

Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

.....,

Kläger und Revisionsbeklagter,

Prozeßbevollmächtigte:,

g e g e n

.....,

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 12. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche
Verhandlung am 9. Oktober 1984

für Recht erkannt:

Die Sprungrevision der Beklagten gegen das Urteil des
Sozialgerichts Berlin vom 9. Dezember 1982 wird zurück-
gewiesen.

Die Beklagte hat dem Kläger auch die außergerichtlichen
Kosten des Revisionsverfahrens zu erstatten.



-2-

G r ü n d e :

I

Die Beteiligten streiten darum, ob der Kläger zur Nachentrichtung von Beiträgen berechtigt ist.

Der Kläger wurde 1916 in Berlin geboren. Er verließ dort im Jahre 1933 das Realgymnasium und wanderte 1934 aus Verfolgungsgründen nach Palästina aus. Er ist israelischer Staatsangehöriger und steht im diplomatischen Dienst seines Landes.

Am 23. September 1980 stellte der Kläger einen Antrag auf Nachentrichtung von Beiträgen nach dem Gesetz zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Sozialversicherung (WGSVG). Nachdem die Beklagte in einem Schreiben vom 18. Juni 1981 darauf hingewiesen hatte, daß die begehrte Nachentrichtung eine bei ihm bisher nicht vorhandene Versicherungszeit von 60 Kalendermonaten voraussetze, diese jedoch durch eine Nachentrichtung nach Art 2 § 49a Abs 2 Angestelltenversicherungs-Neuregelungsgesetz (AnVNG) erreicht werden könne, beantragte der Kläger im Juli 1981 auch diese Nachentrichtung. Er fügte eine konsularische Bestätigung der Botschaft des Staates Israel in Bonn vom 30. Juni 1981 bei, wonach er am 31. Dezember 1975 Gesandter bei der Botschaft des Staates Israel in Brüssel und sein ständiger Wohnsitz damals wie heute Jerusalem war. Um zu ermitteln, wo sich der Kläger Ende 1975 iS von Art 3 Abs 1 des Abkommens vom 17. Dezember 1973 zwischen der Bundesrepublik



-3-

Deutschland und dem Staat Israel über Soziale Sicherheit (BGBI 1975 II S 245) - im folgenden: DISVA - gewöhnlich aufgehalten hatte, befragte ihn die Beklagte. Der Kläger antwortete mit Schreiben vom 18. August 1981 ua, er habe mit seiner Familie seine Wohnung in Jerusalem bis Juli 1970 benutzt und sie dann bis zu seiner Rückkehr aus Brüssel nach Jerusalem im Jahre 1976 an Freunde vermietet; seit dem Frühjahr 1980 sei sie wieder vermietet, da er an der Botschaft Israels in Bonn tätig sei. Durch Bescheid vom 26. Januar 1982 lehnte die Beklagte die Anträge auf Nachentrichtung nach beiden Vorschriften (§ 10a WGSVG und Art 2 § 49a Abs 2 AnVNG) ab, die Nachentrichtung nach der zuletzt genannten Vorschrift deshalb, weil der Kläger seinen gewöhnlichen Aufenthalt am 31. Dezember 1975 nicht in Israel gehabt habe und er deshalb auch unter Berücksichtigung des DISVA nicht zu dem berechtigten Personenkreis gehöre. Der Widerspruch blieb erfolglos (Widerspruchsbescheid vom 12. August 1982).

Der Kläger hat beim Sozialgericht (SG) Berlin Klage erhoben mit dem Antrag, die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides in der Gestalt des Widerspruchsbescheides zu verurteilen, ihn zur Nachentrichtung von 60 Beiträgen nach Art 2 § 49a Abs 2 AnVNG für die Zeit vom 1. Januar 1969 bis zum 31. Dezember 1973 und von 276 Beiträgen nach § 10a WGSVG für die Zeit vom 1. Januar 1933 bis zum 31. Dezember 1955 zuzulassen. Das SG hat der Klage durch Urteil vom 9. Dezember 1982 stattgegeben und zur Begründung im wesentlichen ausgeführt: Die Beklagte habe dem Kläger in ihrem Schreiben vom 18. Juni 1981 die bereits abgelaufene Frist zur Nachentrichtung neu eröffnet. Er sei auch im übrigen zur



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



-4-

Nachentrichtung berechtigt. Denn er sei nach Art 3 Abs 1 DISVA einem Deutschen gleichgestellt, weil er sich Ende 1975 in Israel gewöhnlich aufgehalten habe. Trotz des Wortlauts der Vorschrift sei in erster Linie vom Wohnsitz auszugehen. Diesen habe der Kläger, während er in Brüssel tätig gewesen sei, in Israel beibehalten; in Belgien habe er lediglich einen Nebenwohnsitz gehabt.

Mit der Sprungrevision wendet sich die Beklagte gegen dieses Urteil. Die Auffassung des SG, der Kläger habe seinen gewöhnlichen Aufenthalt Ende 1975 in Israel gehabt, beruhe auf einer Verletzung von Art 3 Abs 1 DISVA, über dessen eindeutigen Wortlaut es sich hinweggesetzt habe. Es habe die Merkmale des rechtsgeschäftlich begründeten Wohnsitzes unzulässigerweise auf den allein von tatsächlichen Verhältnissen geprägten gewöhnlichen Aufenthalt übertragen. Selbst wenn man grundsätzlich mehrere gewöhnliche Aufenthalte für möglich halte, fehle für die maßgebliche Zeit (Ende 1975) die dann jedenfalls (im Vergleich zu Belgien) erforderliche größere oder wenigstens etwa gleiche Intensität der räumlichen Beziehung zu Israel.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 9. Dezember 1982 aufzuheben und die Klage abzuweisen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Der Kläger beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Er hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Die Beklagte sei aufgrund des Herstellungsanspruchs verpflichtet, ihn zur Nachentrichtung zuzulassen. In der Beurteilung der Frage, ob er Ende 1975 seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Israel gehabt habe, sei dem SG zuzustimmen.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt (§ 124 Abs 2 Sozialgerichtsgesetz -SGG-).

II

Die Sprungrevision ist unbegründet. Das SG hat die Beklagte zu Recht unter Aufhebung des angefochtenen Bescheides verurteilt, den Kläger zur Nachentrichtung nach Art 2 § 49a Abs 2 AnVNG und - nach erfolgter Nachentrichtung von Beiträgen für 60 Kalendermonate - auch zur Nachentrichtung nach § 10a WGSVG zuzulassen.

Gemäß Art 2 § 49a Abs 2 Satz 1 AnVNG können Personen, die nach § 10 Angestelltenversicherungsgesetz (AVG) zur freiwilligen Versicherung berechtigt sind, nach näherer Maßgabe des Art 2 § 49a Abs 2 AnVNG freiwillig Beiträge für Zeiten vom 1. Januar 1956 bis 31. Dezember 1973 nachentrichten. Da der Antrag bis zum



31. Dezember 1975 zu stellen war (Art 2 § 49a Abs 3 Satz 1 AnVNG), mußte bis dahin auch die Berechtigung zur freiwilligen Versicherung entstanden sein. Beim Kläger kommt das, da er damals seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht im Geltungsbereich des AVG hatte und er deshalb allein nach § 10 Abs 1 Satz 1 AVG nicht zur freiwilligen Versicherung berechtigt war, nur bei Eingreifen des DISVA in Betracht, das am 1. Mai 1975 in Kraft getreten ist. Nach dessen Art 3 Abs 1 sind Staatsangehörige Israels wie der Kläger bei der Anwendung des deutschen Sozialversicherungsrechts, mithin auch bei der Anwendung von Art 2 § 49a Abs 2 Satz 1 AnVNG iVm § 10 Abs 1 Satz 1 AVG, deutschen Staatsangehörigen gleichgestellt, "wenn sie sich im Gebiet eines Vertragsstaates gewöhnlich aufhalten". Das war beim Kläger der Fall, weil er sich Ende 1975 in diesem Sinne gewöhnlich in Israel aufhielt. Denn er hatte mit seiner Familie bis 1970 in Jerusalem gelebt, stand dann im diplomatischen Dienst seines Landes in Brüssel und war nach Ende seiner Mission im Jahre 1976 nach Jerusalem zurückgekehrt. Seinen Wohnsitz in Jerusalem hatte er auch während seiner Tätigkeit in Belgien beibehalten.

Art 3 Abs 1 DISVA macht, wie zahlreiche von der Bundesrepublik mit anderen Staaten geschlossene Sozialversicherungsabkommen, die Gleichstellung allein von dem gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat abhängig. Dadurch unterscheidet es sich von innerstaatlichen deutschen Vorschriften, die sowohl an den Wohnsitz als auch an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen (zB § 10 Abs 1 Satz 1 AVG). Diese Eigentümlichkeit des zwischenstaatlichen Sozialversicherungsrechts hängt damit zusammen, daß der Wohnsitz-



begriff in den Rechtsordnungen der einzelnen Staaten einen verschiedenen Inhalt hat und das seine Eignung für zwischenstaatliche Regelungen einschränkt. Darin hat auch der Bundesgerichtshof (BGH) den Grund für die Bevorzugung des Aufenthaltsbegriffs in neueren internationalen Abkommen gesehen (NJW 1975, 1068; vgl dazu ferner Kegel, Internationales Privatrecht, 4. Aufl 1977, S 210 ff und Heldrich in Palandt, BGB, 44. Aufl, § 29 EGBGB Anm 2).

Obwohl hiernach viel dafür spricht, daß die Vertragspartner des DISVA in Art 3 Abs 1 mit Absicht als Anknüpfungspunkt allein den gewöhnlichen Aufenthalt und nicht auch den Wohnsitz gewählt haben (die Materialien zum DISVA, soweit zugänglich, ergeben darüber allerdings nichts; vgl BT-Drucks 7/2783, Begründung zu Art 3), schließt dies nicht aus, Merkmale, die den Wohnsitzbegriff nach deutschem Recht kennzeichnen, zur Auslegung des Begriffs gewöhnlicher Aufenthalt in Art 3 Abs 1 DISVA heranzuziehen. Vielmehr erscheint es dem erkennenden Senat - da der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts in Art 3 Abs 1 DISVA die gleiche Funktion erfüllt, die sonst in innerstaatlichen Vorschriften die Begriffe Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt erfüllen - zulässig und geboten, bei der Auslegung des Art 3 Abs 1 DISVA (soweit es danach für die Gleichstellung der beiderseitigen Staatsangehörigen auf den gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat ankommt), auf Kriterien zurückzugreifen, die für den Wohnsitzbegriff entwickelt worden sind. Das gilt vor allem für die Berücksichtigung von subjektiven Momenten, sofern sie sich objektiv belegen lassen.



Die Begriffe Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt werden im übrigen auch im innerstaatlichen Recht nicht einheitlich bestimmt. Es ergeben sich vielfältige Abweichungen, zB zwischen dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), dem Sozialgesetzbuch (SGB), der Abgabenordnung (AO) und dem Wehrpflichtrecht (vgl ua BSGE 27, 88 = SozR Nr 5 zu § 1319 RVO; BFH BStBl 1966 III S 522; BVerwGE 28, 193, 194; BGH JR 19, 84, 62; ferner Burdenski/von Maydell/Schellhorn, SGB-AT, 2. Aufl, § 30 Anm 33 ff; Fichte, SozVers 83, 181, 183; §§ 8, 9 AO; Gagel, Kommentar zum AFG, § 130 RdNr 19 ff). Es hängt dabei entscheidend von dem Zweck der einzelnen Regelung ab und von der Funktion, die die genannten Begriffe innerhalb der jeweiligen Regelung haben, nach welchen Kriterien insbesondere der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts zu bestimmen ist; das gleiche gilt für die Fragen, ob es etwa mehrere gewöhnliche Aufenthaltsorte geben kann (vgl dazu einerseits BSGE 27, 88, 89, andererseits BFH aaO), ob zwischen erstmaliger Begründung des Aufenthalts und der Beibehaltung eines Aufenthalts bei Auslandstätigkeit zu unterscheiden ist, ferner, ob es um einen Anspruch auf Leistungen, die Zuständigkeit einer Behörde oder – wie hier – die Einräumung einer an die Verfolgung anknüpfenden Befugnis geht.

Die Bedeutung, die hiernach dem Zweck und der Funktion der genannten Begriffe im Rahmen ihres jeweiligen Regelungszusammenhangs für die Auslegung zukommt, schließt es aus, ohne weiteres auf die zu anderen Rechtsvorschriften ergangene Rechtsprechung zurückzugreifen (und auch die vorliegende Entscheidung auf andere Abkommen oder innerstaatliche Rechtsvorschriften zu übertragen).



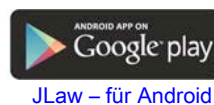
Das Bundessozialgericht hat sich zu Art 3 DISVA oder einer vergleichbaren Vorschrift des innerstaatlichen Sozialversicherungsrechts noch nicht geäußert. Im vorliegenden Fall geht es allein um die Auslegung des Art 3 DISVA und - da der Kläger vor seiner Versetzung auf einen Auslandsposten zweifelsfrei seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Israel hatte - nur um die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein gewöhnlicher Aufenthalt, der in einem der Vertragsstaaten bereits begründet war, durch einen Auslandsaufenthalt beendet wird. Nicht zu entscheiden ist mithin hier darüber, welche Anforderungen an die erstmalige Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts in einem Vertragsstaat zu stellen sind.

Zur Beendigung eines bestehenden gewöhnlichen Aufenthalts hat der BGH in dem schon genannten, zum internationalen Unterhaltsrecht ergangenen Urteil vom 5. Februar 1975 entschieden, daß durch eine zeitweilige Abwesenheit, auch von längerer Dauer, der gewöhnliche Aufenthalt normalerweise nicht aufgehoben wird, "sofern die Absicht besteht, an den früheren Aufenthaltsort zurückzukehren" (aaO S 1068, rechte Spalte unten; ebenso Kegel in Soergel, BGB Einführungsgesetz, 11. Aufl, Art 29 RdNr 39 Anm 2 mit zahlreichen weiteren Nachweisen).

Der erkennende Senat hält die Weiterentwicklung dieses Gedankens im Bereich des DISVA für geboten. Der Sinn der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt liegt im Rahmen des DISVA darin, alle, andererseits aber auch nur diejenigen Personen zu erfassen, die eine gefestigte Beziehung zum Gebiet eines der Vertragsstaaten haben. Dazu zählen nicht nur Personen, die sich tatsächlich im



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

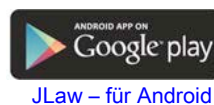


wesentlichen dort aufhalten, sondern auch diejenigen, die nur im Ausland verweilen, um dort eine berufliche Tätigkeit für ihren inländischen Dienstherrn oder Arbeitgeber auszuüben, und die daher beabsichtigen, sobald diese Tätigkeit es erfordert oder zuläßt, wieder an ihren inländischen Aufenthaltsort zurückzukehren. Nur die Einbeziehung auch dieses Personenkreises gewährleistet in Fällen der vorliegenden Art (Beschäftigung von israelischen Diplomaten im Ausland) eine willkürfreie, gleichmäßige Rechtsanwendung, da nur so das Recht zur Nachentrichtung von dem - zufälligen - Umstand unabhängig gemacht wird, wo sich ein Angehöriger des israelischen diplomatischen Dienstes bei Ablauf der Antragsfrist für die Beitragsnachentrichtung (31. Dezember 1975) gerade aufgehalten hat, ob in der Zentrale in Israel oder auf einem Auslandsposten. Auch ein damals im Ausland befindlicher Bediensteter mußte jederzeit damit rechnen, wieder in die Heimat zurückberufen zu werden, und konnte deshalb in aller Regel bei Antritt der Auslandstätigkeit keine andere Absicht haben als die einer Rückkehr bei Beendigung seiner Mission, spätestens bei Eintritt in den Ruhestand. Er behielt deshalb trotz seiner Verwendung im Ausland seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Israel (vgl auch Heinrichs bei Palandt aaO, § 7 BGB, Anm 1, wonach Exterritoriale nach hM so behandelt werden, als wären sie im Heimatlande wohnen geblieben; Staudinger - Coing - Habermann, Komm zum BGB, 12. Aufl, Vorbem zu §§ 7 - 11, RdNr 17; aA Frank, DAngVers 1981, 108).

Unerheblich ist hiernach, wie lange sich der Bedienstete an dem genannten Stichtag schon im Ausland aufgehalten hatte, ob er ne-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



ben einer Wohnung an seinem ausländischen Dienstort eine Wohnung in Israel beibehalten hatte, wie oft und für welche Zeiträume er in einer solchen Wohnung seinen Heimaturlaub zu verbringen pflegte und wie eng im übrigen seine Verbindungen zur Heimat trotz des Auslandsaufenthalts geblieben waren. Abgesehen davon, daß eine ausreichende Klärung aller dieser Umstände häufig schwierig wäre, würden auch insoweit nicht selten Zufälligkeiten über das Bestehen eines Nachentrichtungsrechts entscheiden, was nach Ansicht des Senats wegen der oft erheblichen Bedeutung dieses Rechtes, besonders für Verfolgte, unangemessen wäre.

Mit dieser Regelung werden auch die Angehörigen des israelischen diplomatischen Dienstes nicht gegenüber sonstigen israelischen Staatsangehörigen bevorzugt. Auch diese behalten nämlich ihren gewöhnlichen Aufenthalt iS von Art 3 Abs 1 DISVA in Israel, wenn sie ihn bei Antritt eines Auslandsaufenthalts, insbesondere bei Entsendung auf eine ausländische Arbeitsstelle, bereits besaßen und in diesem Zeitpunkt die - auch später nicht aufgegebene - Absicht hatten, nach Erreichung des mit dem Auslandsaufenthalt verfolgten Zwecks wieder in die Heimat zurückzukehren.

Dem Nachentrichtungsbegehren des Klägers steht nicht entgegen, daß er die in Art 2 § 49a Abs 3 Satz 1 AnVNG bestimmte Frist zur Antragstellung (31. Dezember 1975) nicht eingehalten hat. Er hat den Antrag vielmehr erst wesentlich später gestellt. Die Beklagte hat ihn jedoch so zu stellen, als ob er den Antrag fristgemäß gestellt hätte (Herstellungsanspruch). Dieser Anspruch ist von der Rechtsprechung entwickelt worden (dazu insbesondere die Ur-



teile des Senats BSGE 41, 126 = SozR 7610 § 242 Nr 5 und BSGE 49, 76 = SozR 2200 § 1418 Nr 6; ferner BSGE 50, 12, 13/14 = SozR 2200 § 313 Nr 6; BSGE 50, 88, 91 = SozR 5750 Art 2 § 51a Nr 39; BSGE 51, 89, 92 = SozR 2200 § 381 Nr 44; BSGE 52, 145, 147/48 = SozR 1200 § 14 Nr 12; BSGE 54, 193, 197 ff = SozR 7290 § 72 Nr 7). Er besteht, wenn ein Versicherungsträger gegenüber einem Versicherten Pflichten aus einem Sozialrechtsverhältnis - vor allem Auskunftspflichten und Beratungspflichten - verletzt und ihm dadurch sozialrechtlich einen Schaden zugefügt hat, den der Versicherungsträger durch eine - gesetzlich zulässige (vgl dazu noch BSGE 55, 261 = SozR 2200 § 1303 Nr 27) - Amtshandlung ausgleichen kann, die den Zustand herstellt, der ohne die Pflichtverletzung eingetreten wäre. Im vorliegenden Fall räumt die Beklagte ein, daß der Kläger aufgrund ihrer früheren Verwaltungspraxis einen Herstellungsanspruch hat, sofern er Ende 1975 seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Israel hatte. Nachdem diese Frage, wie dargelegt, zu bejahen ist, greift der Anspruch durch.

Die Nachentrichtung gemäß Art 2 § 49a Abs 2 AnVNG bezieht sich im vorliegenden Fall nur auf die 60 Monate von Januar 1969 bis Dezember 1973. Für die Zeit vorher folgt sie aus § 10a WGSVG, für den das zum Herstellungsanspruch Ausgeführte entsprechend gilt. Dabei ist das Urteil des SG indes dahin zu verstehen, daß die Beklagte den Kläger zur Nachentrichtung für die Zeit vor 1969 nur und erst dann zuzulassen braucht, wenn die Nachentrichtung für die 60 Monate von Januar 1969 bis Dezember 1973 durchgeführt ist. Denn erst dann hat der Kläger die von § 10a Abs 1 Satz 1 WGSVG geforderte Vorversicherungszeit aufzuweisen.



-13-

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)