



**Im Namen des Volkes**

**Urteil**

**in dem Rechtsstreit**

**Eingegangen**

**02. Juli 2010**

**RAe Wohlfarth & Kollegen**

**Az: B 9 SB 2/09 R**

**S 13 SB 7860/07 (SG Stuttgart)**

Prozessbevollmächtigte:

Kläger und Revisionskläger,

Rechtsanwälte Wohlfarth, Dr. Gutmann,  
Pitterle und Zeller,  
Olgastraße 1 B, 70182 Stuttgart,

**g e g e n**

Land Baden-Württemberg,  
vertreten durch das Regierungspräsidium, Landesversorgungsamt,  
Ruppmannstraße 21, 70565 Stuttgart,

Beklagter und Revisionsbeklagter.

Der 9. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am  
29. April 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Loytved, die  
Richter Kruschinsky und Dr. Knörr sowie die ehrenamtlichen  
Richter Mayer und Franke  
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom  
20. Mai 2009 sowie der Bescheid des Beklagten vom 25. Juli 2007 in der Gestalt  
des Widerspruchsbescheides vom 11. Oktober 2007 aufgehoben.

Der Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten des Klägers für alle Rechtszüge.

Gründe:

I

- 1 Streitig ist die Aufhebung eines Feststellungsbescheides nach dem Schwerbehindertenrecht bei einem Ausländer, dessen Aufenthalt in Deutschland zunächst gestattet war und seit Juni 2007 nur geduldet ist.
- 2 Der 1957 geborene Kläger ist türkischer Staatsangehöriger kurdischer Volkszugehörigkeit. Er hält sich seit März 2003 in Deutschland auf. Sein Aufenthalt wurde während des letztlich erfolglosen Asylverfahrens gestattet. Unter dem 15.6.2007 wurde dem Kläger eine bis zum 17.9.2007 befristete aufenthaltsrechtliche Duldung erteilt, die in der Folgezeit verlängert wurde.
- 3 Auf den Antrag des Klägers vom 6.5.2004 stellte das beklagte Land durch Bescheid vom 16.8.2004 wegen verschiedener Gesundheitsstörungen einen Grad der Behinderung (GdB) von 50 sowie die Schwerbehinderteneigenschaft fest. Einen Antrag auf Änderung/Erhöhung des GdB lehnte der Beklagte mit Bescheid vom 29.12.2005 ab.
- 4 Nach Bekanntwerden der aufenthaltsrechtlichen Duldung hörte der Beklagte den Kläger durch Schreiben vom 5.7.2007 an und hob mit Bescheid vom 25.7.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11.10.2007 gemäß § 48 SGB X den Bescheid vom 16.8.2004 auf, weil die Voraussetzungen des § 2 Abs 2 SGB IX nicht mehr erfüllt seien. Die Schwerbehinderteneigenschaft im Sinne dieser Vorschrift liege nicht mehr vor, weil der Kläger sich lediglich im Rahmen einer Duldung nach § 60a Aufenthaltsgesetz (AufenthG) in Deutschland aufhalte und damit nicht mehr von einem rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt auszugehen sei. Solche Personen hätten keinen Anspruch auf Feststellungen nach dem SGB IX.
- 5 Die dagegen erhobene Klage hat das Sozialgericht Stuttgart (SG) abgewiesen (*Urteil vom 20.5.2009*). Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die Voraussetzungen gemäß § 2 Abs 2 SGB IX iVm § 30 Abs 3 Satz 2 SGB I seien nicht erfüllt, weil der Kläger im Rahmen der Duldung seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht rechtmäßig im Geltungsbereich des SGB IX habe. Zwar habe das Bundessozialgericht (BSG) im Urteil vom 1.9.1999 - B 9 SB 1/99 R - auch bei einem nur geduldeten Ausländer wegen der besonderen Ziele des Schwerbehindertenrechts dessen nicht nur vorübergehendes Verweilen in Deutschland bejaht, wenn sich aus anderen Umständen ergebe, dass der Ausländer sich auf unbestimmte Zeit in Deutschland aufhalten werde. Wegen der seitdem stattgefundenen Veränderungen im Schwerbehindertenrecht und insbesondere auch im Ausländerrecht ließen sich die vom BSG getroffenen Wertungen heute nicht mehr für Sachverhalte wie den vorliegenden heranziehen.
- 6 Zwar heiße es in der Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktionen von SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zu § 2 SGB IX (*BT-Drucks 14/5074, S 99*), auf den der Gesetzentwurf der

Bundesregierung vom 12.3.2001 (*BT-Drucks 14/5531, S 5*) verweise, es bleibe auch bei der Klarstellung der Rechtsprechung, dass gewöhnlicher Aufenthalt im Sinne des Absatzes 2 auch bei Asylbewerbern und geduldeten Ausländern vorliege, wenn besondere Umstände ergäben, dass sie sich auf unbestimmte Zeit in Deutschland aufhalten würden. Angesichts der weiteren gesetzgeberischen Aktivitäten ließen sich diese besonderen Umstände jedoch nur für geduldete Personen mit einem Arbeitsplatz iS des § 73 SGB IX begründen (§ 2 Abs 2 SGB IX). Eine weitere Ausdehnung auf den Kreis der geduldeten Personen ohne Arbeitsplatz sei nicht mehr möglich.

- 7 Mit der gesetzlichen Neuregelung der Duldung im Rahmen der Reform des Zuwanderungsrechts zum 1.1.2005 und den darin zum Ausdruck gekommenen Intentionen des Gesetzgebers lasse sich für den Fall einer bloßen Duldung weder mit Blick auf den Begriff der Rechtmäßigkeit noch auf denjenigen des gewöhnlichen Aufenthalts allgemein eine Anspruchsberechtigung nach dem SGB IX herleiten. Die Rechtsfigur der Duldung gemäß § 60a AufenthG lasse sich trotz gleicher Begrifflichkeit letztlich nicht mehr mit derjenigen in der Entscheidung des BSG von 1999 gleichsetzen. Soweit das BSG von "Vergünstigungen des Schwerbehindertengesetzes" spreche, entspreche dieser Begriff nicht mehr dem der Nachteilsausgleiche nach dem SGB IX. Die konzeptionellen Vergünstigungen, die das Schwerbehindertenrecht für andere Rechtsbereiche, etwa das Steuerrecht oder das Arbeitsrecht, mit sich bringe, spielten für lediglich geduldete Ausländer regelmäßig keine Rolle.
- 8 Die Rechtsmittelbelehrung - nach der das Urteil mit der Berufung oder mit der Revision angefochten werden kann - folge aus §§ 143, 144, 161 Abs 1 SGG. In der mündlichen Verhandlung habe der Kläger einen entsprechenden Antrag stellen lassen, dem der Beklagte zugestimmt habe. Nach Ansicht der 13. Kammer habe die vorliegende Rechtssache aufgrund der zu klärenden Fragestellung grundsätzliche Bedeutung. Zudem weiche das Gericht mit der Entscheidung von dem Urteil des BSG aus dem Jahre 1999 ab.
- 9 Der Kläger hat unter Vorlage einer Zustimmungserklärung des Beklagten beim BSG "Sprungrevision" eingelegt. Er macht die Verletzung materiellen Rechts geltend. Der Auffassung des angefochtenen Urteils, er - der Kläger - befinde sich als Inhaber einer Duldung rechtswidrig im Bundesgebiet, könne nicht gefolgt werden. Vielmehr sei festzustellen, dass er sich zwar ohne Aufenthaltstitel im Bundesgebiet aufhalte, dass sein Aufenthalt aber von der Ausländerbehörde wissentlich hingenommen werde und es sich nicht um einen strafbaren Aufenthalt handele. Vor allem spreche sein Krankheitsbild (behandlungsbedürftige Epilepsie nach der Operation eines Hirntumors und chronifizierte depressive Störung bei Verdacht auf organische Persönlichkeitsveränderung und auf posttraumatische Belastungsstörung) dafür, dass er sich den Rest seines Lebens im Bundesgebiet aufhalten werde. Klarer könne ein gewöhnlicher Aufenthalt im Bundesgebiet nicht begründet werden. Das SG verkenne, dass die Duldung kein neues Rechtsinstrument sei, sondern entgegen dem ursprünglichen Gesetzesentwurf ins AufenthG wieder aufgenommen worden sei. Das Fortbestehen des Rechtsinstituts der Duldung spreche gegen einen

Bedeutungswandel. Schon aus diesem Grund würden die vom BSG in seinem Urteil vom 1.9.1999 angestellten Erwägungen fortgelten.

- 10 Wie die Praxis zeige, sei die Duldung unverändert mit der Möglichkeit eines im Extremfall sogar lebenslänglichen Inlandsaufenthalts ohne Aufenthaltstitel verbunden. Die Versuche des Gesetzgebers, zB in §§ 104a, 104b AufenthG einem großen Teil der Betroffenen zu einem besseren Status zu helfen, seien von der Praxis der Exekutive nicht gestützt worden. Schon das zeige, dass es sachwidrig sei, auf unabsehbare Dauer in Deutschland lebende Behinderte von den Vergünstigungen des Schwerbehindertenrechts auszuschließen. Es könne auch keine Rede davon sein, dass die Vergünstigungen für geduldete Ausländer bedeutungslos wären. So könnten Eingliederungshilfen gewährt werden. Der Schwerbehindertenausweis erleichtere und beschleunige das gesamte Verwaltungsverfahren für die Eingliederung seelisch wesentlich behinderter Menschen.
- 11 Soweit das SG einwende, es könne nicht Aufgabe der Versorgungsämter sein, eine Vielzahl von ausländerrechtlichen Erwägungen bei der Erteilung eines Bescheids nach SGB IX zu berücksichtigen, sei zwar einzuräumen, dass sich ein gewisser zusätzlicher Arbeitsaufwand für die Versorgungsverwaltung ergäbe. Insoweit verhalte es sich jedoch ebenso wie mit ärztlichen Befunden, die der Verwaltung auch nicht automatisch vorlägen, sondern beigezogen und eventuell sogar eigenständig erhoben werden müssten.
- 12 Soweit das SG schließlich bei unveränderter Rechtslage eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung mit der Behauptung verlange, diese Rechtsprechung missachte die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, übersehe das Gericht die vom europäischen Gesetzgeber selbst geschaffene Verpflichtung, Behinderte nicht zu diskriminieren.
- 13 Der Kläger beantragt,  
das Urteil des SG Stuttgart vom 20.5.2009 sowie den Bescheid des Beklagten vom 25.7.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11.10.2007 aufzuheben.
- 14 Der Beklagte beantragt,  
die Revision zurückzuweisen.
- 15 Er schließt sich dem angefochtenen Urteil an.
- 16 Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung (§ 124 Abs 2 SGG) einverstanden erklärt.

- 17 Die Revision des Klägers ist zulässig.
- 18 Obwohl das SG die Zulassung der Revision nicht im Tenor des Urteils ausgesprochen hat, ergibt sie sich mit noch hinreichender Deutlichkeit aus den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils. § 161 Abs 1 Satz 1 SGG, wonach den Beteiligten gegen das Urteil eines SG die Revision unter Übergehung der Berufungsinstanz zusteht, wenn der Gegner schriftlich zustimmt und wenn sie von dem SG im Urteil oder auf Antrag durch Beschluss zugelassen wird, verlangt für den Fall der Zulassung im Urteil nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur nicht, dass die Zulassung im Tenor des sozialgerichtlichen Urteils zu erfolgen hat. Die Zulassung im Rahmen der Entscheidungsgründe reicht aus, wenn sie eindeutig durch das Gericht und nicht nur durch dessen Vorsitzenden allein ausgesprochen wird (*Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, § 161 RdNr 6 und § 144 RdNr 39 mit zahlreichen Nachweisen*).
- 19 Ein eindeutiger Ausspruch in diesem Sinne liegt vor, wenn etwa die Aussage "das Gericht lässt die Revision unter Übergehung der Berufungsinstanz zu" in die Entscheidungsgründe aufgenommen wird. Demgegenüber stellt es keinen eindeutigen Ausspruch der Zulassung der Revision dar, wenn das SG allein auf eine entsprechende Rechtsmittelbelehrung, dass die Revision zulässig sei, verweist (*BSG SozR 1500 § 161 Nr 16*). Im vorliegenden Fall hat das SG zwar nicht ausdrücklich die Formulierung von der Zulassung der Revision verwendet. Durch den erfolgten gesonderten Hinweis auf die Rechtsmittelbelehrung, in der auf die Möglichkeit der Anfechtung des Urteils durch Berufung oder Revision hingewiesen wird, die Nennung des § 161 Abs 1 SGG sowie die Beschreibung, dass der Kläger "einen entsprechenden Antrag" - iS des § 161 Abs 1 Satz 1 SGG - habe stellen lassen, dem der Beklagte zugestimmt habe, wird indes noch hinreichend deutlich, dass das SG die sogenannte Sprungrevision zugelassen hat. Zudem ist das SG in seiner Begründung ausdrücklich auf das Vorliegen der Zulassungsgründe einer grundsätzlichen Bedeutung und Abweichung eingegangen und hat erklärt, dass die Revision zum BSG daher mögliches Rechtsmittel sei. Dies reicht insgesamt zur Dokumentation der Revisionszulassung durch die erkennende Kammer des SG aus. Im Übrigen bleibt es - wie der vorliegende Fall zeigt - zur Vermeidung von Unklarheiten und entsprechenden Prozessrisiken für den Revisionskläger nach wie vor tunlich, die Zulassung der Revision im Tenor des Urteils auszusprechen.
- 20 Der Kläger hat die Revision form- und fristgerecht unter Vorlage der schriftlichen Zustimmungserklärung des Beklagten eingelegt und innerhalb der gesetzlichen Frist eine ausreichende Begründung vorgelegt (§ 164 SGG).
- 21 Die Revision des Klägers ist auch begründet.

- 22 Der Gegenstand des Revisionsverfahrens deckt sich, da das Urteil des SG in vollem Umfang angegriffen ist, mit dem des Klageverfahrens. Streitgegenstand ist der Bescheid des Beklagten vom 25.7.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11.10.2007, mit dem der Bescheid vom 16.8.2004 über die Feststellung eines GdB von 50 sowie der Schwerbehinderteneigenschaft aufgehoben worden ist. Statthafte Klageart ist die Anfechtungsklage (§ 54 Abs 1 Satz 1 SGG). Diese ist zulässig und begründet. Das die Klage abweisende Urteil des SG und der angefochtene Verwaltungsakt des Beklagten sind aufzuheben, denn beide vom Beklagten getroffenen Entscheidungen sind rechtswidrig.
- 23 Der Bescheid vom 25.7.2007 ist nicht durch die allein in Betracht kommende Ermächtigungsgrundlage des § 48 Abs 1 Satz 1 SGB X gedeckt. Nach dieser Vorschrift ist ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die bei seinem Erlass vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt. Eine Änderung ist wesentlich, wenn der Verwaltungsakt so, wie er ursprünglich nach der damaligen Sach- und Rechtslage zu Recht erlassen wurde, nach der neuen Sach- oder Rechtslage nicht mehr ergehen dürfte. Maßgebend ist das jeweilige materielle Recht (*stRspr*; BSGE 59, 111, 112 = SozR 1300 § 48 Nr 19; zuletzt BSGE 95, 57 = SozR 4-1300 § 48 Nr 6; Steinwedel in: Kasseler Komm, Stand Januar 2009, § 48 SGB X, RdNr 13; Schütze in: von Wulffen, SGB X, 6. Aufl 2008, § 48 RdNr 5, 6).
- 24 Der Bescheid vom 25.7.2007 ist allerdings nicht schon deshalb rechtswidrig, weil er der Regelung des Bescheides vom 29.12.2005 über die Ablehnung der Feststellung eines höheren GdB als 50 widerspräche. Es kann dahinstehen, ob der Bescheid vom 29.12.2005 unausgesprochen auch die Aussage enthält, dass bis dahin keinerlei wesentliche Änderungen in den für den Bescheid vom 16.8.2004 maßgeblichen Verhältnissen eingetreten seien. Dann würde der Bescheid vom 29.12.2005 allerdings einem nach § 48 Abs 1 SGB X ergangenen Aufhebungsbescheid entgegenstehen, der sich auf Änderungen der Sach- oder Rechtslage bis zum 29.12.2005 bezöge. Indes hat der Beklagte den angefochtenen Bescheid vom 25.7.2007 allein auf eine Änderung der Rechtslage im Jahre 2007 gestützt, so dass es einer etwaigen vorherigen Zurücknahme des Bescheides vom 29.12.2005 nach § 45 Abs 1 SGB X jedenfalls nicht bedurfte.
- 25 Der durch den angefochtenen Verwaltungsakt aufgehobene Bescheid vom 16.8.2004 enthält zwei Verfügungssätze, nämlich einerseits die Feststellung des GdB mit 50 und andererseits die Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft des Klägers. § 2 SGB IX unterscheidet in den in seinen Absätzen 1 und 2 enthaltenen Definitionen die Begriffe Behinderung und Schwerbehinderung. Während nach § 2 Abs 1 SGB IX Menschen behindert sind, 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, 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 einem Arbeitsplatz iS des § 73 SGB IX rechtmäßig im Geltungsbereich dieses Gesetzbuchs haben.

26 Die verwaltungsverfahrenrechtlichen Regelungen in § 69 SGB IX übernehmen diese rechtsbegriffliche Trennung zwischen Behinderung und Schwerbehinderung. Während nach § 69 Abs 1 SGB IX die für die Durchführung des Bundesversorgungsgesetzes zuständigen Behörden auf Antrag des behinderten Menschen das Vorliegen einer Behinderung und den GdB von wenigstens 20 (*s § 69 Abs 1 Satz 5 SGB IX*) feststellen, bestimmt § 69 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.

27 Dadurch dass der Beklagte den Bescheid vom 16.8.2004 vollständig aufgehoben hat, hat er beide darin enthaltene Verfügungssätze (*Regelungen iS des § 31 SGB X*), nämlich sowohl den über die Feststellung des GdB mit 50 als auch den über die Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft beseitigt. Dazu war er nicht befugt. Denn entgegen der Auffassung des Beklagten und des SG ist in den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen, die bei Erlass des Feststellungsbescheides vom 16.8.2004 vorgelegen haben, hinsichtlich beider Verfügungssätze keine wesentliche Änderung der Sach- oder Rechtslage eingetreten.

28 Die Aufhebung der Feststellung des GdB mit 50 lässt sich von vornherein nicht mit einem Wegfall des rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalts des Klägers begründen. Denn dieses Merkmal ist nicht konstitutiv für die Feststellung eines GdB. Der Anspruch eines behinderten Menschen auf Feststellung des GdB richtet sich nach § 2 Abs 1, § 69 SGB IX. Zwar regelt § 30 Abs 1 SGB I, dass die Vorschriften dieses Gesetzbuchs, also aller Bücher 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 Abs 1 SGB I schränkt dieses Prinzip jedoch dadurch ein, dass er die Geltung des Ersten und Zehnten 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 § 69 SGB IX wegen deren dienender Funktion der Fall (*BSG SozR 4-3250 § 69 Nr 5 RdNr 27; BSGE 99, 9 = SozR 4-3250 § 69 Nr 6, jeweils RdNr 21*).

29 Nach der Rechtsprechung des BSG reicht es aus, dass dem behinderten Menschen aus der Feststellung des GdB in Deutschland konkrete Vorteile erwachsen können (*BSG SozR 4-3250 § 69 Nr 5 RdNr 27 f; BSG SozR 4-3250 § 69 Nr 6 RdNr 22 f*). Demgegenüber ist § 2 Abs 2 SGB IX - entgegen der Ansicht des SG - hier nicht einschlägig, weil er sich nur auf die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch bezieht (*vgl dazu auch § 69 Abs 5 SGB IX*). Für den Anspruch auf Feststellung eines GdB genügt danach ein sog Inlandsbezug in dem Sinne, dass der

behinderte Mensch wegen seines GdB Nachteilsausgleiche im Inland in Anspruch nehmen kann. Dazu bedarf es hier keiner besonderen Tatsachenfeststellungen. Ein ausreichender Inlandsbezug ist für den Kläger allein wegen seines tatsächlichen langjährigen Aufenthalts in Deutschland ohne Weiteres anzunehmen. Eine Feststellung dazu, welche konkreten Nachteilsausgleiche, Vergünstigungen oder sonstigen Vorteile für den Kläger dabei in Betracht kommen, ist nicht erforderlich (*s dazu BSG SozR 4-3250 § 69 Nr 8*).

30 Sonstige Änderungen, die eine Aufhebung der Feststellung des GdB mit 50 rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Dies gilt insbesondere in Bezug auf den Gesundheitszustand des Klägers und die bei ihm festgestellten Funktionsstörungen. Entsprechende Tatsachen sind vom Beklagten zur Begründung des angefochtenen Bescheides nicht angeführt worden und werden von ihm bis heute nicht geltend gemacht. Auch wenn tatsächliche Feststellungen des SG zur Höhe des GdB des Klägers vollständig fehlen, erübrigt sich daher eine Zurückverweisung der Sache zur ergänzenden Aufklärung des Sachverhalts.

31 Hinsichtlich der mit Bescheid vom 16.8.2004 erfolgten Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft des Klägers fehlt es - bezogen auf den insoweit maßgeblichen Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung (*vgl dazu Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, § 54 RdNr 3 mwN*) - ebenfalls an einer wesentlichen Änderung. Insbesondere ist durch die im Jahre 2007 nach Abschluss des Asylverfahrens erfolgte Änderung des aufenthaltsrechtlichen Status des Klägers, der seitdem nur noch im Besitz einer aufenthaltsrechtlichen Duldung ist, dessen Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch iS des § 2 Abs 2 SGB IX nicht entfallen. Nach dieser Vorschrift sind Menschen schwerbehindert, wenn bei ihnen ein GdB von wenigstens 50 vorliegt und sie ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz iS des § 73 SGB IX rechtmäßig im Geltungsbereich dieses Gesetzes haben. Damit umschreibt § 2 Abs 2 SGB IX den begünstigten Personenkreis in einer Weise, die von dem in § 30 Abs 1 SGB I verankerten Territorialitätsprinzip abweicht (*vgl § 37 Abs 1 SGB I*). Dies zeigt sich schon daran, dass er neben Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt auch einen Arbeitsplatz im Inland ausreichen lässt, wobei das Merkmal "rechtmäßig" eine zusätzliche Besonderheit darstellt. Insgesamt wird diese Bestimmung vom Sinn und Zweck des Schwerbehindertenrechts geprägt. Der allgemeinen Aufgabenstellung der §§ 10 und 29 SGB I folgend hat sich der Staat nach § 1 SGB IX die Pflicht auferlegt, alle Menschen mit Behinderungen - grundsätzlich unabhängig von ihrem aufenthaltsrechtlichen Status - durch einen möglichst weitgehenden Ausgleich ihrer Behinderung in die Gesellschaft zu integrieren.

32 Nach der allgemeinen Regelung des § 30 Abs 3 Satz 1 SGB I hat jemand einen Wohnsitz dort, wo er eine Wohnung unter Umständen innehat, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird. Dabei ist entscheidend, ob ein an den objektiven Verhältnissen zu messender realisierbarer Wille vorhanden ist, an einem bestimmten Ort zu wohnen (*vgl hierzu Irmén in Hambüchen, Kindergeld/Erziehungsgeld/Elternzeit, Stand April 2007, § 1 BErzGG, RdNr 29*). Den gewöhnlichen Aufenthalt hat demgegenüber 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). Die Rechtsprechung des BSG beantwortet die Frage, wann diese Voraussetzungen vorliegen, allein nach den tatsächlichen Umständen, ohne, wie etwa die §§ 7 bis 11 BGB, die Geschäftsfähigkeit der betroffenen Person zu berücksichtigen. Zudem bezieht die Rechtsprechung des BSG auch ein prognostisches Element ein. Die Bejahung eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts in Deutschland nach § 30 Abs 3 SGB I hängt danach von einer Prognose über die Dauer des Aufenthalts einer Person in Deutschland ab (vgl hierzu *Schlegel in juris PK-SGB I, 1. Aufl 2005, § 30 RdNr 55; Mrozynski, SGB I, 3. Aufl 2003, § 30 RdNr 14 ff, jeweils mwN*). Bestimmte Zeiträume, die die Annahme des Beibehaltens und Benutzens der Wohnung bzw des nicht nur vorübergehenden Verweilens an einem Ort begründen oder stützen, sind nicht normiert und auch von der Rechtsprechung nicht hergeleitet worden. Der gewöhnliche Aufenthalt kann danach schon am Tag des Zuzugs begründet werden (*s Mrozynski, aaO, § 30 RdNr 19 mwN*).

33 Regelmäßig wird bei nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern, deren Aufenthalt in Deutschland von einer staatlichen Entscheidung über die Art und die Dauer ihres Verbleibens abhängt, der aufenthaltsrechtliche Status auch Einfluss auf die tatsächliche Prognose im Rahmen des § 30 Abs 3 SGB I haben. Insbesondere die aufenthaltsrechtliche Duldung nach § 60a Abs 1 AufenthG, der eine Aussetzung der Abschiebung des nicht aufenthaltsberechtigten Ausländers grundsätzlich für längstens sechs Monate vorsieht, kann der Annahme eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts nach § 30 Abs 3 Satz 2 SGB I entgegenstehen. Diese Verbindung zwischen tatsächlicher Aufenthaltsprognose und aufenthaltsrechtlichem Status eines Ausländers, wie sie zu § 30 Abs 3 SGB I entwickelt worden ist, löst § 2 Abs 2 SGB IX, indem er besonders und eigenständig verlangt, dass der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt "rechtmäßig" sein muss, wobei diese Begriffe durch den Sinn und Zweck des SGB IX geprägt werden.

34 Eine Abweichung von den allgemeinen Begriffen des Wohnsitzes und des gewöhnlichen Aufenthalts in Bezug auf den aufenthaltsrechtlichen Status eines Ausländers hat das BSG nach Maßgabe des § 37 Satz 1 SGB I zB hinsichtlich des Anspruchs auf Bundeserziehungsgeld nach § 1 Abs 1 Bundeserziehungsgeldgesetz (BERzGG) angenommen, weil § 1 Abs 6 BERzGG für nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer besondere Bestimmungen über den notwendigen aufenthaltsrechtlichen Status der anspruchsberechtigten Person enthält (*s BSG, Urteil vom 3.12.2009 - B 10 EG 6/08 R - zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen*). Der nach wie vor in § 1 Abs 1 BERzGG verwendete Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts ist deswegen nur noch danach zu beurteilen, ob der Ausländer in Bezug auf seinen Lebensmittelpunkt ein reales Verhalten im Sinne eines erkennbaren Willens, sich an einem bestimmten Ort in Deutschland aufhalten zu wollen, gezeigt hat (*BSG, aaO*). Entsprechende Modifizierungen der Begriffe des "rechtmäßigen" Wohnsitzes und des "rechtmäßigen" gewöhnlichen Aufenthalts sind wegen der Besonderheiten des Schwerbehindertenrechts auch im Rahmen des § 2 Abs 2 SGB IX geboten.

- 35 Zunächst ist die Rechtmäßigkeit des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts iS des § 2 Abs 2 SGB IX nicht anhand des Aufenthaltsrechts zu beurteilen. Vielmehr bezeichnet sie entsprechend der Zielsetzung des SGB IX die Befugnis des ausländischen behinderten Menschen, am Leben in der deutschen (inländischen) Gesellschaft teilzunehmen. In diesem Sinne ist auch der Aufenthalt von geduldeten Ausländern als rechtmäßig anzusehen. Denn sie sind zwar ausreisepflichtig, aber rechtlich nicht gehindert, sich weiterhin in Deutschland aufzuhalten, solange ihre Abschiebung ausgesetzt ist (*vgl § 60a AufenthG*). Anders ist es selbstverständlich mit Ausländern, die sich illegal in Deutschland aufhalten. Die bei der Prüfung eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts anzustellende Prognose hat sich dementsprechend an den tatsächlichen Verhältnissen des Einzelfalles zu orientieren.
- 36 Das BSG hat schon zum Rechtszustand nach § 1 Schwerbehindertengesetz (SchwbG), der für die Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft ebenfalls einen rechtmäßigen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet verlangte, entschieden, dass das SchwbG behinderte Ausländer auch dann schützt, wenn sie sich nur geduldet seit Jahren in Deutschland aufhalten, ein Ende dieses Aufenthalts unabsehbar ist und die Ausländerbehörde gleichwohl keine Aufenthaltsbefugnis erteilt (*BSG, Urteil vom 1.9.1999 - B 9 SB 1/99 R - BSGE 84, 253 = SozR 3-3870 § 1 Nr 1*). Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts kann danach nur unter Berücksichtigung des Zwecks des jeweiligen Gesetzes hinreichend bestimmt werden, in welchem der Begriff gebraucht ist. Angesichts der Ziele des Schwerbehindertenrechts, nämlich der durch unverzügliche, umfassende und dauernde Maßnahmen zu bewältigenden gesellschaftlichen Integration von behinderten Menschen, liegt, wie das BSG in seiner Entscheidung vom 1.9.1999 zum Ausdruck gebracht hat, auch bei nur geduldeten Ausländern ein nicht nur vorübergehendes Verweilen - und damit ein gewöhnlicher Aufenthalt - vor, wenn andere Umstände ergeben, dass sie sich gleichwohl auf unbestimmte Zeit in Deutschland aufhalten werden. Auch ein nur geduldeter und damit ausländerrechtlich nicht rechtmäßiger Aufenthalt ist danach rechtmäßig im Sinne des SchwbG. Dies ergibt sich im Übrigen aus der aus dem Sozialstaatsprinzip folgenden Verpflichtung der staatlichen Gemeinschaft, körperlich oder geistig behinderte Menschen soweit wie möglich in die Gesellschaft einzugliedern (*BSGE 84, 253, 254 ff = SozR 3-3870 § 1 Nr 1 S 2 ff*).
- 37 An dieser Rechtsprechung ist auch für den Rechtszustand nach dem SGB IX im Grundsatz festzuhalten. Sie hat instanzgerichtlich auch in jüngerer Zeit Zustimmung gefunden (*SG Bremen, Gerichtsbescheid vom 2.5.2006 - S 3 SB 138/04 -; Landessozialgericht <LSG> Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 19.9.2006 - L 10 B 10/06 SB -; SG Lüneburg, Urteil vom 28.3.2007 - S 15 SB 54/05 -; SG Duisburg, Urteil vom 15.6.2007 - S 30 SB 140/04 -; SG Münster, Urteil vom 20.10.2008 - S 2 SB 244/07 -; SG Bremen, Gerichtsbescheid vom 13.8.2009 - S 19 SB 3/09 -; Hessisches LSG, Urteil vom 23.9.2009 - L 4 SB 57/08 -; LSG Nordrhein-Westfalen, angefochtenes Urteil vom 28.10.2009 - L 10 SB 45/08 -; SG Köln, Urteil vom 3.12.2009 - S 31 SB 163/08 -*). Entgegen der Auffassung des SG haben die seit 1999 ergangenen gesetzlichen Änderungen im Schwerbehindertenrecht und im Ausländerrecht die

rechtlichen Grundlagen des Anspruchs nur geduldet in Deutschland lebender behinderter Ausländer auf Feststellung ihrer Schwerbehinderung nicht verändert.

38 Durch die Eingliederung des Schwerbehindertenrechts in das SGB IX - Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen - durch das Gesetz vom 19.6.2001 (*BGBI I 1046*) zum 1.7.2001 hat sich in Bezug auf die Schwerbehinderteneigenschaft materiell-rechtlich nichts geändert. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zum SGB IX (*BT-Drucks 14/5531*) betont in seiner Anlage 1, dass der Text des Gesetzentwurfs und der Begründung gleichlautend mit dem Text auf den Seiten 3 bis 136 der *BT-Drucks 14/5074* sei. Die genannte Drucksache 14/5074 betrifft den Gesetzentwurf der Fraktionen der SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 16.1.2001. Darin wird zu § 2 des Gesetzentwurfs (Behinderung) angemerkt, dass die Abs 2 und 3 inhaltsgleich die bisherigen Regelungen der §§ 1 und 2 Abs 1 SchwbG übertrügen. Infolgedessen blieben die Feststellungsbescheide der für die Durchführung des Bundesversorgungsgesetzes zuständigen Behörden unbeschadet terminologischer Änderungen weiterhin wirksam. Ferner ist ausgeführt, dass es auch bei der Klarstellung der Rechtsprechung bleibe, dass gewöhnlicher Aufenthalt im Sinne des Abs 2 auch bei Asylbewerbern und geduldeten Ausländern vorliege, wenn besondere Umstände ergäben, dass sie sich auf unbestimmte Zeit in Deutschland aufhalten würden (*s BT-Drucks 14/5074, S 99*). Abgesehen von dem wortlautgleichen Inhalt der alten und neuen Vorschriften belegt diese klarstellende Begründung des Gesetzentwurfs, dass es insbesondere bei Asylbewerbern und geduldeten Ausländern bei der bisherigen durch die Rechtsprechung entwickelten Rechtslage verbleiben soll. Gemeint ist damit zweifellos das Urteil des BSG vom 1.9.1999 (*B 9 SB 1/99 R - BSGE 84, 253 = SozR 3-3870 § 1 Nr 1*).

39 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 30.7.2004 (*BGBI I 1950*). Gerade die Neuregelung der sog Duldung (§ 60a *AufenthG*) beinhaltet nach wie vor die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung eines Ausländers. Die Duldung wurde abweichend vom ursprünglichen Gesetzentwurf nicht abgeschafft, ihre Anwendung wurde jedoch zugunsten der humanitären Aufenthaltserlaubnis (§ 25 *AufenthG*) eingeschränkt. Duldungsgründe im Sinne der früheren Vorschrift des § 55 Ausländergesetz sollten leichter und eher zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis führen (*HK-AuslR/Fränkell, § 25 RdNr 3*). Aufenthaltsrechtlich befindet sich der geduldete Ausländer aber nach wie vor in einer Situation, in welcher er nach Ablauf der Duldung jederzeit mit einer Abschiebung rechnen muss. An dieser Beurteilung ändert sich auch dann nichts, wenn über mehrere Jahre hinweg die Duldung immer wieder verlängert worden ist (sog Kettenduldungen), sich der Ausländer also mittlerweile faktisch seit langem in Deutschland aufhält. Nach wie vor ist sein Aufenthalt aufgrund der gemäß § 60a Abs 3 *AufenthG* fortbestehenden Ausreisepflicht aufenthaltsrechtlich rechtswidrig, wenn auch nicht strafbar. Letztlich ist die ausländer- bzw auf-

enthaltsrechtliche Duldung grundsätzlich unverändert geblieben. Auswirkungen auf das Schwerbehindertenrecht sind daher nicht ohne Weiteres und unabhängig von den Umständen des Einzelfalles herleitbar.

40 Die bisherige Rechtsprechung des BSG (*BSGE 84, 253 = SozR 3-3870 § 1 Nr 1*) hat allerdings zur Beurteilung der Frage, ob der geduldete Ausländer nicht nur vorübergehend rechtmäßig in Deutschland verweilt, auf bestimmte Anknüpfungstatsachen abgestellt, die die Annahme stützen, dass er sich auch in Anbetracht einer bloßen Duldung gleichwohl auf unbestimmte Zeit in Deutschland aufhalten werde. Genannt wurden das Bestehen von Abschiebungshindernissen sowie die bisherige jahrelange Duldung des Ausländers. Eine Eingrenzung des Begriffs "jahrelang" wurde nicht vorgenommen, indes für einen mehr als dreieinhalbjährigen geduldeten Aufenthalt bejaht (*BSGE 84, 253, 257 f = SozR 3-3870 § 1 Nr 1 S 6*).

41 Diese Rechtsprechung des BSG aus dem Jahr 1999 hat der Gesetzgeber des SGB IX zwar nicht zum Anlass genommen, den Begriff des rechtmäßigen Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts im Rahmen des § 2 Abs 2 SGB IX selbst näher zu konkretisieren. Andererseits hat er es aber - im Sinne einer Einengung der vom BSG entwickelten allgemeinen Kriterien - unterlassen, die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch - ähnlich der Regelung des § 1 Abs 6 BÉrzGG - nur denjenigen zuzuerkennen, die im Besitz bestimmter Aufenthaltstitel sind, und so die geduldeten Ausländer ausdrücklich auszunehmen. Bei dieser Gesetzeslage ist aus den dem SGB IX immanenten Grundsätzen herzuleiten, dass ein aufenthaltsrechtlich nur geduldeter Ausländer, dessen GdB mindestens 50 beträgt, Anspruch auf Feststellung der Schwerbehinderung hat, wenn sein Aufenthalt in Deutschland voraussichtlich länger als sechs Monate andauern wird. Diese Beurteilung kann als Prognose schon vor Ablauf einer sechsmonatigen Aufenthaltszeit in Deutschland getroffen werden.

42 Die Orientierung an einen Zeitraum von mehr als sechs Monaten ist der Definition der Behinderung in § 2 Abs 1 Satz 1 SGB IX zu entnehmen. Danach sind Menschen 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. Nach § 69 Abs 1 Satz 1 SGB IX stellen auf Antrag des behinderten Menschen die ... zuständigen Behörden das Vorliegen einer Behinderung und den Grad der Behinderung fest. Das Zusammenspiel dieser Vorschriften lässt erkennen, dass das Gesetz typisierend davon ausgeht, dass Funktionsbeeinträchtigungen oder Störungen, die länger als sechs Monate andauern, als die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigend anzusehen sind. Sie lösen Ansprüche auf die in § 1 SGB IX allgemein beschriebenen Leistungen, insbesondere auf Ausgleich und Eingliederung aus. Entsprechendes muss für die Teilhabe von nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern am Leben in der Gesellschaft gelten. Auch sie haben daher Anspruch auf Feststellung ihrer Schwerbehinderung, sobald erkennbar ist, dass bei ihnen die Voraussetzungen des § 2 Abs 1 Satz 1 SGB IX erfüllt sind und die Prognose eines über sechsmonatigen Aufenthalts in

Deutschland gestellt werden kann (vgl. *Welti in Lachwitz/Schellhorn/Welti, HK-SGB IX, 3. Aufl 2010, § 2 RdNr 48*).

43 Die Annahme einer Anspruchsberechtigung von nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern auf Feststellung ihrer Schwerbehinderteneigenschaft, sobald anzunehmen ist, dass sie sich aufenthaltsrechtlich geduldet mehr als sechs Monate in Deutschland aufhalten werden, wird durch das am 1.1.2009 in Kraft getretene Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13.12.2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem fakultativen Protokoll vom 13.12.2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 21.12.2008 (*BGBI II 1419*) untermauert. Damit hat dieses Übereinkommen in Deutschland Gesetzeskraft erlangt (*zur Rechtsnatur von durch den Deutschen Bundestag ratifizierten völkerrechtlichen Verträgen s Jarass in Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl 2009, Art 59 RdNr 17 und 19, jeweils mwN*). Nach Art 1 des Übereinkommens ist es sein Zweck, den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle Menschen mit Behinderungen zu fördern, zu schützen und zu gewährleisten und die Achtung der ihnen innewohnenden Würde zu fördern. Diese Generalklausel wird durch zahlreiche folgende Artikel konkretisiert, und zwar hinsichtlich der Rechte und Grundfreiheiten der Menschen mit Behinderungen und der daraus erwachsenden Verpflichtungen der Vertragsstaaten. Bereits aus Art 1 Abs 1 des Übereinkommens wird deutlich, dass die Vertragsstaaten die Menschenrechte und Grundfreiheiten allen Menschen mit Behinderungen garantieren ("fördern, schützen und gewährleisten"), ohne dass nach deren Staatsangehörigkeit und/oder Aufenthaltsrecht in dem jeweiligen Vertragsstaat differenziert wird.

44 Nach alledem ist auch bei einem aufenthaltsrechtlich nur geduldeten Ausländer, der sich voraussichtlich länger als sechs Monate in Deutschland aufhalten wird, anzunehmen, dass er iS des § 2 Abs 2 SGB IX seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt rechtmäßig im Geltungsbereich des Gesetzes hat. Das trifft für geduldete Ausländer nicht zu, bei denen aufgrund besonderer Umstände ersichtlich ist, dass die Abschiebung gerade erfolgt oder unmittelbar bevorsteht. Für sie kann eine positive Bleibeprognose nicht gestellt werden. Für die Annahme dieser speziellen Situation einer unmittelbar bevorstehenden Abschiebung bedarf es indes der Feststellung konkreter Umstände. Außerdem scheiden danach auch diejenigen Ausländer aus, die sich im Rahmen eines Visums für Touristen, Geschäftsreisende oder für andere kurzfristige Aufenthalte in Deutschland aufhalten (*s § 6 Abs 1 bis 3 AufenthG*).

45 Gemessen an diesen Kriterien hat der Kläger zur Zeit des angefochtenen Verwaltungsakts trotz der aufenthaltsrechtlichen Duldung seinen rechtmäßigen Wohnsitz iS des § 2 Abs 2 SGB X weiter in Deutschland gehabt, denn er hat erkennbar seinen Willen gezeigt, auch in Zukunft diese Wohnung im Inland beibehalten und benutzen zu wollen. Dies hat er dadurch hinreichend dokumentiert, dass er entgegen seiner aufenthaltsrechtlichen Verpflichtung zur Ausreise weiterhin in Deutschland verweilt. Nach den Gesamtumständen eines schon im Juli 2007 weit mehr als vier Jahre andauernden Aufenthalts in Deutschland und der Abwesenheit von Anzeichen für

eine unmittelbar bevorstehende Abschiebung war im Zeitpunkt des Erlasses des Aufhebungsbescheides vom 25.7.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11.10.2007 weiterhin eine positive Aufenthaltsprognose für mehr als sechs Monate zu stellen.

46 Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Loytved

Knörr

Kruschinsky