

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
1. September 1999

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: B 9 SB 1/99 R

.....,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

Land Berlin,
vertreten durch das Landesamt für Gesundheit und Soziales Berlin,
Oranienstraße 106, 10969 Berlin,

Beklagter und Revisionskläger.

Der 9. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom
1. September 1999 durch den Vorsitzenden Richter K u m m e r , die Richter
Dr. K o c h e r und D a u sowie die ehrenamtlichen Richter K u s c h e l
und F r a n k e
für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landessozialgerichts Berlin
vom 17. Dezember 1998 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat der Klägerin auch die außergerichtlichen Kosten des Revi-
sionsverfahrens zu erstatten.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

G r ü n d e :

I

Die Klägerin ist albanische Volkszugehörige aus (Rest-)Jugoslawien (Kosovo). 1992 verlor sie durch eine Granatexplosion beide Beine. Seit September 1992 lebt die Klägerin in Berlin. Die Ausländerbehörde hat ihr fortlaufend Duldungen nach § 55 Ausländergesetz (AuslG) erteilt, jeweils befristet auf drei bis sechs Monate.

Der Beklagte lehnte den am 15. Mai 1996 gestellten Antrag der Klägerin ab, bei ihr eine Behinderung und die gesundheitlichen Merkmale der Nachteilsausgleiche "aG" (außergewöhnliche Gehbehinderung) und "B" (Notwendigkeit ständiger Begleitung) festzustellen (Bescheid vom 13. Juni 1996; Widerspruchsbescheid vom 2. August 1996). Die Klägerin gehöre nicht zum geschützten Personenkreis nach § 1 Schwerbehindertengesetz (SchwbG), weil sie rechtmäßig in Deutschland weder einen Wohnsitz habe noch sich gewöhnlich aufhalte noch auf einem Arbeitsplatz beschäftigt sei.

Das Sozialgericht (SG) hat den Beklagten verurteilt, die Klägerin bis zur Abschiebungsverfügung als schwerbehindert mit einem Gesamtgrad der Behinderung von 100 anzuerkennen und die medizinischen Voraussetzungen der Merkzeichen "aG" und "B" festzustellen (Urteil vom 22. November 1996). Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen (Urteil vom 17. Dezember 1998). Die Klägerin habe ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich des SchwbG. Hierfür genüge ein von der Rechtsordnung gebilligtes Verweilen in Deutschland, das auch bei einer Duldung nach § 55 AuslG gegeben sei.

Der Beklagte macht mit der Revision geltend, das LSG habe § 1 SchwbG verletzt. Durch Duldungen werde der erforderliche rechtmäßige Aufenthalt nicht begründet. Die Duldung stelle eine einseitige Verzichtserklärung der Ausländerbehörde auf die an sich mögliche und zulässige Abschiebung dar und schaffe im übrigen nur einen vorübergehenden Zustand.

Der Beklagte beantragt,

die Urteile des Landessozialgerichts Berlin vom 17. Dezember 1998 und des Sozialgerichts Berlin vom 22. November 1996 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin ist im Revisionsverfahren nicht vertreten.

II



Die Revision des Beklagten ist nicht begründet.

Die Instanzgerichte haben zu Recht entschieden, daß bei der Klägerin wegen des Verlustes beider Beine im Oberschenkel die gesundheitlichen Voraussetzungen für die Nachteilsausgleiche "aG" und "B" und eine Behinderung mit einem Grad von 100 festzustellen sind. Ohne Erfolg wendet der Beklagte dagegen ein, die Klägerin halte sich als lediglich geduldete Ausländerin in Deutschland - anders als in § 1 SchwbG gefordert - nicht regelmäßig auf und habe hier nicht ihren gewöhnlichen Aufenthalt.

Nach § 30 Abs 3 Satz 2 Sozialgesetzbuch Erstes Buch (SGB I) hat jemand seinen gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, daß er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt. Diese Definition gilt für alle sozialen Leistungsbereiche des SGB, soweit sich nicht aus seinen übrigen Büchern etwas anderes ergibt (§ 37 Satz 1 SGB I). Für das Schwerbehindertenrecht besteht zwar keine Ausnahmeregelung (BSG, Beschluß vom 24. April 1980 - 9 BvS 16/79 - VersorgB 1980, 119). Wegen des Vorbehalts abweichender Regelungen und der unterschiedlichen Funktion des Begriffs innerhalb einzelner Regelungsbereiche geht die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) allerdings davon aus, daß der Begriff des "gewöhnlichen Aufenthalts" nur hinreichend unter Berücksichtigung des Zwecks jeweils des Gesetzes bestimmt werden kann, in welchem der Begriff gebraucht wird. Insbesondere die Frage, wann ein Ausländer seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, ist deshalb für den Bereich verschiedener Sozialgesetze unterschiedlich beantwortet worden (vgl BSGE 71, 78 = SozR 3-2600 § 56 Nr 2; SozR 3-1200 § 30 Nr 15; BSGE 80, 209 = SozR 3-2500 § 10 Nr 12; BSGE 82, 23, 24 = SozR 3-2600 § 56 Nr 11).

Die Klägerin hat ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich des SchwbG, weil hier der Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen ist und sie sich in Deutschland bis auf weiteres (nicht nur vorübergehend) iS eines zukunfts offenen Verbleibs aufhält. Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen nach § 30 Abs 3 Satz 2 SGB I setzt zwar regelmäßig eine ausländerrechtliche Aufenthaltsposition voraus, die beim Ausländer so offen ist, daß sie - wie bei einem Inländer - einen Aufenthalt auf unbestimmte Zeit möglich macht. Denn andernfalls hätte es der Ausländer trotz faktisch andauerndem Verbleiben und einem entsprechenden Bleibewillen nicht in der Hand, über die Dauer seines Aufenthalts im Inland frei zu bestimmen. Ein Ausländer wird sich deshalb regelmäßig nicht gewöhnlich in Deutschland aufhalten, wenn sein Aufenthalt hier nur gestattet oder geduldet ist. Indem die Aufenthaltsgestattung (§ 55 Asylverfahrensgesetz <AsylVfG>) und die Duldung (§ 55 AuslG) an einen vorübergehenden Zweck anknüpfen (Durchführung des Asylverfahrens) bzw in der Absicht erteilt werden, den Aufenthalt mit Wegfall des zeitweise bestehenden Hindernisses zu beenden, sollen sie gerade keinen Aufenthalt auf Dauer möglich machen (vgl BSGE 82, 23, 25 = SozR 3-2500 § 26 Nr 11). Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt bei Asylbewerbern wie bei geduldeten Ausländern aber dennoch vor, wenn andere



Umstände ergeben, daß sie sich gleichwohl auf unbestimmte Zeit in Deutschland aufhalten werden.

Einen solchen Umstand hat die Rechtsprechung angenommen, wenn ein Asylbewerber auch bei endgültiger Ablehnung seines Asylantrages nicht mit Abschiebung zu rechnen braucht (BSGE 63, 47 = SozR 5870 § 1 Nr 14; SozR 3-1200 § 30 Nr 15). Hier liegt es ebenso. Wie das LSG festgestellt hat, stehen einer freiwilligen Ausreise der Klägerin in ihr Heimatland ebenso wie auch ihrer Abschiebung Hindernisse entgegen, die sie nicht zu vertreten hat: Eine dauerhafte medizinische Versorgung ist im Kosovo auf unabsehbare Zeit nicht gesichert. Damit steht von vornherein fest, daß die Klägerin auch nach Ablauf der jeweils für drei bis sechs Monate erteilten Duldungen nicht abgeschoben werden wird. Der Beklagte hat die insoweit im Berufungsurteil getroffenen Feststellungen nicht mit zulässigen und begründeten Verfahrensrügen angegriffen. Die Feststellungen sind deshalb für den Senat bindend (§ 163 Sozialgerichtsgesetz <SGG>). Soweit der Beklagte unter Hinweis auf Rechtsprechung des BSG (BSGE 82, 23, 28 f = SozR 3-2500 § 26 Nr 11) geltend macht, es lasse sich nicht einschätzen, ob eine Abschiebung der Klägerin auf Dauer nicht in Betracht komme, legt er lediglich den vom BSG in der zitierten Entscheidung gefundenen Rechtsmaßstab dar, wonach ein "Abschiebehindernis auf unabsehbare Zeit" nicht schon dann vorliegt, "wenn sich die dafür maßgebliche Situation insoweit nicht einschätzen läßt". Genau hierzu hat sich das LSG - im Unterschied zu dem zitierten Fall - in der Lage gesehen.

Der Senat läßt offen, ob das Schwerbehindertenrecht einen nicht nur vorübergehenden Aufenthalt iS des § 30 Abs 3 Satz 2 SGB I allgemein auch dann annimmt, wenn der weitere Verbleib nach dem ausländerrechtlichen Status nicht zukunfts offen ist. Auf eine solche "Einfärbung" des Begriffs gewöhnlicher Aufenthalt im Schwerbehindertenrecht könnte § 6 Abs 5 der Schwerbehindertenausweisverordnung hinweisen. Danach ist die Gültigkeitsdauer eines Schwerbehindertenausweises bei nichtdeutschen Schwerbehinderten, deren Aufenthaltsgenehmigung, Aufenthaltsgestattung oder Arbeitserlaubnis befristet ist, bis zum Ablauf des Monats der Frist zu befristen. Damit scheinen Asylbewerber generell in den Geltungsbereich des SchwbG einbezogen zu sein, obwohl ihnen eine Aufenthaltsgestattung nach § 55 AsylVfG nur für das - zeitlich begrenzte - Asylverfahren erteilt wird und sie damit nicht über ein auf Dauer gesichertes Aufenthaltsrecht verfügen.

Die Klägerin hält sich auch rechtmäßig im Geltungsbereich des SchwbG auf.

Das Gesetz schützt alle Personen, die eine feste Verbindung zum Territorium der Bundesrepublik Deutschland haben, ohne zwischen deutschen Staatsangehörigen und Ausländern zu unterscheiden. Schwerbehinderter ist jedermann, der hier rechtmäßig seinen Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Arbeitsplatz hat (§ 1 SchwbG). Das Tatbestandsmerkmal "rechtmäßig" bezieht sich auf alle drei Alternativen (vgl BT-Drucks 7/1515, S 8).



Durch diese Regelung werden Ausländer aber mittelbar - ohne an die fremde Staatsangehörigkeit anzuknüpfen - anders als Deutsche behandelt: Während der gewöhnliche Aufenthalt deutscher Staatsangehöriger in Deutschland immer rechtmäßig ist, hängt dies bei Nichtdeutschen von ihrem ausländerrechtlichen Status ab. Nach dem - vom Beklagten auch für das Schwerbehindertenrecht uneingeschränkt als maßgeblich angesehenen - AuslG bedürfen Ausländer für die Einreise und den Aufenthalt im Bundesgebiet einer Aufenthaltsgenehmigung, die als Aufenthaltserlaubnis, Aufenthaltsberechtigung, Aufenthaltbewilligung oder als Aufenthaltsbefugnis erteilt wird (§ 3 Abs 1, § 5 AuslG). Die Klägerin hat keine Aufenthaltsgenehmigung, ihr Aufenthalt ist lediglich geduldet. Unter Duldung versteht das AuslG die zeitweise Aussetzung der Abschiebung eines Ausländers (§ 55 Abs 1 AuslG). Seine Pflicht zur Ausreise bleibt dadurch unberührt (§ 56 Abs 1 AuslG), sein Aufenthalt wird durch die Duldung nicht rechtmäßig (vgl BVerwGE 105, 232; BVerwG, DVBl 1999, 106; Kanein/Renner, Ausländerrecht, 6. Aufl 1993, § 56 AuslG RdNr 2; Funke-Kaiser in GK-Ausländerrecht, Stand Oktober 1995, § 55 AuslG RdNr 2, 5; Renner, Ausländerrecht in Deutschland, 1998, RdNr 685; Westphal/Stoppa, NJW 1999, 2137, 2139).

Dieser Konstruktion des AuslG, die einem Ausländer den Aufenthalt in Deutschland ohne Gesetzesverstoß ermöglichen soll (BVerwGE 59, 13, 17; BVerwG, NVwZ 1984, 591), aber einen solchen Aufenthalt gleichwohl als nicht rechtmäßig qualifiziert, folgt das Schwerbehindertenrecht nur eingeschränkt. Anders als das Opferentschädigungsrecht (vgl § 1 Abs 5 Satz 2 Opferentschädigungsgesetz <OEG>) koppelt sich das Schwerbehindertenrecht zwar nicht ausdrücklich vom Verständnis nur des nach ausländerrechtlichen Bestimmungen genehmigten Aufenthaltes als eines rechtmäßigen ab. Das SchwbG würde aber zu seinen eigenen Zielen in unlöslichen Widerspruch geraten, wenn es eine bestimmte Gruppe auf unabsehbare Zeit in Deutschland lebender ausländischer Behinderter wegen ihrer fremden Staatsangehörigkeit auf Dauer von Hilfen zur Eingliederung in die Gesellschaft ausschliesse. Das wäre auch nicht mit der Verfassung vereinbar.

Aus dem Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes (Art 20 Abs 1, Art 28 Abs 1 Satz 1 GG) ergibt sich die Verpflichtung der staatlichen Gemeinschaft, körperlich oder geistig behinderte Menschen so weit wie möglich in die Gesellschaft einzugliedern (BVerfGE 40, 121, 133; s a Spranger, SuP 1998 mit umfangreichen Nachweisen). Dies gehört zu den sozialen Leitvorstellungen des SGB (§ 10 Abs 1 SGB I) und diesem Ziel dienen die Hilfen und Vergünstigungen des SchwbG, wie sich aus den Materialien (BT-Drucks 7/656, S 20) und dem programmatischen Titel "Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft" ergibt. Aus dem Kreis der danach Berechtigten dürfen Ausländer weder generell noch bestimmte Gruppen von Ausländern für einen unverhältnismäßig langen Zeitraum ausgeschlossen werden. Denn das Grundgesetz fordert die Eingliederung Behinderter ohne Unterschied für Deutsche und für Ausländer. Es läßt dem Gesetzgeber im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit zwar die Wahl, mit welchen Mitteln, mit



welcher Intensität und in welchem Umfang er die Eingliederung Behinderter betreibt. Der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit bei Erfüllung des grundgesetzlichen Förderungs- und Integrationsauftrages sind aber insbesondere aus Art 1 Abs 1, Art 2 Abs 2 Satz 1, Art 3 Abs 1 und Art 20 Abs 1 GG Grenzen gezogen. Es widerspräche der Zielvorstellung sozialer Gerechtigkeit als einem leitenden Prinzip aller staatlichen Maßnahmen (BVerfGE 5, 85, 198), den Kreis der einzugliedernden Behinderten ohne sachlichen Grund zu begrenzen. Der dauerhafte Ausschluß auf unabsehbare Zeit in Deutschland lebender ausländischer Behinderter von den Vergünstigungen des SchwbG wäre in diesem Sinne sachwidrig. Das Integrationsbedürfnis ausländischer Behinderter und - spiegelbildlich - die Verpflichtung der staatlichen Gemeinschaft, diese Gruppe einzugliedern, ist für die erste Zeit eines Aufenthaltes in Deutschland gering. Das rechtfertigt es, einen ausländischen Besucher auch bei mehr als einjährigem Aufenthalt (vgl. Deutscher Bundestag, 7. Wahlperiode, Kurzprotokolle des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, S 24/5) trotz Blindheit oder Hilflosigkeit nicht unentgeltlich im öffentlichen Personennahverkehr zu befördern. Je länger der Aufenthalt des behinderten Ausländers in Deutschland aber dauert, um so weniger lassen sich ihm die Vergünstigungen des SchwbG nur deshalb vorenthalten, weil sein Aufenthalt iS des AuslG nicht rechtmäßig ist.

Bei der gesellschaftlichen Integration Behinderter handelt es sich um eine Aufgabe, die nur durch unverzügliche, umfassende und dauernde Maßnahmen bewältigt werden kann. Die Eingliederung Behinderter läßt sich insoweit mit der Erziehungshilfe vergleichen, auf die ausländische Jugendliche nach § 6 Abs 2 Sozialgesetzbuch - Achtes Buch - auch dann Anspruch haben, wenn sie sich nicht rechtmäßig, aber aufgrund einer ausländerrechtlichen Duldung gewöhnlich im Inland aufhalten. Die Regelung ist im Gesetzgebungsverfahren damit begründet worden, daß Jugendliche, die nach ihrem ausländerrechtlichen Status (Duldung) noch nicht abgeschoben werden können oder wegen der tatsächlichen Gegebenheiten noch nicht abgeschoben werden, nicht jahrelang ohne die für sie notwendige Erziehung gelassen werden können (BT-Drucks 11/5948, S 124). Ebenso wenig können in Deutschland geduldete Behinderte nach dem aufgezeigten Zweck des SchwbG jahrelang nur deshalb ohne die für sie notwendigen Eingliederungshilfen bleiben.

Deshalb ist die Forderung des § 1 SchwbG nach einem "rechtmäßigen" gewöhnlichen Aufenthalt von Ausländern - abweichend vom AuslG - nicht erst erfüllt, wenn die Ausländerbehörde eine Aufenthaltsgenehmigung erteilt hat. Gleichzustellen ist der jahrelang geduldete Aufenthalt eines Ausländers, dessen Abschiebung nicht abzusehen ist und bei dem die Rechtsvoraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis nach § 30 Abs 3 AuslG vorliegen. Denn in einem solchen Fall ist die Duldung zu einem Aufenthaltsrecht "zweiter Klasse" entfremdet worden, mit dem anstelle der Aufenthaltsgenehmigung humanitär motivierte und/oder politisch erwünschte Daueraufenthalte von Ausländern möglich gemacht werden. Funktionell steht die Duldung dann - für das Schwerbehindertenrecht - einer Aufenthaltsgenehmigung gleich.



Wie sich aus den Materialien zum AuslG vom 9. Juli 1990 (BGBl I, S 1354) ergibt (vgl BT-Drucks 11/6321, S 76), sollte die Duldungserteilung nach neuem Recht von bestimmten benannten Voraussetzungen abhängig gemacht werden und das herkömmliche ausländerrechtliche Institut der Duldung so auf seine eigentliche Zweckbestimmung zurückgeführt werden: Anders als sehr häufig in der Vergangenheit sollte die Duldung nicht mehr die Funktion eines minderen Ersatzes für einen aufenthaltsrechtlichen Titel darstellen (vgl zur Rechtsentwicklung BVerwGE 105, 232). Dieses Vorhaben des Gesetzgebers hätte angesichts der in § 55 Abs 3 AuslG unvermeidlich sehr weit und allgemein umschriebenen Voraussetzungen in der Praxis nur dann - ausnahmslos - gelingen können, wenn das zugleich neu geschaffene Rechtsinstitut der Aufenthaltsbefugnis genutzt und die dort eingeräumten Ermessensspielräume ausgeschöpft würden. Bei sehr restriktiver Praxis der Ausländerbehörden übernimmt auch die Duldung nach neuem Recht wieder die Funktion eines zweitklassigen aufenthaltsrechtlichen Titels (vgl Funke-Kaiser aaO RdNr 1).

Jedenfalls ist bei der Klägerin das Ausländerrecht in diesem Sinne gehandhabt worden. Ihr Aufenthalt in Deutschland war bereits zur Zeit der Antragstellung im Mai 1996 seit mehr als dreieinhalb Jahren geduldet, die zuständige Ausländerbehörde hat trotz einer anderslautenden Empfehlung ihres "Beratungsgremiums für ausländerrechtliche Härtefälle" keine Aufenthaltsbefugnis erteilt und nach den unangegriffenen Feststellungen des LSG stehen einer freiwilligen Ausreise der Klägerin ebenso wie ihrer Abschiebung auf nicht absehbare Zeit von ihr nicht zu vertretende Hindernisse entgegen. Angesichts dieser Besonderheiten des vorliegenden Falles brauchte der Senat nicht zu entscheiden, wie lang die Zeit geduldeten Aufenthalts mindestens sein muß, bevor der Ausländer in den Schutzbereich des SchwbG einbezogen wird und ob diese Frist etwa nach dem Vorbild des § 1 Abs 5 Satz 1 Nr 1 OEG oder des § 2 Abs 1 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) mit drei Jahren bemessen werden kann (vgl zur verfassungsrechtlichen Diskussion Fritz/Vormeier/Hohm, GK-AsylbLG, Stand November 1988, § 2 RdNr 37 ff und Sieveking in Barwig ua, Sozialer Schutz von Ausländern in Deutschland, 1996, 295 ff jeweils mwN).

Der Senat hatte auch nicht zu entscheiden, ob das SG den Beklagten zu Recht zur befristeten Feststellung der Behinderung ("bis zur Abschiebungsverfügung") verurteilt hat. Denn die Klägerin hat gegen das - ihr im übrigen günstige - erstinstanzliche Urteil kein Rechtsmittel eingelegt.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 193 SGG.

