfertigt, auf eine Zunahme des Ausmaßes der Behinderung zu schließen.²⁵⁸
- 135** Diesen Auffassungen ist grundsätzlich, wenn auch nicht in ihrer teils anzutreffenden Radikalität, zuzustimmen. Auch wenn die GdB-Beurteilung im grundsätzlich auf **Klassifikationserfordernisse** zugerichteten System des Nachteilsausgleichs anderen Maßstäben zu folgen hat als die Beurteilung der Behinderung im System des durch und durch auf die Wirksamkeit von Interventionen abstellenden **Rehabilitationsrechts**, sollten die Gerichte zumindest sicherstellen, dass die Anwendung der Tabellenwerte im Hinblick auf den Teilhabegedanken und insbesondere den sozialen Kontext, der neben der Rehabilitation auch beim Nachteilsausgleich angesichts der übergreifenden gesetzlichen Ziele nicht ohne Bedeutung sein kann, im jeweiligen Einzelfall **nicht zu grob unbilligen Ergebnissen** führt. Dies sollte sowohl berücksichtigt werden bei der Bestimmung und Begründung des jeweils **zutreffenden GdB im Einzelfall**, aber auch im Hinblick auf die in den **Tabellenwerten abstrakt** zum Ausdruck kommenden Funktionsbeeinträchtigungen und ihren Taxierungen.²⁵⁹ Eine gänzlich pauschalisierende Sichtweise wäre jedenfalls mit den in § 1 SGB IX aufgeführten Teilhabezielen in ihrer sozial aktivierenden Stoßrichtung nicht zu vereinbaren.
- 136** In beiderlei Hinsicht wurde deshalb vom **Verordnungsgeber** entsprechend vorgesorgt: So wird in der Anlage zur VersMedV (vgl. Nr. 2 d) der „Grundsätze“ sowie Nr. 1 a) der Allgemeinen Hinweise zur GdS-Tabelle) ausdrücklich darauf hingewiesen, dass von den altersunabhängigen Mittelwerten der GdS-Tabelle (die auch für den GdB gilt) **im Einzelfall** mit besonderer Begründung auch abgewichen werden kann und dass die Beurteilungsspannen der Tabellenwerte auch bereits

²⁵³ BGBl I 2008, 2412; Anlageband zum BGBl I Nr. 57; a.F.

²⁵⁴ BSG v. 23.04.2009 - B 9 SB 3/08 R.

²⁵⁵ BSG v. 02.12.2010 - B 9 SB 3/09 R.

²⁵⁶ SG Stuttgart v. 29.01.2009 - S 6 SB 6729/06: Auch nach Inkrafttreten der Versorgungsmedizin-VO ist bei der GdB-Bewertung der Anspruch auf Teilhabe zu beachten; ferner *Masuch* in: Hauck/Noftz, SGB IX, § 69 SGB IX Rn. 27.

²⁵⁷ *Eckertz* in: Neumann, Handbuch SGB IX, 2004, S. 396, 400 f.

²⁵⁸ LSG Essen v. 26.04.2010 - L 6 SB 187/09; ähnlich LSG München v. 20.04.2010 - L 15 SB 65/09: für GdB von 10.

²⁵⁹ BSG v. 24.04.2008 - B 9/9a SB 10/06 R - SozR 4-3250 § 69 Nr. 9: „Lücken in Sonderfällen“ sowie *Schimanski* in: Großmann, SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 23: Das Vorhandensein einer Behinderung hänge nicht davon ab, ob die Gesundheitsstörung in den AHP aufgeführt sei.

für sich genommen dem Einzelfall Rechnung tragen. Die grundsätzlich abstrakte Beurteilung schließt im Übrigen nicht aus, bei der Zusammenrechnung der Tabellenwerte zu einem Gesamt-GdB (vgl. § 152 Abs. 3 SGB IX) auf individuelle Besonderheiten Rücksicht zu nehmen. Maßgeblich ist hierbei die „**ärztliche Gesamtschau**“ unter Beurteilung auch der wechselseitigen Beziehungen der Funktionsbeeinträchtigungen (Nr. 3 d) der Anlage zur VersMedV, „Grundsätze“).

- 137** Nach der Neufassung der Versorgungsmedizinischen Grundsätze zum **Diabetes mellitus** erfordert die Feststellung eines GdB von 50 nicht nur mindestens vier Insulininjektionen pro Tag und ein selbständiges Anpassen der jeweiligen Insulindosis. Zusätzlich muss es – sei es bedingt durch den konkreten Therapieaufwand oder die jeweilige Stoffwechselqualität oder wegen sonstiger Auswirkungen der Erkrankung (z.B. Folgeerkrankungen) – zu einer gravierenden Beeinträchtigung in der Lebensführung des Behinderten kommen. Der Wortlaut der Versorgungsmedizinischen Grundsätze ist in Teil B Nr. 15.1 „und durch erhebliche Einschnitte **gravierend in der Lebensführung beeinträchtigt** sind“ nicht nur therapiebezogen zu verstehen, auch wenn der nachfolgende Satz („erleiden auf Grund dieses Therapieaufwands eine ausgeprägte Teilhabebeeinträchtigung“) ein derartiges Verständnis nahelegt.²⁶⁰
- 138** Schwachpunkt der Verordnung aber bleibt die **ausschließliche Beteiligung von Ärzten** an der Vorbereitung der Beurteilungsgrundsätze und -kriterien (§ 3 VersMedV); dies kann sachlich nicht richtig sein, wenn auch das BSG bei der Beurteilung insbesondere der Teilhabebeeinträchtigung die Beteiligung auch „anderer Wissenschaftszweige“ „eventuell“ als geboten angesehen hat.²⁶¹ Mediziner können zwar die Gesundheitsstörung beurteilen, verfügen zur Einschätzung ihrer gesellschaftlichen Auswirkungen jedenfalls nicht ohne weiteres auch über die hierfür erforderliche sozialwissenschaftliche Sachkompetenz (vgl. Rn. 88). Nach Auffassung des BSG aber lässt sich bspw. den AHP 1996 nicht entnehmen, dass der sozialmedizinische Kenntnisstand hierin nicht beachtet worden sei.²⁶²

g. Bewertung des Gesamt-GdB

- 139** Bei der **Art und Weise der Zusammenrechnung** von Einzelwerten nach Teil B der Anlage zur VersMedV ist zu beachten, dass sich mehrere Funktionsbeeinträchtigungen in ihren Auswirkungen überschneiden, ineinander aufgehen, sich wechselseitig verstärken oder auch völlig unabhängig voneinander existieren können (vgl. Rn. 122 sowie Nr. 3 d) der Anlage zur VersMedV, Teil A). Dies gilt vor allem mit Rücksicht auf das Erfordernis, dass es bei der Feststellung immer nur einen Gesamt-GdB geben kann, bei dessen Bildung einzelne Funktionsbeeinträchtigungen im Wesentlichen nur die Funktion einer Plausibilisierung der mittels GdB eigenständig zu bewertenden **Gesamtauswirkungen der Funktionsstörungen** auf die gesellschaftliche Teilhabe haben können. Denn „festzustellen“ ist letztlich der (gesamte) Grad einer „Behinderung“, sind aber weder die Schwere einer gesundheitlichen Störung noch ihre einzelnen Teilaspekte (§ 152 Abs. 1 Satz 1 SGB IX). Schon weil die Gesamtauswirkungen der Einzel-GdB kombiniert sehr unterschiedlich sein können, dürfen sie zur Bildung des Gesamt-GdB nicht einfach addiert oder auf andere Art berechnet werden (vgl. auch Nr. 3 a) der Anlage zur VersMedV, Teil A). Eine **gravierende Beeinträchtigung der Lebensführung** i.S.v. Teil B Nr. 15.1 Abs. 4 der Anlage zu § 2 VersMedV aber ist nicht allein deshalb abzulehnen, weil die zu einer Teilhabebeeinträchtigung führenden erheblichen Einschnitte nur einen einzigen Lebensbereich betreffen; bei der gleichwohl anzustellenden

²⁶⁰ LSG Halle v. 21.02.2012 - L 7 SB 20/11.

²⁶¹ BSG v. 29.08.1990 - 9a/9 RVs 7/89 - BSGE 67, 204; kritisch hierzu *Ockenga*, ZfSH/SGB 2004, 587, 588.

²⁶² BSG v. 18.09.2003 - B 9 SB 3/02 R - BSGE 91, 205; ebenso LSG Rh.-Pf. v. 20.10.2004 - L 6 SB 20/04.

Gesamtbetrachtung aller Lebensbereiche lässt sich eine ausgeprägte Teilhabebeeinträchtigung durch erhebliche Einschnitte in der Lebensführung allerdings nur unter strengen Voraussetzungen bejahen.²⁶³

- 140** Bei der **Feststellung des (Gesamt)-GdB** ist das seit jeher im Schwerbehindertenrecht geltende **Finalitätsprinzip** zu beachten, das sowohl im Behinderungsbegriff des § 2 Abs. 1 SGB IX als auch in den Prinzipien zur Feststellung des GdB nach § 152 Abs. 1 und Abs. 3 SGB IX festgeschrieben worden ist.²⁶⁴ Danach sind alle dauerhaften Gesundheitsstörungen unabhängig von ihrem Entstehungsgrund zu erfassen und ihre Auswirkungen auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu berücksichtigen.²⁶⁵
- 141** Auch durch eine **Haupterkrankung hervorgerufene Störungen** können wie von der Haupterkrankung unabhängig entstandene Gesundheitsstörungen behandelt werden und in ihren Auswirkungen auf die Teilhabefähigkeit unabhängig von dem für die Haupterkrankung festzustellenden Einzel-GdB separat berücksichtigt werden.²⁶⁶ Danach ist es unzulässig, mit der GdB-Bewertung eines Zustands nach Tumorentfernung während der Heilungsbewährung auch abgrenzbare und nennenswerte Schäden an anderen Organen zu erfassen, die nicht immer mit einer derartigen Behandlung verbunden sind.²⁶⁷
- 142** Die einzelnen Funktionsbeeinträchtigungen sind zwar Begründungselemente des Gesamt-GdB und bereiten diesen vor, geben diesen jedoch nicht ausreichend wieder. Der gesamte Grad der Behinderung beruht somit „nicht allein auf einer Anwendung rein medizinischer Erfahrungen, sondern auf einer **rechtlichen Wertung** von Tatsachen“. Zur medizinischen Tatsachenermittlung gehört „neben dem Krankheitsbild auch das Leistungsvermögen bzw. die Beschreibung der Funktionsstörung“. Wie sich diese Tatsachen im gesellschaftlichen Bereich auswirken, verlangt eine rechtliche Beurteilung, „die eventuell zusätzlich den Sachverstand anderer Wissenschaftszweige benötigt.“²⁶⁸ Der maßgebliche Gesamt-GdB ergibt sich dabei aus der **Zusammenschau aller Funktionsbeeinträchtigungen**. Er ist nicht nach starren Beweisregeln, sondern aufgrund richterlicher Erfahrung unter Hinzuziehung der Sachverständigengutachten sowie der versorgungsmedizinischen Grundsätze in freier richterlicher Beweiswürdigung nach natürlicher, wirklichkeitsorientierter und funktionaler Betrachtungsweise festzustellen.²⁶⁹ Dabei ist zu berücksichtigen, ob die Auswirkungen der einzelnen Beeinträchtigungen ineinander aufgehen, sich überschneiden, sich verstärken oder beziehungslos nebeneinanderstehen.²⁷⁰
- 143** Die **Bezeichnung regelwidriger Zustände** mit medizinischen Diagnosen dient nur der Begründung des den GdB festlegenden Verwaltungsakts, enthält jedoch „keine Aussage über die Auswirkungen von ... Funktionsbeeinträchtigungen ...“. Der Grad der Behinderung ist deshalb im Kern ein „rechtlicher Begriff“.²⁷¹ Die Schwerbehinderteneigenschaft braucht insbesondere im **Arbeitsrecht**

²⁶³ BSG v. 16.12.2014 - B 9 SB 2/13 R.

²⁶⁴ Zum Rechtszustand nach dem Schwerbehindertengesetz vgl. BSG v. 08.10.1987 - 9a RVs 6/87 - SozR 3870 § 57 Nr. 1 S. 5; vgl. auch Teil A Nr. 2.a Satz 1 Anl. VersMedV.

²⁶⁵ BSG v. 11.12.2008 - B 9/9a SB 4/07 R - auch Nr. 18 Abs. 1 AHP/Teil A Nr. 2.a Anl. VersMedV.

²⁶⁶ So hat das BSG im Falle der durch die Haupterkrankung (Schilddrüsenentfernung wegen Karzinom) hervorgerufenen Verletzung eines Stimmbandnervs entschieden: BSG v. 30.09.2009 - B 9 SB 4/08 R - SozR 4-3250 § 69 Nr. 10.

²⁶⁷ BSG v. 02.12.2010 - B 9 SB 4/10 R.

²⁶⁸ BSG v. 18.09.2003 - B 9 SB 3/02 R - BSGE 91, 205; ebenso LSG Rh.-Pf. v. 20.10.2004 - L 6 SB 20/04.

²⁶⁹ LSG Nordrhein-Westfalen v. 29.06.2012 - L 13 SB 127/11.

²⁷⁰ BSG v. 02.12.2010 - B 9 SB 4/10 R.

²⁷¹ BSG v. 29.08.1990 - 9a/9 RVs 7/89 - BSGE 67, 204.

jedoch nicht nachgewiesen zu sein, wenn sie offensichtlich ist. Im Regelfall aber muss sie bei Geltendmachung arbeitsrechtlicher Ansprüche förmlich festgestellt sein.²⁷² Hieran sind die Arbeitsgerichte dann gebunden.

5. Gleichstellung

a. Grundvoraussetzungen

144 § 2 Abs. 3 SGB IX enthält die Voraussetzungen, nach denen behinderte Menschen mit einem GdB von **weniger als 50, aber wenigstens 30**, schwerbehinderten Menschen gleichgestellt werden können. Es bestehen insofern keine verfassungsrechtlichen Bedenken.²⁷³

145 Hierbei müssen – abgesehen vom GdB 50 – zunächst die Behinderungsmerkmale des **Absatzes 2** vorliegen. Ferner ist Voraussetzung, dass die behinderten Menschen infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen **geeigneten Arbeitsplatz** im Sinne des § 156 SGB IX **nicht erlangen oder behalten** können. Funktion der Gleichstellung ist mithin die Integration des Behinderten auf dem Arbeitsmarkt trotz geringerer Einschränkungen als bei Schwerbehinderten im Falle einer **konkreten** Arbeitsmarktproblematik (im Gegensatz zur abstrakten Beurteilung der Schwerbehinderung) durch Feststellung seines erhöhten Arbeitsmarktrisikos im Rahmen des Gleichstellungsverfahrens mit dem vordringlichen Ziel der Gewährung von Sonderkündigungsschutz (bei Beschäftigten) oder durch Erzielung von Beschäftigungsanreizen mittels Anrechnung des Gleichgestellten auf die Pflichtplatzquote (bei Arbeitssuchenden).²⁷⁴

146 Gleichstellung mag im weitesten Sinn auch Rehabilitation sein, ist funktional als Maßnahme des **Nachteilsausgleichs** im Kern aber anders gelagert.²⁷⁵ Zweck der Gleichstellung ist, die ungünstige Konkurrenzsituation des Behinderten am Arbeitsplatz und auf dem Arbeitsmarkt zu verbessern und somit den Arbeitsplatz sicherer zu machen oder seine Vermittlungschancen zu erhöhen.²⁷⁶ Die Gleichstellung hat die Wirkung, dass der behinderte Mensch den Schutz von Schwerbehinderten in Anspruch nehmen kann²⁷⁷; ausgenommen nach § 68 Abs. 3 SGB IX ist jedoch der Zusatz-Urlaub und die unentgeltliche Beförderung im Personennahverkehr. Für **behinderte Jugendliche und junge Heranwachsende**, die sich in Ausbildung befinden, gilt die Sonderregelung des § 151 Abs. 3 SGB IX zum Zusatzurlaub (vgl. dort). Sie sind auch dann schwerbehinderten Menschen gleichgestellt, wenn ihr Grad der Behinderung weniger als 30 beträgt oder ein Grad der Behinderung nicht festgestellt ist.

b. Wesentliche Ursache

147 Grundsätzlich muss die Behinderung eine **wesentliche Ursache** für die Notwendigkeit der Gleichstellung sein („... infolge der Behinderung ...“).²⁷⁸ Sind die Arbeitsmarktprobleme **unabhängig vom Vorliegen** einer Behinderung jedoch auf allgemeine qualifikationsbedingte oder altersbedingte Leistungsschwächen der Person oder einen etwaigen Verlust ihrer Einsatzfähigkeit allein als Folge betrieblicher Umstrukturierungsmaßnahmen zurückzuführen, von denen in gleicher Weise auch andere Betriebsangehörige betroffen sind, ist der Ursachenzusammenhang zu verneinen. Denn

²⁷² Schimanski in: Großmann, SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 132.

²⁷³ BSG v. 15.07.2010 - B 11 AL 150/09 B.

²⁷⁴ So auch BT-Drs. 7/656; BT-Drs. 7/1515.

²⁷⁵ Indes zur Gleichstellung als „Rehabilitationsmaßnahme im weiteren Sinn“: BSG v. 02.03.2000 - B 7 AL 46/99 R - SozR 3-3870 § 2 Nr. 1.

²⁷⁶ BSG v. 01.03.2011 - B 7 AL 6/10 R - BSGE 108, 4.

²⁷⁷ Der Gleichgestellte ist jedoch vor einer Versetzung nicht im gleichen Maße geschützt wie vor einer Kündigung: LArbG Berlin-Brandenburg v. 08.05.2007 - 19 Sa 406/07.

²⁷⁸ LSG NRW v. 11.01.2006 - L 12 AL 31/05; Dalichau in: Wiegand, SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 64.

die Gleichstellung kann **nicht vor allen denkbaren Risiken des Arbeitslebens schützen** und insbesondere nicht vorbeugend (für den Fall der Fälle) zuerkannt werden.²⁷⁹ Dies gilt namentlich in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit, die grundsätzlich „alle trifft“. Der erforderliche Ursachenzusammenhang ist insbesondere dann zu verneinen, wenn die Arbeitsmarktprobleme **auf andere Gründe** als dem Vorliegen einer Behinderung zurückzuführen sind, denn die Gleichstellung kann nicht vor allen denkbaren Risiken des Arbeitslebens schützen.²⁸⁰ Gleichwohl kann sich eine Behinderung gerade bei hohem Angebot von Arbeitskräften als besonders nachteilig auswirken und eine Gleichstellung erfordern. Ob die Behinderung ihrer Art und Schwere nach eine wesentliche Ursache ist oder ob die Behinderung im Sinne einer „überholenden Kausalität“ durch andere allgemeine Arbeitsplatzrisiken so überlagert wird, dass die Behinderung im Vergleich dazu nicht mehr als wesentliche Ursache angesehen werden kann, ist anhand der Verhältnisse des Einzelfalls zu bewerten.²⁸¹ Eine bloß abstrakte Gefährdung des Arbeitsverhältnisses genügt nicht.²⁸²

148 Gleichwohl kann sich eine Behinderung gerade bei hohem Angebot von Arbeitskräften als besonders nachteilig auswirken und eine Gleichstellung mehr als sonst erfordern. Ausreichend ist insofern, wenn plausibel gemacht werden kann, dass die Behinderung wegen **befürchteter Minderleistungen** eine wesentliche Mitursache für die Arbeitsmarktprobleme des Antragstellers ist.²⁸³ Nach dem Behinderungsverständnis des § 2 Abs. 1 SGB IX, auf dem § 2 Abs. 2 SGB IX und damit § 2 Abs. 3 SGB IX aufbaut, kommt es jedoch nicht allein auf die Einschränkung der Funktionsfähigkeit des Betroffenen an, sondern auch auf seine Teilhabe am gesellschaftlichen Leben und im Betrieb. Zu beachten sind deshalb auch die sonstigen **sozialen Kontextbedingungen** des Beschäftigten im Betrieb bei der Frage, ob das Arbeitsplatzproblem und insbesondere das Behaltenkönnen des geeigneten Arbeitsplatzes Folge der gesundheitlichen Einschränkung ist. Hierzu gehören auch die soziale Stellung des Behinderten im Betrieb und die Reaktionen des Arbeitgebers auf Personen mit gesundheitlichen Störungen.²⁸⁴

149 Unerheblich ist, ob eine Kündigung auf **betriebliche Umstrukturierungsmaßnahmen** anstatt auf die Gesundheitsstörung des Arbeitnehmers gestützt wird. Auch bei betrieblichen Umstrukturierungs- und Personalabbaumaßnahmen können sich nämlich behinderungsbedingte Nachteile ergeben, insofern ein verminderter Anreiz für den Arbeitgeber besteht, gerade behinderte Personen von einem betriebsbedingten Personalabbau auszunehmen und auf einem anderen Arbeitsplatz zu beschäftigen.²⁸⁵ Wenn bspw. nicht auszuschließen ist, dass der Behinderte bei einer in Zukunft anstehenden weiteren Rationalisierungsmaßnahme erneut für eine Kündigung in die engere Auswahl genommen wird, kann ein Ursachenzusammenhang zwischen dem Erfordernis der Gleichstellung und der Behinderung im Einzelfall zu bejahen sein.²⁸⁶

150 Da die Behinderung jedoch „**wesentliche**“ Ursache für das Erfordernis der Gleichstellung sein muss, reicht es in sämtlichen Fällen nicht aus, dass die Behinderung nur als Teilursache für die Gleichstellung angesehen werden kann. **Vielmehr muss die Behinderung sonstige Gründe**

²⁷⁹ Zu allgemeinen Umstrukturierungsmaßnahmen im Betrieb vgl. LSG NRW v. 04.06.2008 - L 12 AL 64/07.

²⁸⁰ LSG für das Land Nordrhein- Westfalen v. 11.01.2006 - L 12 AL 31/05.

²⁸¹ Landessozialgericht Baden-Württemberg v. 12.03.2014 - L 3 AL 4466/11.

²⁸² LSG Baden-Württemberg v. 18.01.2011 - L 13 AL 3853/10; LSG Nordrhein-Westfalen v. 12.04.2010 - L 19 AL 51/09; Landessozialgericht Baden-Württemberg v. 12.03.2014 - L 3 AL 4466/11.

²⁸³ Ebenso *Schimanski* in: Großmann, SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 229.

²⁸⁴ LSG Nds.-Bremen v. 27.02.2007 - L 7 AL 333/03 - Behindertenrecht 2008, 117-120; SG Aachen v. 12.01.2005 - S 11 AL 18/04, SG Bremen v. 01.07.2005 - S 9 AL 12/05 - Behindertenrecht 2006, 24-27.

²⁸⁵ SG Aachen v. 12.01.2005 - S 11 AL 18/04.

²⁸⁶ LSG NRW v. 11.01.2006 - L 12 AL 31/05.

der Arbeitsplatzgefährdung oder mangelnder Konkurrenzfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt als Ursache überwiegen. Allgemeine Arbeitsmarktbarrieren wie etwa das Alter, kulturelle oder sprachliche Probleme oder das Geschlecht sind für sich genommen irrelevant, es sei denn, sie tragen gerade in der Wechselwirkung mit der Behinderung in besonderer Weise zur Verschärfung der Erwerbsproblematik bei. Zwischen der Behinderung und der Erforderlichkeit der Gleichstellung muss ein Ursachenzusammenhang bestehen, der nach der **Theorie der wesentlichen Bedingung** zu prüfen ist; dieser ist nicht erst dann zu bejahen, wenn eine Kündigung bereits konkret droht oder gar ausgesprochen worden ist.²⁸⁷

151 Grundsätzlich ist zu bedenken, dass die Gleichstellung nicht nur der Erhaltung des **bisherigen Arbeitsplatzes** dient, sondern auch einen Beitrag zur **verbesserten Konkurrenzfähigkeit** bei dem Bemühen um einen **neuen Arbeitsplatz** leisten und einen drohenden sozialen Abstieg verhindern soll.²⁸⁸ So können auf die Pflichtplatzquote bei der Besetzung von Stellen mit Schwerbehinderten auch gleichgestellte Arbeitnehmer angerechnet werden; mittels Gleichstellung werden mithin Beschäftigungsanreize für den Arbeitgeber geschaffen und wird so das Erfordernis eines Ursachenzusammenhangs grundsätzlich erfüllt. Entscheidendes Kriterium für die Gleichstellung ist die mangelnde Konkurrenzfähigkeit des Behinderten wegen seiner Behinderung auf dem Arbeitsmarkt, und zwar auf dem **Arbeitsmarkt insgesamt**²⁸⁹, nicht etwa nur bezogen auf einen bestimmten Arbeitsplatz.

152 Mit der Erlangung eines neuen Arbeitsplatzes kann ferner ein **drohender sozialer Abstieg vermieden** werden, wird bedacht, dass bei Behinderten in der Konkurrenz zu gesunden Personen im Falle des Arbeitsplatzverlusts und der darauf folgenden Suche einer neuen Beschäftigung mit Erwerbsnachteilen und Einstellungshindernissen gerechnet werden muss. Ein Ursachenzusammenhang zwischen Behinderung und Gleichstellungserfordernis ist aber dann zu verneinen, wenn der derzeitige Arbeitsplatz mit Rücksicht auf die Behinderung von vornherein **nicht geeignet** ist²⁹⁰ und auch eine behinderungsgerechte **Umgestaltung** des bisherigen Arbeitsplatzes zu einem geeigneten Arbeitsplatz nicht möglich erscheint oder der Betroffene den Anforderungen des bisherigen Arbeitsplatzes auch nach erfolgter **Rehabilitation** nicht gewachsen sein wird.

c. Einzelfallprüfung

153 Das jeweilige Arbeitsplatzrisiko, die Nichterlangung eines Arbeitsplatzes und der Kausalzusammenhang zwischen diesen Aspekten und der Behinderung ist **im Einzelfall** zu prüfen:

- Ob die Behinderung ihrer **Art und Schwere nach eine wesentliche Ursache** ist oder ob die Behinderung im Sinne einer „überholenden Kausalität“ durch andere allgemeine Arbeitsplatzrisiken so überlagert wird, dass die Behinderung im Vergleich dazu nicht mehr als wesentliche Ursache angesehen werden kann,
- ob der Arbeitsplatz gemessen an den Kenntnissen, Fertigkeiten und Funktionseinschränkungen des Behinderten **geeignet** ist, durch Förder- und Umgestaltungsmaßnahmen indes **geeignet gemacht** werden kann bzw. ob ein solcher geeigneter Arbeitsplatz im jeweiligen Betrieb oder auch auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt **vorhanden** ist,

²⁸⁷ BSG v. 06.08.2014 - B 11 AL 16/13 R - SozR 4-3250 § 2 Nr. 6.

²⁸⁸ BSG v. 02.03.2000 - B 7 AL 46/99 R - BSGE 86, 10; SG Aachen v. 12.01.2005 - S 11 AL 18/04.

²⁸⁹ Landessozialgericht Berlin-Brandenburg v. 05.11.2013 - L 14 AL 294/10.

²⁹⁰ BVerwG v. 16.12.1959 - V C 40.58 - FEVS 6, 286; SG Detmold v. 24.01.2007 - S 3 AL 5/07 ER.

- inwieweit im Rahmen der Erlangung eines Arbeitsplatzes die **Konkurrenzfähigkeit**²⁹¹ des Behinderten gegenüber gesunden Arbeitnehmern eingeschränkt ist (etwa bei Vermittlungser-schwernissen, die gerade auf die Behinderung zurückgeführt werden müssen), ob ein **sozialer Abstieg – nicht nur entfernt – droht** und wodurch dieser zum Ausdruck gebracht wird (etwa Gehalts- und Ansehensverlust),
- worin im Rahmen der Erhaltung eines Arbeitsplatzes eine **Arbeitsplatzgefährdung** gesehen werden kann, ob hierfür der geforderte Grad **überwiegender Wahrscheinlichkeit**²⁹² vorliegt und welche **Anhaltspunkte** dies nahe legen (etwa Fehlzeiten²⁹³, verminderte Arbeitsleistung, Abmahnungen, eingeschränkte Mobilität, Angewiesensein auf die Unterstützung durch Kollegen, kritische Reaktionen des Arbeitgebers, Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz in von Schließung bedrohten Unternehmensbereichen, Einführung neuer Produktionsmethoden) bedarf **wertender Betrachtung** unter Gewichtung aller relevanten Umstände.

- 154** Hinsichtlich der Feinheiten der Bewertung und Prognose wird man der Verwaltung, hat sie den Fall im Übrigen in allen wesentlichen Momenten nachvollziehbar erfasst und nicht offensichtlich fehlgeachtet, insbesondere im Bereich der konkreten Gewichtung der Fallaspekte einen die gerichtliche Prüfung beschränkenden **Beurteilungs- und Prognosespielraum** zuzugestehen haben (vgl. Rn. 106).²⁹⁴ Denn die Gerichte können ihrer Kontrollfunktion nach im Gewaltenteilungszusammenhang nur kontrollieren, was auch wirklich zu kontrollieren ist. Solches stößt in der hochgradig einzelfallabhängigen und in letzter Konsequenz nicht ohne volitive Elemente zu bewältigenden Gesamtbetrachtung der Fälle aber an Grenzen. Dort, wo die empirischen Gewissheiten schwinden und auch der nunmehr erforderliche Akt der Wertung juristischen Kontrollmaßstäben zu entgleiten droht, beginnt der Entscheidungsspielraum der Verwaltung, weil nur diese als einer politisch dirigierten Instanz Verantwortung für die juristischen Grauzonen des Entscheidens übernehmen kann.
- 155** Der Einzelfallbezug der Gleichstellung erweist sich insgesamt als **Korrektiv** zur abstrakten Beurteilung der Teilhabebeeinträchtigung bei Feststellung der Schwerbehinderung nach § 2 Abs. 2 SGB IX (vgl. Rn. 118).²⁹⁵ Die konkrete Beeinträchtigung liegt darin, dass die betroffenen Personen trotz der im Vergleich zu Schwerbehinderten geringeren Beeinträchtigung einen Arbeitsplatz nicht finden oder behalten können. Das Arbeitsplatzrisiko muss jedoch **nicht akut** sein.²⁹⁶ Es genügt, wenn das Risiko deutlich erhöht ist, den Arbeitsplatz zu verlieren, da ansonsten der Zweck der Gleichstellung vielfach nicht erreicht werden kann.²⁹⁷

d. Beweisrecht

- 156** Die **Darlegungs- und Beweislast** hinsichtlich der Voraussetzungen der Gleichstellung liegt teils beim Antragsteller, teils bei der Behörde. Der Antragsteller hat bei den anzustellenden Ermittlungen der Behörde mitzuwirken und insbesondere alle erforderlichen und ihm möglichen Angaben zu machen sowie alle sonstigen Mitwirkungshandlungen zu verrichten (§§ 20, 21 Abs. 2 SGB X, §§ 60 ff. SGB I). Die Mitwirkungspflicht des Betroffenen zur Aufklärung des Sachverhalts nach

²⁹¹ Die Konkurrenzfähigkeit bemisst sich an allen Tätigkeiten, auf die die Arbeitsagentur Vermittlungsbemühungen erstrecken darf: *Schimanski* in: Großmann/Schimanski, SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 237.

²⁹² Die Wahrscheinlichkeit ist zu bejahen, wenn bei Abwägung aller Umstände mehr für als gegen das Vorliegen der Voraussetzungen spricht: BSG v. 25.07.1968 - 8 RV 373/67; ähnlich BVerwG v. 17.05.1973 - V C 60.72 - BVerwGE 42, 189.

²⁹³ SG Dortmund v. 16.02.1990 - S 30 Ar 89/88.

²⁹⁴ A.A. BVerwG v. 01.07.1955 - V C 30.54 - BVerwGE 2, 185; BVerwG v. 14.02.1963 - I C 98.62 - BVerwGE 15, 282.

²⁹⁵ VG München v. 20.11.2007 - M 5 K 06.2977.

²⁹⁶ BSG v. 02.03.2000 - B 7 AL 46/99 R - BSGE 86, 10.

²⁹⁷ *Knittel*, SGB IX, 10. Aufl. 2017, § 2 SGB IX Rn. 103.

§ 21 Abs. 2 SGB X setzt jedoch erst dann ein, wenn die Behörde mit eigenen ihr zumutbaren Ermittlungen an Grenzen stößt; im Rahmen ihrer Untersuchungspflicht hat die Behörde bspw. auch Befragungen beim Arbeitgeber zur Klärung des Arbeitsplatzrisikos vorzunehmen. Die Mitwirkungspflichten nach den §§ 60 ff. SGB I setzen jedoch entsprechende Vorermittlungen der Behörde nicht voraus und gelten „von Anfang an“.

- 157** Bei Unerweislichkeit der **anspruchsbegründenden** Tatsachen (wie etwa der Nachweis des Arbeitsplatzrisikos oder des erforderlichen GdB) trägt der Antragsteller die Beweislast, so dass der fehlende Nachweis der Gleichstellungsvoraussetzungen zu seinen Lasten geht. Für **anspruchsvernichtende** Tatsachen (wie etwa Qualifikationsdefizite als eigentlicher Grund der Arbeitsplatzgefährdung) aber trägt die Behörde die Beweislast. Der konkrete Nachweis fehlgeschlagener Vermittlungsbemühungen ist im Rahmen des Ursachenzusammenhangs zwischen Behinderung und Erwerbsproblematik (vgl. Rn. 147 f.) vom Antragsteller lediglich dann zu fordern, wenn unklar ist, dass die Wettbewerbsfähigkeit des Arbeitsuchenden wegen der Behinderung eingeschränkt ist, wie dies etwa bei einem Gehbehinderten für eine rein geistige Tätigkeit in sitzender Stellung der Fall sein kann.
- 158** Stimmt der Arbeitnehmer im Rahmen einer Gleichstellung der **Befragung des Arbeitgebers** nicht zu, so sind die §§ 60 ff. SGB I, da diese sich auf Sozialleistungen und nicht auf Statusentscheidungen beziehen, allenfalls analog anwendbar. Eine Ablehnung des Gleichstellungsantrages nach § 66 SGB I ist jedoch unzulässig, wenn der Antragsteller zwar die Befragung des Arbeitgebers ablehnt, nicht aber diejenige des Betriebsrates und der Schwerbehindertenvertretung.²⁹⁸
- 159** Dafür, dass die Gleichstellung eine Ausnahme der Schwerbehindertenfeststellung nach § 2 Abs. 2 SGB IX ist und deshalb hinsichtlich ihrer tatsächlichen und rechtlichen Anforderungen **restriktiv ausgelegt** werden muss²⁹⁹, finden sich im Gesetz keinerlei Anhaltspunkte. Vielmehr ist die Gleichstellung als Korrektiv der abstrakt ansetzenden Schwerbehinderungsfeststellung nicht anders aufzufassen als diese (vgl. Rn. 60). Dies folgt nicht zuletzt aus dem Zusammenhang mit § 1 SGB IX und der Verpflichtung zur Optimierung der sozialen Rechte in § 2 Abs. 2 SGB I.

e. Geeignetheit des Arbeitsplatzes

- 160** Die **Geeignetheit des Arbeitsplatzes** ist individuell nach dem Eignungs- und Leistungspotential des Behinderten zu bestimmen.³⁰⁰ Niemand darf mit der Gleichstellung auf einen Arbeitsplatz festgelegt werden, den er nicht ausüben kann, ohne seine Gesundheit zu gefährden. Geringfügige behinderungsbedingte Einschränkungen der Aktionsfähigkeit am Arbeitsplatz aber schließen die Eignung des Arbeitsplatzes nicht aus.³⁰¹ Allgemeine und insbesondere von der Behinderung unabhängige Risiken des beruflichen Abstiegs sind ebenfalls unerheblich. Es ist ausreichend, wenn der bisherige Arbeitsplatz zu einem **behindertengerechten Arbeitsplatz umgestaltet** werden kann oder wenn eine **Umsetzung** auf einen neuen geeigneten Arbeitsplatz möglich ist, da in diesen Fällen der Arbeitsplatz im Betrieb gesichert werden kann. Die bislang ausgeübte Tätigkeit ist bei der Frage der Eignung des Arbeitsplatzes jedoch unerheblich.³⁰² Der zu schützende Arbeitsplatz muss für den behinderten Menschen **geeignet** sein.³⁰³ Der behinderte Mensch darf grundsätzlich

²⁹⁸ LSG Mainz v. 24.09.2009 - L 1 AL 59/08

²⁹⁹ *Knittel*, SGB IX, 10. Aufl. 2017, § 2 SGB IX Rn. 106.

³⁰⁰ BSG v. 02.03.2000 - B 7 AL 46/99 R - SozR 3-3870 § 2 Nr. 1.

³⁰¹ *Knittel*, SGB IX, 10. Aufl. 2017, § 2 SGB IX Rn. 110.

³⁰² BSG v. 02.03.2000 - B 7 AL 46/99 R - BSGE 86, 10.

³⁰³ BSG v. 06.08.2014 - B 11 AL 16/13 R - SozR 4-3250 § 2 Nr. 6.

durch die geschuldete Arbeitsleistung **nicht gesundheitlich überfordert** werden. Auf der anderen Seite führt das Auftreten oder Hinzutreten einer behinderungsbedingten Einschränkung des beruflichen Leistungsvermögens für sich genommen noch nicht zum Wegfall der Geeignetheit des Arbeitsplatzes. Die Geeignetheit des Arbeitsplatzes bestimmt sich individuell-konkret nach dem **Eignungs- und Leistungspotential** des behinderten Menschen.³⁰⁴

161 Die den Anspruch auf Gleichstellung mit einem Behinderten nach § 2 Abs. 3 SGB IX ausschließende **Ungeeignet eines konkreten Arbeitsplatzes** liegt vor, wenn behinderungsbedingt unverzichtbare Tätigkeiten am Arbeitsplatz nicht ausgeübt oder solche Tätigkeiten nur unter Inkaufnahme sofort oder sicher deswegen künftig auftretender gesundheitsschädlicher Folgen noch verrichtet werden können. Von den Arbeitsplatzbedingungen verursachte Einwirkungen, die zu Erkrankung führen, machen den Arbeitsplatz noch nicht ungeeignet. Erst wenn die Arbeitsplatzverhältnisse eine substantielle Verschlechterung der Erkrankung bzw. Ausweitung der Behinderung bedingen oder eine solche sicher erwarten lassen, ist der Arbeitsplatz ungeeignet und wird der Schutzzweck der Gleichstellung an dem konkret innehabenden Arbeitsplatz verfehlt.³⁰⁵ Ist eine Förderung durch technische Arbeitshilfen empfohlen worden oder sind solche Hilfen als Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben bewilligt worden, steht der Umstand, dass diese Maßnahmen (noch) nicht umgesetzt worden sind, der Geeignetheit des Arbeitsplatzes nicht entgegen.³⁰⁶ Erst wenn die Arbeitsplatzverhältnisse eine **substantielle Verschlechterung der Erkrankung** bzw. Ausweitung der Behinderung bedingen oder eine solche sicher erwarten lassen, ist der Arbeitsplatz ungeeignet und wird der Schutzzweck der Gleichstellung an dem konkret innehabenden Arbeitsplatz verfehlt.³⁰⁷

162 Inwieweit sich der Gleichstellungsanspruch im Sinne der **UN-Behindertenrechtskonvention** interpretieren lässt, hängt ab vom Vorliegen entgegenstehenden nationalen Rechts. Unstreitig kann die Gleichstellung auch beansprucht werden zu Zwecken des **beruflichen Aufstiegs**: Art. 27 Abs. 1 Satz 2 lit. a und e UN-BRK und Art. 21, 26 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union geben (EUGrdRCh) Hinweise zur Auslegung des § 2 Abs. 3 SGB IX, denn nach diesen völkerrechtlichen und supranationalen Normen ist ein diskriminierungsfreier Zustand anzustreben. Dieser ist nicht bereits dadurch hergestellt, dass ein behinderter Mensch in irgendeiner Weise eine Tätigkeit ausüben kann, vielmehr muss auch der Zugang zu anderen bzw. der Wechsel von Berufsfeldern diskriminierungsfrei ermöglicht werden.³⁰⁸ Fehlerhaft ist die Entscheidung des LSG Hamburg,³⁰⁹ das die UN-Behindertenrechtskonvention geltungsmäßig über das einfache nationale Recht gestellt hat und überdies nicht genau überprüft hat, ob das nationale Recht offen genug ist für die Anwendung der Konvention als Auslegungsdirektive (vgl. näher die Kommentierung zu § 1 SGB IX Rn. 32 ff.): Ein Gleichstellungsanspruch zur Erlangung eines geeigneten Arbeitsplatzes nach § 2 Abs. 3 Var. 1 SGB IX komme nicht nur dann in Betracht, wenn der behinderte Mensch bislang **entweder keinen Arbeitsplatz innehat** oder der innegehabte Arbeitsplatz **ungeeignet oder gefährdet** ist. Dies ergebe sich weder aus dem Wortlaut des § 2 Abs. 3 SGB IX noch aus dessen Zweck unter Beachtung der historischen Entwicklung und anderer, insbesondere auch höherrangiger Rechtsnormen. Eine Vielzahl inländischer, europarechtlicher und völkerrechtlicher

³⁰⁴ BSG v. 06.08.2014 - B 11 AL 16/13 R - juris Rn. 19 - SozR 4-3250 § 2 Nr. 6; BSG v. 02.03.2000 - B 7 AL 46/99 R - juris Rn. 16 - BSGE 86, 10 = SozR 3-3870 § 2 Nr. 1; Landessozialgericht Baden-Württemberg v. 23.10.2015 - L 8 AL 4146/14.

³⁰⁵ LSG Stuttgart v. 28.02.2014 - L 8 AL 501/13.

³⁰⁶ BSG v. 06.08.2014 - B 11 AL 16/13 R - SozR 4-3250 § 2 Nr. 6.

³⁰⁷ Landessozialgericht Baden-Württemberg v. 28.02.2014 - L 8 AL 501/13.

³⁰⁸ BSG v. 06.08.2014 - B 11 AL 5/14 R - SozR 4-3250 § 2 Nr. 5.

³⁰⁹ LSG Hamburg v. 30.10.2013 - L 2 AL 66/12.

Normen verbiete **die Diskriminierung behinderter Menschen** aufgrund ihrer Behinderung, fordere die Herstellung eines diskriminierungsfreien Zustands und sei zur Auslegung des § 2 Abs. 3 SGB IX heranzuziehen. Dies gelte insbesondere für solche Vorschriften, die in einem höheren Rang als ein einfaches Bundesgesetz stehen. Speziell bei der Bewegung auf dem Arbeitsmarkt – auch im Sinne einer Förderung des beruflichen Aufstiegs – sei Art. 27 Abs. 1 Satz 2 lit. a und e UN-BRK ebenso zu beachten wie die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufswahlfreiheit. **Anspruch auf Gleichstellung** mit einem schwerbehinderten Menschen gemäß den §§ 2 Abs. 3 Var. 1 i.V.m. 151 Abs. 2 SGB IX habe deshalb auch ein behinderter Mensch mit einem zuerkannten Grad der Behinderung von 30, der zwar einen **leidensgerechten Arbeitsplatz** (hier: als Justizfachangestellte im mittleren Dienst) innehat, aber wegen eines behinderungsbedingten Wettbewerbsnachteils einen von ihm angestrebten und ebenfalls leidensgerechten Arbeitsplatz (hier: als Finanzanwärterin für eine Ausbildung als Diplom-Finanzwirtin im gehobenen Dienst) nicht erlangen könne, der für ihn mit einem beruflichen Aufstieg verbunden wäre.

163 Im Übrigen kommt nur ein **Arbeitsplatz nach § 156 Abs. 1 SGB IX** in Betracht mit einer Mindeststundenzahl von 18 Std. wöchentlich. In Betracht zu ziehen sind grundsätzlich nur solche Arbeitsplätze, die den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes entsprechen. „Übliche Bedingungen“ sind die näheren Umstände der Arbeit, unter denen üblicherweise Beschäftigungsverhältnisse zustande kommen und ausgeübt werden. Der „allgemeine Arbeitsmarkt“ umfasst alle denkbaren Erwerbstätigkeiten außerhalb von Sonderarbeitsmärkten (etwa Werkstätten für behinderte Menschen, Heimarbeitsplätze nach § 1 Abs. 1 und 2 Heimarbeitsgesetz oder Arbeitsgelegenheiten nach § 16 d SGB II).³¹⁰ Das bedeutet jedoch nicht, dass etwaige Teilnehmer an staatlichen Fördermaßnahmen nicht zur „Erlangung“ eines Arbeitsplatzes gleichgestellt werden könnten. Schließlich muss der Behinderte dem Arbeitsmarkt auch zur Verfügung stehen, darf also nicht auf absehbare Zeit (vollständig) arbeitsunfähig sein.

164 Der **Begriff „Arbeitsplatz“** ist nicht gegenständlich-räumlich im Sinne von Beschäftigungsort, Beschäftigungsplatz oder Beschäftigungsstelle definiert, sondern rechtlich-funktional: Arbeitsplatz ist diejenige Stelle (Anstellung), in deren Rahmen eine bestimmte Tätigkeit auf der Grundlage eines Arbeits-, Dienst- oder Ausbildungsverhältnisses mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten vollzogen wird.³¹¹

f. Erlangung eines Arbeitsplatzes

165 Die Gleichstellung setzt unter der Prämisse der **Erlangung eines Arbeitsplatzes** jedoch kein konkretes Arbeitsplatzangebot voraus.³¹² Prüfungsmaßstab ist, welche Arbeitsplätze zumutbar in Betracht kommen, inwieweit geeignete Arbeitsplätze auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt vorhanden sind und inwieweit der Behinderte gegenüber anderen Menschen angesichts der bestehenden Arbeitsmarktlage konkurrenzfähig ist.³¹³ Der Erlangungstatbestand nach § 2 Abs. 3 Alt 1 SGB IX setzt jedoch voraus, dass der behinderte Mensch einen konkreten Arbeitsplatz anstrebt.³¹⁴

³¹⁰ Zu den beiden Begriffen vgl. *Luthe/Dittmar*, Fürsorgerecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 484, 486.

³¹¹ Vgl. *Trenk-Hinterberger* in: Lachwitz/Schellhorn/Welti, HK-SGB IX, 4. Aufl. 2015, § 73 Rn. 5 m.w.N. aus der Rechtsprechung des BVerwG sowie SG Kassel v. 10.09.2012 - S 3 AL 131/11.

³¹² BSG v. 02.03.2000 - B 7 AL 46/99 R - BSGE 86, 10.

³¹³ Die Konkurrenzfähigkeit kann sich auch auf Tätigkeiten beziehen, auf die die Bundesagentur für Arbeit ihre Vermittlungsbemühungen erstrecken darf: BSG v. 02.03.2000 - B 7 AL 46/99 R - SozR 3-3870 § 2 Nr. 1.

³¹⁴ BSG v. 06.08.2014 - B 11 AL 5/14 R - SozR 4-3250 § 2 Nr. 5.

- 166** Der **Ursachenzusammenhang zwischen Behinderung und Gleichstellungserfordernis** ist im Regelfall dann zu bejahen, wenn der Arbeitgeber die Einstellung des arbeitssuchenden Behinderten insbesondere mit Rücksicht auf die Pflichtplatzquote von der erfolgten Gleichstellung abhängig macht. Gleichwohl aber ist die positive Prognose, dass durch die Gleichstellung ein Arbeitsplatz auch besetzt werden kann, nicht Voraussetzung; ausreichend sind behinderungsbedingte Wettbewerbsnachteile gegenüber gesunden Beschäftigten.³¹⁵
- 167** Zudem muss der Behinderte dem **Arbeitsmarkt auch zur Verfügung stehen**, darf also nicht auf absehbare Zeit (vollständig) arbeitsunfähig sein. Anders ist dies nur dann, wenn der Behinderte über eine Resterwerbsfähigkeit verfügt, die es ihm ermöglicht, im Sinne des § 156 SGB IX länger als 18 Std. pro Woche arbeiten zu können. Ist die Erhaltung des bisherigen Arbeitsplatzes nicht mehr möglich (weil bspw. der bisherige Arbeitsplatz während des Gleichstellungsverfahrens entfallen ist), muss die Möglichkeit der Erlangung eines neuen geeigneten Arbeitsplatzes bei dem bisherigen oder einem neuen Arbeitgeber geprüft werden, weil die Erhaltung und die Erlangung Elemente einer einheitlichen Entscheidung sind.³¹⁶
- 168** Nach den Art 21 und Art 26 EUGRCh, Art 5 EGRL 78/2000, Art 3 Abs. 3 Satz 2 GG sowie §§ 7, 8, 24 AGG i.V.m. § 9 BeamStG, § 8 BG HE ist ein **diskriminierungsfreier Zustand** nicht bereits dann hergestellt, wenn ein behinderter Mensch in irgendeiner Weise eine Tätigkeit ausüben kann, die regelmäßig im Beamtenverhältnis ausgeübt wird (hier: Lehrer im Angestelltenverhältnis); vielmehr müssen Gesetzgeber und Dienstherr die **Voraussetzungen zum Zugang zum Beamtenverhältnis in einer Weise modifizieren**, dass ein diskriminierungsfreier Zugang zur Ausübung der Tätigkeit gerade im Beamtenverhältnis ermöglicht wird.³¹⁷
- 169** Im Rahmen des § 2 Abs. 3 SGB IX ist auch auf die **rechtlich-funktionalen Qualitäten** des Arbeitsplatzes, abzustellen.³¹⁸

g. Erhaltung eines Arbeitsplatzes

- 170** Ob die Gleichstellung zur **Erhaltung des Arbeitsplatzes** erforderlich ist, beurteilt sich danach, ob bei wertender Betrachtung in der Behinderung, also gerade in ihrer Art und Schwere, die Schwierigkeit der Erhaltung des Arbeitsplatzes begründet liegt.³¹⁹ Geschützt ist jedoch nicht ein bestimmter, sondern nur ein geeigneter Arbeitsplatz. Ebenso wenig kommt es wegen des allein maßgeblichen Arbeitsplatzbezuges darauf an, ob der Behinderte behinderungsbedingt die erforderliche Wegstrecke zum Arbeitsplatz zurücklegen kann.³²⁰
- 171** Die Behinderung muss eine wesentliche **Ursache** für eine mögliche Arbeitsplatzgefährdung sein (vgl. Rn. 147); bei der anzustellenden Prognose der Arbeitsplatzgefährdung als solcher aber ist absolute Sicherheit nicht gefordert.³²¹ **Wesentlich** insbesondere für den Zusammenhang von Behinderung und Gleichstellungserfordernis ist letztlich, dass durch die Gleichstellung der Arbeitsplatz sicherer gemacht werden kann.³²² Dies ist bereits durch den besonderen Kündigungsschutz nach § 168 SGB IX der Fall.

³¹⁵ *Schimanski* in: Großmann u.a., SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 224a.

³¹⁶ BSG v. 02.03.2000 - B 7 AL 46/99 R - BSGE 86, 10; *Knittel*, SGB IX, 10. Aufl. 2017, § 2 SGB IX Rn. 115.

³¹⁷ LSG Darmstadt v. 19.06.2013 - L 6 AL 116/12.

³¹⁸ BSG v. 01.03.2011 - B 7 AL 6/10 R - BSGE 108, 4 = SozR 4-3250 § 2 Nr. 4.

³¹⁹ BVerwG v. 17.05.1973 - V C 60.72 - BVerwGE 42, 189, 193; *Götze* in: Hauck/Noftz, SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 55.

³²⁰ A.A. *Stevens-Bartol* in: Feldes u.a., SGB IX, 3. Aufl. 2015, § 2 SGB IX Rn. 32.

³²¹ LSG NRW v. 11.01.2006 - L 12 AL 31/05.

³²² BSG v. 02.03.2000 - B 7 AL 46/99 R - BSGE 86, 10.

- 172** Eine Gefährdung des bisherigen Arbeitsplatzes aber ist **nicht erst bei einer drohenden Kündigung anzunehmen**, sondern auch, wenn als Folge der Behinderung Umbesetzungen mit einer deutlichen Unter- oder Überforderung des Behinderten drohen. Denn auch das Vermeiden einer Herabwürdigung ist als Gleichstellungsgrund anerkannt³²³; zu fordern ist in solchen Fällen des Ansehensverlusts jedoch ein objektiver Schweregrad des drohenden sozialen Abstiegs unabhängig von der subjektiven Einschätzung durch den Betroffenen.
- 173** Da nach § 2 Abs. 3 SGB IX nur geeignete Arbeitsplätze gesichert werden können, ist der Sicherstellungszweck dann nicht erfüllbar, wenn der derzeitige Arbeitsplatz mit Rücksicht auf die Behinderung von vornherein **ungeeignet** ist.³²⁴ Gibt es im Betrieb keine weiteren geeigneten Arbeitsplätze, muss die Möglichkeit der Erlangung eines Arbeitsplatzes geprüft werden, es sei denn, die Eignung des Arbeitsplatzes kann mit dem Ziel seiner Erhaltung im bisherigen Betrieb durch medizinische bzw. berufliche Reha-Maßnahmen oder durch eine behinderungsgerechte Arbeitsplatzumgestaltung erreicht werden.³²⁵
- 174** Überdies **entfällt das Erfordernis der Erhaltung** des Arbeitsplatzes nach erfolgter behinderungsgerechter Umrüstung des bisherigen Arbeitsplatzes oder im Falle einer Umsetzung auf einen solchen als Folge der Gleichstellung, weshalb in Fällen wie diesen stets eine Befristung der Gleichstellung in Betracht gezogen werden sollte (§ 151 Abs. 2 Satz 3 SGB IX). Dies gilt jedoch nicht, wenn der neue behinderungsgerechte Arbeitsplatz mit Gehaltseinbußen verbunden ist, weil durch die Gleichstellung nicht nur ein Arbeitsplatz sicherer gemacht, sondern auch ein sozialer Abstieg verhindert werden soll.
- 175 Sinn der Gleichstellung** zur Sicherung eines Arbeitsplatzes ist der Schutz des Behinderten vor einer für ihn ungünstigen Konkurrenzsituation auf dem Arbeitsmarkt. Eine solche ist dann gegeben, wenn der bisherige Arbeitsplatz verloren zu gehen droht und der Behinderte in diesem Fall auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt in Konkurrenz mit gesunden Arbeitnehmern treten muss. Dies ist bei **Beamten auf Lebenszeit oder bei ordentlicher Unkündbarkeit** (auch von Betriebsratsmitgliedern und Vertrauenspersonen) im Normalfall nicht gegeben.³²⁶ Gleichwohl scheidet die Möglichkeit der Gleichstellung **bei Beamten** nicht grundsätzlich wegen deren Unkündbarkeit aus.³²⁷ Ein Ausnahmefall kann dann vorliegen, wenn die Behörde aufgelöst wird, die Umsetzung auf einen neuen, indes schlechter entlohnten Arbeitsplatz droht, der Dienstherr ein Verfahren auf Zur-Ruhe-Setzung einleiten will oder dieser (etwa aus Kostengründen) bestimmte Fürsorgeleistungen³²⁸ (Arbeitsplatzausstattung, Hilfsmittel) nicht erbringt, die er für schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte Personen an sich erbringen müsste, wenn sein Unterlassen zu einer Verschlechterung ihrer Arbeitssituation und zu einer Arbeitsplatzgefährdung führt. Eine Konkurrenzsituation aufgrund einer Beförderungsbewertung reicht jedoch nicht aus;³²⁹ denn eine Gleichstellung kann nicht zum Zweck der **Beförderung** ausgesprochen werden, weil ein geeigneter Arbeitsplatz bereits vorhanden

³²³ SG Düsseldorf v. 04.06.1997 - S 1 9 Ar 114/96.

³²⁴ SG Detmold v. 24.01.2007 - S 3 AL 5/07 ER.

³²⁵ Kritisch hierzu *Klare*, Behindertenrecht 1991, 97.

³²⁶ LSG NRW v. 23.05.2002 - L 9 AL 241/01; VG München v. 20.11.2007 - M 5 K 06.2977.

³²⁷ BSG v. 07.4.2011 - B 9 SB 3/10 R.

³²⁸ Allerdings kann von dem Behinderten nach Maßgabe des Ursachenzusammenhangs zunächst die Beschreitung des Rechtsweges zur Einklagung entsprechender Fürsorgeleistungen verlangt werden, bevor eine Gleichstellung erfolgt: LSG NRW v. 23.05.2002 - L 9 AL 241/01.

³²⁹ LSG NRW v. 23.05.2002 - L 9 AL 241/01.

ist. Dies ist anders zu beurteilen, wenn durch die Gleichstellung ein Zugang zu staatlich geförderten Qualifizierungsmaßnahmen geschaffen wird, die nicht nur einen Aufstieg ermöglichen, sondern den bisherigen Arbeitsplatz auch sicherer oder überhaupt erst „geeignet“ machen.

176 Bei **Beamten auf Widerruf oder auf Probe** ist eine befristete Gleichstellung bis zur Lebenszeitanstellung dagegen möglich, nicht jedoch bei Referendaren, da diese von vornherein nur in einem befristeten Anstellungsverhältnis stehen.

177 Ist bereits eine **Kündigung** ausgesprochen worden, so besteht ein Erfordernis der Gleichstellung zum Schutz des Arbeitsplatzes nur dann, wenn der Antrag auf Gleichstellung mindestens **drei Wochen** vor dem Zugang der Kündigung gestellt wurde und die Kündigung noch nicht endgültig ist. Die Frist hat nach h.M. nicht nur für Schwerbehinderte, sondern auch für Gleichgestellte³³⁰ die Wirkung, dass der Sonderkündigungsschutz frühestens drei Wochen nach Einreichung eines Anerkennungsantrages wirksam wird. Der Sonderkündigungsschutz wird durch diese Vorfrist aufgeschoben.³³¹ Endgültig ist die Kündigung nur, wenn sie durch ein rechtskräftiges Urteil bestätigt wurde oder der Antragsteller keine Kündigungsschutzklage erhoben hat und die Frist hierzu – 3 Wochen nach Zugang der Kündigung – abgelaufen ist.

178 Die Gleichstellung wirkt auf den Zeitpunkt der Antragstellung zurück (§ 151 Abs. 2 Satz 2 SGB IX), so dass eine nach Antragstellung erfolgende Kündigung wegen des auch für den Gleichgestellten geltenden besonderen Kündigungsschutzes ohne Zustimmung des Integrationsamtes unwirksam ist, dies allerdings nur, wenn der Gleichstellungsantrag mindestens drei Wochen vor Ausspruch der Kündigung gestellt wurde.³³² Wurde der Gleichstellungsantrag nach der Kündigung gestellt, kommt als Prüfungsmaßstab nur noch die Möglichkeit der Erlangung eines Arbeitsplatzes in Betracht.

h. Zusicherung

179 Liegen die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen für eine Gleichstellung nach § 2 Abs. 3 SGB IX vor, kann es pflichtgemäßem Ermessen der Behörde entsprechen, nicht eine sofortige Gleichstellung auszusprechen, sondern eine entsprechende **Zusicherung** abzugeben. Eine solche Vorgehensweise entspricht jedenfalls dann dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung, wenn der Antragsteller aktuell keinen Arbeitsplatz im Sinne des § 73 SGB IX innehat und nach der Beurteilung der Bundesagentur für Arbeit ein Teil der Arbeitgeber einer Einstellung von schwerbehinderten Menschen bzw. ihnen gleichgestellten Personen abgeneigt gegenübersteht. In diesem Fall wird dem Arbeitssuchenden durch die Zusicherung die Option offen gehalten, sich auch auf diese Arbeitsplätze zu bewerben. Die Nachteile, die dem Antragsteller durch diese Verfahrensweise erwachsen, sind angesichts der durch die Zusicherung erreichten Verbesserung seiner Wettbewerbssituation zu vernachlässigen.³³³

³³⁰ BAG v. 01.03.2007 - 2 AZR 217/06 - NZA 2008, 302; zum Meinungsstand auch *Griebeling* in: Hauck/Noftz, SGB IX, § 90 SGB IX Rn. 20.

³³¹ M.w.N. *Griebeling* in: Hauck/Noftz, SGB IX, § 90 SGB IX Rn. 23.

³³² *Knittel*, SGB IX, 10. Aufl. 2017, § 2 SGB IX Rn. 175; *Griebeling* in: Hauck/Noftz, SGB IX, § 90 SGB IX Rn. 23; a.A. etwa *Großmann* in: GK-SGB IX, § 90 SGB IX Rn. 87 sowie *Rehwald/Kossak*, AiB 2004, 604, 606.

³³³ Hess LSG v. 11.07.2007 - L 7 AL 61/06.

i. Besonderheiten des Dienstrechts und Sozialrechts

180 Das öffentliche (Landes-) **Dienstrecht** ist teilweise eigenständig und gewährt etwaige Erleichterungen und Verschonungen oftmals nur bei Schwerbehinderung, nicht aber im Falle der Gleichstellung.³³⁴ Der Gleichgestellte ist insbesondere vor einer Versetzung nicht im selben Maße geschützt wie vor einer Kündigung.³³⁵ Auch für einen früheren Bezug von Altersrente (§§ 37, 236a SGB VI) reicht die Tatsache der Gleichstellung nicht aus; vielmehr muss eine Schwerbehinderung mit einem Grad von mindestens 50 vorliegen.³³⁶ Die Berufsgruppe der **Soldaten** ist von der Gleichstellungsmöglichkeit im Hinblick auf die Besonderheiten des Soldatenverhältnisses ausgenommen.³³⁷ Beamte und Richter, die behindert sind und sich im Dienst befinden, müssen für die Gleichstellung **ausscheiden**, da bei ihnen der Arbeitsplatz gesichert ist.³³⁸ Hiervon bestehen aber Ausnahmen (etwa bei behinderungsbedingter Versetzung in den Ruhestand oder Umsetzung).³³⁹

j. Subjektives Recht

181 Die **Soll-Formulierung** in § 2 Abs. 3 Satz 1 SGB IX ist im Regelfall wie ein „Muss“ zu verstehen. Es handelt sich um gebundenes Ermessen, so dass nur im besonders begründeten Ausnahmefall eine Versagung der Gleichstellung in Betracht gezogen werden kann (etwa wenn der Behinderte überhaupt nicht an der Erlangung eines geeigneten Arbeitsplatzes interessiert ist). Im Regelfall ist das Ermessen mithin „auf null“ reduziert.³⁴⁰ Ein Anfechtungsrecht des **Arbeitgebers**, gegen die Gleichstellung von gesundheitlich eingeschränkten Personen vorzugehen, besteht nicht. Die Gleichstellungsregelungen des SGB IX enthalten kein subjektives Recht des Arbeitgebers im Sinne des verwaltungsrechtlichen Drittschutzes, entfalten vielmehr nur Reflexwirkung.³⁴¹

k. Verfahrensaspekte

182 Die **Wirkungen der Gleichstellung** treten unabhängig davon ein, dass der Arbeitgeber von ihr Kenntnis hatte.³⁴² Die Wirkungen der Gleichstellung – etwa beim Sonderkündigungsschutz – treten ferner erst nach erfolgter Feststellung ein, nicht bereits ab **Antragstellung**³⁴³, wirken auf diesen **Zeitpunkt bei bestands- und rechtskräftiger Anerkennung jedoch zurück**. Grundlage der Gleichstellung ist der Feststellungsbescheid nach § 152 SGB IX.

183 Die Gleichstellung erfolgt auf **Antrag** des Behinderten durch die Bundesagentur für Arbeit; weder Arbeitgeber noch Betriebsrat sind antragsberechtigt. Die Bundesagentur ist an den festgestellten GdB gebunden; sie ist weder am Verwaltungsverfahren der Versorgungsverwaltung noch am gerichtlichen Verfahren zum GdB beteiligt (§§ 10, 12 SGB X, § 75 SGG). Allerdings kann der Arbeit-

³³⁴ Bay. VGH v. 17.08.2006 - Vf. 65-VI-05 - BayVBI 2006, 759 (Beamtenrecht); OVG NRW v. 13.11.2006 - 6 B 2086/06 (Dienstunfähigkeit/Polizei); Bay. VGH v. 04.08.2006 - 3 CE 05.3369 (Umsetzung); OVG NRW v. 23.04.2004 - 6 B 199/04 - Behindertenrecht 2005, 26-28 (Dienststundenermäßigung).

³³⁵ LArbG Berlin-Brandenburg v. 08.05.2007 - 19 Sa 406/07.

³³⁶ LArbG Bad.-Württ. v. 12.12.2007 - 13 Sa 38/06.

³³⁷ Bayerisches Landessozialgericht v. 06.08.2014 - L 10 AL 45/13.

³³⁸ BSG v. 02.03.2000 - B 7 AL 46/99 R; Landessozialgericht Berlin-Brandenburg v. 10.05.2016 - L 14 AL 94/13.

³³⁹ LSG Berlin-Brandenburg v. 10.05.2016 - L 14 AL 94/13.

³⁴⁰ BSG v. 02.03.2000 - B 7 AL 46/99 R - BSGE 86, 10; SG Aachen v. 12.01.2005 - S 11 AL 18/04.

³⁴¹ BSG v. 19.12.2001 - B 11 AL 57/01 R - BSGE 89, 119.

³⁴² VG Berlin v. 18.08.2008 - 7 A 92.07.

³⁴³ VG Ansbach v. 06.09.2007 - AN 14 K 07.01248 - AE 2008, 43.

geber nach § 12 Abs. 2 SGB X beteiligt werden; anfechten kann er die erlangte Gleichstellung jedoch nicht.³⁴⁴ Für die Zulässigkeit des Antrages ist ein Antrag auf Feststellung beim Versorgungsamt nicht Voraussetzung.

- 184** Die Bundesagentur hat gleichwohl sämtliche für das Arbeitsleben des Behinderten relevanten gesundheitlichen Einschränkungen im Rahmen der Gleichstellung zu berücksichtigen, auch wenn diese im Feststellungsbescheid des Versorgungsamts nicht aufgeführt sind.³⁴⁵ Es müssen, mit Ausnahme des GdB 50 (indes GdB 30 oder 40!), **sämtliche Voraussetzungen** nach § 2 Abs. 2 SGB IX erfüllt sein. Insbesondere gilt dies für die **GdB-Feststellung des Versorgungsamts**, die bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung bestandskräftig vorliegen muss.³⁴⁶
- 185** Der Feststellung der Gleichstellung kommt im Gegensatz zur Feststellung der Schwerbehinderung **konstitutive Wirkung** zu.³⁴⁷ Die Gleichstellung kann jedoch befristet (§ 151 Abs. 2 Satz 3 SGB IX), bei nachträglichem Entfallen der Voraussetzungen widerrufen (§ 199 Abs. 2 SGB IX) und bei anfänglicher Rechtswidrigkeit auch zurückgenommen (§ 45 SGB X) werden.
- 186 Maßgeblicher Zeitpunkt** für die Beurteilung der Gleichstellung ist im Regelfall zwar der Zeitpunkt der Antragstellung. Dies gilt jedoch nicht im Falle einer hiernach eintretenden wesentlichen Änderung der Sach- und Rechtslage, wie etwa beim zwischenzeitlichen Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes während des behördlichen Gleichstellungsverfahrens oder wenn die Voraussetzungen der Gleichstellung erst nach Antragstellung erfüllt werden. Beurteilungszeitpunkt ist dann die letzte mündliche Verhandlung. Anstatt der nicht mehr möglichen Erhaltung des bisherigen Arbeitsplatzes ist nunmehr die Alternative der Erlangung eines geeigneten Arbeitsplatzes zu prüfen.³⁴⁸ Allerdings müssen aufgrund der Schutzrichtung und des Zweckes der Regelung neben dem Sach- und Streitstand bei Antragstellung **alle wesentlichen Änderungen der Sach- und Rechtslage** bis zur letzten mündlichen Verhandlung Berücksichtigung finden. Z.B. wäre es nicht begründbar, hinsichtlich der gesetzlichen Anordnung einer Rückwirkung der Gleichstellung einen Rechtszustand bis zur endgültigen Entscheidung über die Gleichstellung fortzuschreiben, wenn zwischenzeitlich die Voraussetzungen für eine Gleichstellung entfallen sind.³⁴⁹
- 187** Wurde der GdB des Antragstellers von **50 auf 30 herabgestuft** und ist hiergegen eine Klage anhängig, liegen die Voraussetzungen für eine Gleichstellung nicht vor. Nach § 199 Abs. 1 SGB IX werden die Regelungen für schwerbehinderte Menschen bei einer Herabstufung des GdB auf weniger als 50 erst am Ende des dritten Kalendermonats nach Eintritt der Unanfechtbarkeit des die Verringerung feststellenden Bescheides nicht mehr angewandt. Wurde die Klage abgewiesen, darf der Antrag erst drei Monate nach Unanfechtbarkeit des Urteils gestellt werden.³⁵⁰ Eine auf Feststellung eines **GdB von „mindestens 20“** gerichtete Klage ist aber nicht auf einen GdB von

³⁴⁴ BSG v. 19.12.2001 - B 11 AL 57/01 R.

³⁴⁵ BSG v. 24.06.1998 - B 9 SB 1/98 R - SGB 1998, 473.

³⁴⁶ Die gegenteilige Auffassung von *Schimanski* (in: Großmann u.a.; SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 217) hätte zur Folge, dass die Gleichstellung stets auf Verdacht und rein vorsorglich zeitgleich mit der GdB-Feststellung beantragt würde. Vielmehr muss die Behörde ohne vorher festgestellten GdB davon ausgehen, dass die Voraussetzungen des § 2 Abs. 3 SGB IX nicht erfüllt sind. Die Gleichstellung kann nach § 68 Abs. 2 SGB IX deshalb konsequenterweise nur „auf Grund einer Feststellung nach § 69“ erfolgen.

³⁴⁷ *Dalichau* in: Wiegand, SGB IX, § 2 SGB IX Rn. 68.

³⁴⁸ BSG v. 02.03.2000 - B 7 AL 46/99 R - BSGE 86, 10.

³⁴⁹ LSG Darmstadt v. 19.06.2013 - L 6 AL 116/12.

³⁵⁰ *Knittel*, SGB IX, 10. Aufl. 2017, § 2 SGB IX Rn. 151.

nur 20 beschränkt, wenn die Klagebegründung auf eine Gleichstellung mit Schwerbehinderten nach § 2 Abs. 3 SGB IX abstellt und insoweit den nach oben offenen Klageantrag auf die Feststellung eines GdB von 30 konkretisiert.³⁵¹

188 Aus der **Beratungspflicht** der Sozialleistungsbehörde nach § 14 SGB I folgt, dass diese in sich aufräugenden Fällen auf die Möglichkeit der Gleichstellung von Amts wegen hinzuweisen hat. Verstößt die Behörde gegen diese Verpflichtung, kann der Behinderte etwaige ihm hierdurch entgangene Sozialleistungen im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs und sonstige Schäden auch im Wege des Schadensersatzanspruchs wegen Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB) kompensieren.

I. Eingeräumte Rechte

189 Mit der Gleichstellung erwirbt der Antragsteller folgende **Rechte**:

- Anrechnung auf die Pflichtplatzquote des Arbeitgebers,
- Anspruch auf behinderungsgerechte Beschäftigung und bevorzugte Berücksichtigung bei beruflichen Bildungsmaßnahmen,
- besonderer Kündigungsschutz,
- aktives und passives Wahlrecht bei der Wahl der Schwerbehindertenvertretung,
- Anspruch auf Beratung, Vertretung und Hilfe gegenüber der Schwerbehindertenvertretung,
- bevorzugte Einstellung.

190 Nicht gewährt wird:

- Zusatzurlaub,
- unentgeltliche Beförderung.

Zu beachten sind Besonderheiten beim Kündigungsschutz.³⁵²

³⁵¹ LSG Berlin-Potsdam v. 28.01.2016 - L 11 SB 254/15.

³⁵² BAG v. 01.03.2007 - 2 AZR 217/06.