

Landessozialgericht Hessen

Urteil vom 24.08.2018

I. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 2. September 2015 aufgehoben, soweit es den Beklagten unter entsprechender Aufhebung des Bescheides vom 25. Mai 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. Juli 2005 verurteilt hat, der Klägerin Erziehungsgeld für das Kind D. auch für die Zeit vom 27. Januar 2005 bis 22. Dezember 2005 zu gewähren. Insoweit wird die Klage abgewiesen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

II. Der Beklagte hat der Klägerin deren notwendige außergerichtliche Kosten in beiden Instanzen zu 1/10 zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

T a t b e s t a n d

Zwischen den Beteiligten ist die Zahlung von Erziehungsgeld nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz (BErzGG) für das erste Lebensjahr des Kindes D. streitig.

Die 1977 in Deutschland geborene staatenlose Klägerin ist die Mutter der 2005 geborenen Zwillingkinder C. und D. Die Klägerin stellte im Mai 2005 Antrag auf Erziehungsgeld für das 1. Lebensjahr der beiden Zwillingkinder und gab unter anderem an, sie beziehe Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG). Hierzu legte sie einen Bescheid der Stadt-A vom 2. Mai 2005 vor.

Aus den weiter vorgelegten Unterlagen bzw. der Aktenlage ergibt sich folgendes aufenthaltsrechtliches Bild: Aufgrund ihrer Staatenlosigkeit war die Klägerin zunächst seit dem 23. Februar 1998 im Besitz einer Aufenthaltsbefugnis nach den Vorschriften des bis zum 31. Dezember 2004 geltenden Ausländergesetzes (AuslG). Die zuletzt erteilte Aufenthaltsbefugnis war befristet bis zum 12. Oktober 2005. Keine der dokumentierten Aufenthaltsbefugnisse enthielt eine Nebenbestimmung, insbesondere auch nicht im Hinblick auf die Berechtigung zur Erwerbstätigkeit. Mit Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG) zum 1. Januar 2005 trat das AuslG außer Kraft und die Aufenthaltsbefugnis der Klägerin galt als Aufenthaltserlaubnis (gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG) fort. Einen entsprechenden Aufenthaltstitel stellte die Ausländerbehörde der Stadt ... der Klägerin mit Datum vom 23. Dezember 2005 befristet bis zum 22. Dezember 2007 aus. Die Aufenthaltserlaubnis enthält die Nebenbestimmung, eine Beschäftigung sei nur mit Genehmigung der Ausländerbehörde erlaubt, erlaubt sei eine selbständige Erwerbstätigkeit.

Der Beklagte lehnte den Antrag auf Erziehungsgeld für das Kind D. durch Bescheid vom 25. Mai 2005 mit der Begründung ab, als Ausländerin, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder einer der Vertragsstaaten des Europäischen Wirtschaftsraumes (EU-/EWR-Bürger) habe, bestehe

ein Anspruch der Klägerin auf Erziehungsgeld nur dann, wenn sie im Besitz eines besonderen Aufenthaltstitels gemäß § 1 Abs. 6 BErzGG sei. Zunächst erfülle die Klägerin nicht die Anspruchsvoraussetzungen nach dem bis zum 31. Dezember 2004 geltenden Erziehungsgeldrecht unter Berücksichtigung der Regelung des § 51 Abs. 1 AuslG. Soweit für die Zeit ab dem 1. Januar 2005 das Zuwanderungsgesetz und damit auch das Aufenthaltsgesetz in Kraft getreten seien, ergebe sich auch daraus kein Anspruch der Klägerin. Die Klägerin erfülle insoweit nicht den Tatbestand des § 1 Abs. 6 BErzGG in der ab dem 1. Januar 2005 geltenden Fassung. Sofern vor diesem Zeitpunkt eine Aufenthaltsgenehmigung nach dem Ausländergesetz ausgestellt worden sei, sehe die Übergangsregelung des Aufenthaltsgesetzes zwar vor, dass eine Umdeutung der Genehmigung entsprechend dem ihrer Erteilung zu Grunde liegenden Sachverhalt bzw. Aufenthaltswitz zu erfolgen habe. Eine Prüfung ergebe jedoch, dass eine Umdeutung vorliegend nicht vorgenommen werden könne.

Die Klägerin erhob Widerspruch am 24. Juni 2005 und machte geltend, das Bundesverfassungsgericht habe am 6. Juli 2004 entschieden (1 BvR 2515/95), dass § 1 Abs. 1a BErzGG vom 23. Juni 1993 wegen der Ungleichbehandlung ausländischer Eltern mit Aufenthaltsbefugnis gegenüber ausländischen Eltern mit Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis verfassungswidrig sei. Zugleich habe das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber verpflichtet, die verfassungswidrige Regelung durch eine Neuregelung bis zum 1. Januar 2006 zu ersetzen. Aus der Entscheidung ergebe sich, dass die Abgrenzung nach dem jeweiligen Aufenthaltstitel nicht geeignet sei, das gesetzgeberische Ziel, Ausländer mit voraussichtlich nicht dauerhaftem Aufenthalt vom Erziehungsgeldbezug auszuschließen, zu erreichen. Angesichts der bis zum 1. Januar 2006 zu erwartenden Neuregelung regte die Klägerin die Aussetzung des Widerspruchsverfahrens an. Im Übrigen vertrat die Klägerin die Auffassung, sie sei in Deutschland geboren und aufgewachsen und aufgrund ihrer Staatenlosigkeit werde sie dauerhaft in Deutschland bleiben. Die Erteilung eines unbefristeten Aufenthaltstitels sei bislang lediglich an der fehlenden Sicherung ihres Lebensunterhaltes gescheitert. Eine Versagung des Erziehungsgeldes aufgrund des Umstandes, dass sie nur im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG (zuvor Aufenthaltsbefugnis) sei, sei im Hinblick auf Art. 3 Grundgesetz (GG) nicht zu rechtfertigen und damit verfassungswidrig.

Durch Widerspruchsbescheid vom 19. Juli 2005 wies der Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurück. Zur Begründung verwies er erneut auf § 1 Abs. 6 BErzGG (in der ab dem 1. Januar 2005 geltenden Fassung) und führte ergänzend aus, die Klägerin sei im Besitz einer bis 12. Oktober 2005 gültigen Aufenthaltsbefugnis, die einen nicht qualifizierten Aufenthaltstitel nach altem Recht darstelle. Einen Aufenthaltstitel nach neuem Recht habe die Klägerin nicht vorgelegt. Im Übrigen sei die beantragte Aussetzung des Widerspruchsverfahrens abzulehnen gewesen, weil das Kind D. Am ... 2005 geboren sei. Zur Prüfung des Anspruchs auf Erziehungsgeld seien daher die Vorschriften des BErzGG in der ab dem 1. Januar 2005 geltenden Fassung anzuwenden.

Mit der am 27. Juli 2005 zum Sozialgericht Frankfurt am Main erhobenen Klage verfolgte die Klägerin ihr Begehren weiter. Zur Begründung berief sie sich erneut auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Juli 2004 sowie darauf, dass der Gesetzgeber verpflichtet worden sei, § 1 Abs. 6 Satz 2 Nr. 3 BErzGG

in der Fassung vom 30. Juli 2004 auf die Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen. Selbst wenn der Gesetzgeber keine Änderung der derzeitigen Regelung vornehmen werde, ändere dies nichts daran, dass die Vorschrift gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoße und damit verfassungswidrig sei. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts könne für die Prognose über die Dauer des Aufenthalts in Deutschland nicht auf die formale Art des Aufenthaltstitels abgestellt werden, sodass der Aufenthaltstitel als Abgrenzungskriterium bei der Gewährung von Erziehungsgeld nicht geeignet sei. Auch nach der jetzigen Gesetzeslage seien diejenigen Ausländer vom Erziehungsgeld ausgeschlossen, die eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG besitzen würden. Nach dieser Vorschrift könne eine Aufenthaltserlaubnis einem Ausländer erteilt werden, wenn seine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich und mit dem Wegfall des Ausreisehindernisses in absehbarer Zeit nicht zu rechnen sei. Wegen ihrer Staatenlosigkeit könne sie in kein anderes Land ausreisen und sie habe auch nicht die Möglichkeit, die Staatsangehörigkeit eines anderen Landes zu erlangen. Da sie in Deutschland geboren und seit ihrer Geburt staatenlos sei, gebe es keine früheren Aufenthaltsstaaten, bei denen eine Einbürgerung beantragt werden könne. Sie werde daher auf Dauer in Deutschland bleiben, wobei die Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis lediglich wegen der fehlenden Sicherung des Lebensunterhaltes nicht in Betracht komme. Die Klägerin hielt an ihrer Auffassung fest, dass es nicht gerechtfertigt sei, sie, die sie seit ihrer Geburt in Deutschland lebe und auch in Zukunft in Deutschland bleiben werde, nur deshalb vom Bezug des Erziehungsgeldes auszuschließen, weil sie lediglich eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG besitze.

Demgegenüber vertrat der Beklagte weiterhin die Auffassung, dass nach dem ab dem 1. Januar 2005 geltenden Ausländerrecht ein Ausländer ohne Staatsangehörigkeit eines EU-/EWR-Staates mit einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG keinen Anspruch auf Erziehungsgeld habe.

Am 20. Dezember 2005 stellte die Klägerin bei dem Beklagten für ihre beiden Kinder C. und D. Antrag auf Erziehungsgeld auch für das 2. Lebensjahr. Durch Bescheid vom 13. Februar 2006 lehnte der Beklagte bezogen auf das Kind D. auch diesen Antrag ab. Die Klägerin erhob Widerspruch am 20. Februar 2006, dessen Entscheidung der Beklagte angesichts des noch nicht abgeschlossenen Klageverfahrens betreffend das 1. Lebensjahr des Kindes zurückstellte.

Im Verlauf des Verfahrens trug der Beklagte weiter vor, durch Art. 3 des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13. Dezember 2006 seien u.a. § 1 Abs. 6 BErzGG geändert und die Anspruchsvoraussetzungen für nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer im Bundeserziehungsgeldgesetz neu geregelt worden. Auch nach der Neuregelung stehe der Klägerin kein Anspruch auf Erziehungsgeld zu. Der Klägerin sei am 23. Dezember 2005 eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG ausgestellt worden. Sie halte sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig geduldet in Deutschland auf. Vor und nach der Geburt des Kindes sei sie jedoch nicht erwerbstätig gewesen und habe auch keine Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) bezogen. Letztlich habe sie sich auch nicht in Elternzeit nach § 15 BErzGG befunden.

Darauf replizierte die Klägerin, es sei zwar richtig, dass sie weder erwerbstätig sei noch laufende Geldleistungen nach dem SGB III erhalte, allerdings halte sie auch die Neuregelung des § 1 Abs. 6 BErzGG für verfassungswidrig.

Im Hinblick auf die in der Folgezeit bei dem Bundessozialgericht anhängigen Verfahren zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 1 Abs. 6 BErzGG in der Fassung vom 13. Dezember 2006 (B 10 EG 5/08 R, B 10 EG 6/08 R, B 10 EG 7/08 R und B 10 EG 9/08 R - nachfolgende Verfahren bei dem Bundesverfassungsgericht: 1 BvL 2/10, 1 BvL 3/10, 1 BvL 4/10 u. 1 BvL 3/11) brachte das Sozialgericht das Verfahren auf Antrag der Beteiligten durch Beschluss vom 30. September 2009 zum Ruhen.

Mit Entscheidung vom 10. Juli 2012 (1 BvL 2/10, 1 BvL 3/10, 1 BvL 4/10 u. 1 BvL 3/11) erklärte das Bundesverfassungsgericht § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchst. b BErzGG in der Fassung vom 13. Dezember 2006 (sowie die identische Vorschrift des § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchst. b Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz - BEEG - in der Fassung vom 5. Dezember 2006) wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG für nichtig.

Der Beklagte rief das Verfahren mit Schriftsatz vom 24. Oktober 2012 wieder auf und vertrat die Auffassung, auch in Kenntnis der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sei ein Anspruch der Klägerin auf Erziehungsgeld nicht gegeben. Nach der von der Ausländerbehörde am 23. Dezember 2005 erteilten Aufenthaltserlaubnis sei eine Beschäftigung nur mit Zustimmung der Ausländerbehörde erlaubt. Darüber hinaus erhalte die Klägerin nach eigenen Angaben ab Januar 2005 Leistungen nach dem AsylbLG. Eine Erwerbstätigkeit sei während des Asylverfahrens nicht erlaubt. Die erforderliche Berechtigung zur Erwerbstätigkeit müsse sich aus der Nebenbestimmung zum Aufenthaltstitel ergeben, ein entsprechender materiell-rechtlicher Anspruch reiche nicht aus.

Demgegenüber berief sich die Klägerin darauf, dass nach der Aufenthaltserlaubnis vom 23. Dezember 2005 zumindest eine selbständige Erwerbstätigkeit erlaubt sei, dies sei ausreichend. Im Übrigen hätte auch ohne weiteres eine Arbeitserlaubnis für unselbständige Erwerbstätigkeit erteilt werden können (Hinweis auf § 9 Abs. 1 Nr. 2 Beschäftigungsverfahrensverordnung <BeschVerfV>). Eine solche habe sie nur wegen der Betreuung ihrer Kinder nicht beantragt. Sie habe sich auch nicht im Asylverfahren befunden, auch wenn sie Leistungen nach dem AsylbLG bezogen habe.

Durch Urteil vom 2. September 2015 hat das Sozialgericht der Klage stattgegeben und den Beklagten unter Aufhebung des Bescheides vom 25. Mai 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18. Juli 2005 verurteilt, der Klägerin Erziehungsgeld für das 1. Lebensjahr des Kindes D. in gesetzlichem Umfang zu bewilligen. Zur Begründung hat das Sozialgericht im Wesentlichen ausgeführt, streitig sei allein, ob die Klägerin im Bezugszeitraum im Besitz eines anspruchsbegründenden Aufenthaltstitels gewesen sei. Dies sei vorliegend zu bejahen, da die Klägerin im Besitz einer Aufenthaltsbefugnis gewesen sei, die einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG gleichgestanden habe bzw. gleichstehe. Damit seien die Voraussetzungen gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 2c BErzGG in Verbindung mit Nr. 3 der Vorschrift erfüllt. Die Klägerin halte sich mindestens seit drei Jahren zu Beginn des Bezugszeitraumes rechtmäßig im Bundesgebiet auf. Die

Kammer lese § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG dahingehend, dass wegen der Formulierung "es sei denn ..." eine Aufenthaltserlaubnis mit der Berechtigung zur Erwerbstätigkeit nur dann erforderlich sei, wenn nicht eine Rückausnahme von diesem Grundsatz gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 2 a bis c BErzGG gegeben sei. Dies sei jedoch vorliegend nach Nrn. 2 c und 3 a der Fall, ohne dass es wegen der Nichtigkeitserklärung hinsichtlich Nr. 3 b durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Juli 2012 noch auf die Erfüllung weiterer Voraussetzungen gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 3 b BErzGG ankomme.

Gegen dieses dem Beklagten am 15. Oktober 2015 mittels Empfangsbekanntnis zugestellte Urteil richtet sich seine am 12. November 2015 zum Hessischen Landessozialgericht eingelegte Berufung. Er trägt vor, das Sozialgericht habe der Klägerin zu Unrecht Erziehungsgeld zugesprochen. Einen entsprechenden Anspruch könne die Klägerin schon nicht aus § 1 Abs. 6 BErzGG in der bis zum 31. Dezember 2005 geltenden Fassung herleiten, da sie nicht im Besitz einer der dort genannten Aufenthaltsrechte gewesen sei. Ein Anspruch der Klägerin ergebe sich aber auch nicht aus § 1 Abs. 6 Nr. 2 und 3, § 24 Abs. 3 BErzGG in der ab dem 1. Januar 2006 geltenden Fassung. Voraussetzung sei insoweit eine Aufenthaltserlaubnis, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtere oder berechtige habe (Hinweis auf das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 24. Juni 2014, L 11 EG 3136/13, zur gleichlautenden Nachfolgevorschrift des § 1 Abs. 7 BEEG; ebenso Hinweis auf das Urteil des Bundessozialgerichts vom 30. September 2010, B 10 EG 6/09 R). Über eine entsprechende Aufenthaltserlaubnis habe die Klägerin nicht verfügt. Die gesetzliche Regelung des § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG stelle ausdrücklich auf den Besitz einer Aufenthaltserlaubnis ab, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtere oder berechtige habe, und nicht auf den bloßen Anspruch auf eine solche Aufenthaltserlaubnis. § 1 Abs. 6 Nr. 2 BErzGG stehe im Einklang mit der Regelungssystematik des AufenthG. So dürften nach § 4 Abs. 3 Satz 1 AufenthG Ausländer eine Erwerbstätigkeit nur ausüben, wenn der Aufenthaltstitel sie dazu berechtere. Nach § 4 Abs. 2 Satz 1 und 2 AufenthG berechtere ein Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, sofern dies nach dem Aufenthaltsgesetz bestimmt sei oder der Aufenthaltstitel die Ausübung der Erwerbstätigkeit ausdrücklich erlaube. Jeder Aufenthaltstitel müsse erkennen lassen, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaube sei. Fehle dies, dürfe die aufenthaltsrechtliche Prüfung auch nicht eigenständig durch die für die Bewilligung von Bundeserziehungsgeld zuständige Behörde ersetzt werden. Im Übrigen ergebe sich ein Anspruch der Klägerin auch nicht daraus, dass nach der erteilten Aufenthaltserlaubnis eine selbständige Erwerbstätigkeit erlaube gewesen sei. Es sei nicht nachvollziehbar, auf welcher rechtlichen Grundlage diese Nebenbestimmung erteilt worden sei. Die Berechtigung zur selbständigen Erwerbstätigkeit setze eine Aufenthaltserlaubnis nach § 21 AufenthG voraus, eine solche habe die Klägerin unzweifelhaft nicht besessen. Die Klägerin habe auch nicht dargelegt, welcher selbständigen Erwerbstätigkeit sie nachgegangen sei bzw. beabsichtigt habe nachzugehen. Insgesamt sei der Zugang der Klägerin zu einer Erwerbstätigkeit damit auch weiterhin von dem Zustimmungsvorbehalt der Ausländerbehörde geprägt gewesen.

Der Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 2. September 2015 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie beruft sich weiterhin darauf, dass die am 23. Dezember 2005 erteilte Aufenthaltserlaubnis mit der Nebenbestimmung "selbständige Erwerbstätigkeit erlaubt" versehen gewesen sei. Damit seien die Anspruchsvoraussetzungen für das Erziehungsgeld zumindest ab diesem Zeitpunkt erfüllt. Aber auch für die Zeit davor stehe ihr ein Anspruch zu, denn es hätte ohne weiteres eine Arbeitserlaubnis zur unselbständigen Erwerbstätigkeit erteilt werden können. Im Übrigen habe sich das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung vom 7. Februar 2012 (1 BvL 14/07) nicht mit der Frage befasst, ob es verfassungsgemäß sei, an den Besitz einer Arbeitserlaubnis anzuknüpfen. Es sei kein sachlicher Grund erkennbar, diejenigen anders zu behandeln, die zwar nicht im Besitz einer Arbeitserlaubnis sein, denen eine solche jedoch ohne weiteres hätte erteilt werden können. Die Klägerin regt an, das Verfahren auszusetzen und dem Bundesverfassungsgericht mit der Frage vorzulegen, ob insoweit § 1 Abs. 6 Nr. 2 BErzGG gegen Art. 3 GG verstoße. Letztlich wendet die Klägerin ein, es sei unzutreffend, dass die Berechtigung zur selbständigen Erwerbstätigkeit eine Aufenthaltserlaubnis nach § 21 AufenthG voraussetze. Diese Vorschrift ermögliche die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit, daraus ergebe sich jedoch nicht, dass andere Aufenthaltstitel nicht mit der Erlaubnis zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit versehen werden könnten. Irrelevant sei, dass sie keiner selbständigen Erwerbstätigkeit nachgegangen sei und dies auch nicht beabsichtigt habe.

Der Senat hat im Rahmen der Beweiserhebung bei der Ausländerbehörde bzw. dem Ordnungsamt der Stadt-A die über die Klägerin geführte Ausländerakte angefordert. Mit Schreiben vom 10. Mai 2016 hat die Stadt-A mitgeteilt, da die Klägerin (nunmehr) deutsche Staatsangehörige sei, existiere keine Ausländerakte mehr. Entsprechende Daten eines Eingebürgerten seien nach fünf Jahren zu löschen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der Verwaltungsakte des Beklagten, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Gründe

Die gemäß §§ 143 und 144 Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthafte Berufung ist zulässig; sie ist insbesondere form- und fristgerecht gemäß § 151 Abs. 1 SGG eingelegt worden.

Die Berufung des Beklagten ist jedoch nur zum Teil begründet. Das Sozialgericht hat der Klage durch Urteil vom 2. September 2015 lediglich für die Zeit vom 27. Januar 2005 bis zum 22. Dezember 2005 zu Unrecht stattgegeben, denn der Klägerin steht ein Anspruch auf Erziehungsgeld teilweise für das 1. Lebensjahr des Kindes D. ab dem 23. Dezember 2005 bis zum 26. Januar 2006 zu. Dementsprechend war das Urteil des Sozialgerichts teilweise aufzuheben.

Während des in Betracht kommenden Leistungszeitraums des 1. Lebensjahres des Kindes D. vom 27. Januar 2005 bis 26. Januar 2006 erfüllte die Klägerin lediglich ab dem 23. Dezember 2005 die in § 1 Abs. 6 BErzGG in der hier einschlägigen Fassung des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13. Dezember 2006 (BGBl. I, S. 2915 - künftig BErzGG 2006) formulierten Anspruchsvoraussetzungen.

Die genannte Gesetzesfassung ist rückwirkend zum 1. Januar 2006 in Kraft getreten und stellt die Reaktion des Gesetzgebers auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Juli 2004 (1 BvR 2515/95) dar, mit der § 1 Abs. 1a Satz 1 BErzGG in der Fassung des Gesetzes über Maßnahmen zur Bewältigung der finanziellen Erblasten im Zusammenhang mit der Herstellung der Einheit Deutschlands, zur langfristigen Sicherung des Aufbaus in den neuen Ländern, zur Neuordnung des bundesstaatlichen Finanzausgleichs und zur Entlastung der öffentlichen Haushalte (Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms - FKPG) vom 23. Juni 1993 (BGBl. I, S. 944) für unvereinbar mit Art. 3 Abs. 1 GG erklärt wurde.

§ 1 Abs. 6 BErzGG 2006 hat folgenden Wortlaut:

Ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer ist nur anspruchsberechtigt, wenn er

1. eine Niederlassungserlaubnis besitzt,
2. eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat, es sei denn, die Aufenthaltserlaubnis wurde
 - a) nach § 16 oder § 17 des Aufenthaltsgesetzes erteilt,
 - b) nach § 18 Abs. 2 des Aufenthaltsgesetzes erteilt und die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit darf nach der Beschäftigungsverordnung nur für einen bestimmten Höchstzeitraum erteilt werden,
 - c) nach § 23 Abs. 1 des Aufenthaltsgesetzes wegen eines Krieges in seinem Heimatland oder nach den §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 des Aufenthaltsgesetzes erteiltoder
3. eine in Nummer 2 Buchstabe c genannte Aufenthaltserlaubnis besitzt und
 - a) sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und
 - b) im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt.

Auf die Vorlagebeschlüsse des Bundessozialgerichts vom 3. Dezember 2009 (B 10 EG 5/08, 6/08 und 7/08 R) und 30. September 2010 (B 10 EG 9/09 R) hat das Bundesverfassungsgericht durch Beschluss vom 10. Juli 2012 (1 BvL 2/10, 1 BvL 3/10, 1 BvL 4/10 und 1 BvL 3/11) § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchst. b BErzGG 2006 sowie die im Wortlaut identische Vorschrift des § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchst. b BEEG (i.d.F. des Art. 1 des Gesetzes zur Einführung des Elterngeldes vom 5. Dezember 2006, BGBl. I, S. 2748) wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG für nichtig erklärt. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit beanstandet, dass die von dem Gesetzgeber gewählten Differenzierungskriterien nicht geeignet sind, den Anspruch auf Erziehungs- und Elterngeld auf diejenigen Betroffenen zu beschränken, die sich voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhalten. Grundsätzlich könne die unterschiedliche Bleibedauer in Deutschland eine ungleiche Behandlung rechtfertigen, weil der Gesetzgeber mit dem Erziehungs- und Elterngeld den legitimen Zweck

verfolge, eine nachhaltige Bevölkerungsentwicklung in Deutschland zu fördern. Mit den vom Gesetzgeber gewählten Differenzierungskriterien werde der Kreis der Leistungsberechtigten jedoch nicht in geeigneter Weise bestimmt. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit ausgeführt, dass sich die formale Art des Aufenthaltstitels nicht als Grundlage einer Prognose über die Dauer des Aufenthalts in Deutschland eigne. Zudem sei in allen drei Fällen des § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchst. b BErzGG 2006 bzw. § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchst. b BEEG Anspruchsbedingung, dass ein Arbeitsverhältnis während der Bezugszeit bestehe oder relativ kurz vor der Bezugszeit bestanden habe. Ein Zusammenhang zwischen der Nichterfüllung der in der gesetzlichen Regelung genannten Merkmale und dem Fehlen einer dauerhaften Bleibeperspektive sei nicht erkennbar.

Als Konsequenz aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Juli 2012 ist nunmehr von folgenden Voraussetzungen für einen Anspruch auf Erziehungsgeld eines nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländers auszugehen: Entweder er ist im Besitz einer Niederlassungserlaubnis und damit eines Aufenthaltstitels, der kraft Gesetzes zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt (vgl. § 9 Abs. 1 Satz 2 AufenthG), oder der Ausländer verfügt über eine Aufenthaltserlaubnis, die Kraft Nebenbestimmung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat. Ausgenommen hiervon ist u.a. eine Aufenthaltserlaubnis, die nach § 23 Abs. 1 AufenthG wegen eines Krieges im Heimatland oder nach den §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG erteilt wurde (§ 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchst. c BErzGG 2006). Dies gilt im Sinne einer Rückausnahme nicht, wenn sich der Anspruchsteller seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält (§ 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchst. a BErzGG 2006). Die weiteren alternativen Voraussetzungen einer berechtigten Erwerbstätigkeit im Bundesgebiet, des laufenden Bezugs von Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung - (SGB III) oder der Inanspruchnahme von Elternzeit sind aufgrund der Nichtigerklärung von § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchst. b BErzGG 2006 nicht mehr zu prüfen. Die derart anzuwendende - und rückwirkend zum 1. Januar 2006 in Kraft getretene - Gesetzesfassung ist vorliegend anzuwenden, obwohl die Zwillingsskinder der Klägerin am ... 2005 und damit vor dem Inkrafttreten geboren sind. Dies ergibt sich aus § 24 Abs. 3 Satz 1 BErzGG (2006), wonach § 1 Abs. 6 BErzGG in der am 19. Dezember 2006 geltenden Fassung in Fällen anzuwenden ist, in denen eine Entscheidung über den Anspruch auf Erziehungsgeld für einen Bezugszeitraum zwischen dem 27. Juni 1993 und dem 18. Dezember 2006 noch nicht bestandskräftig geworden ist, sofern dies für die Erziehungsgeld beantragende Person günstiger ist. Über den von der Klägerin mit Antrag vom Mai 2005 geltend gemachten Anspruch ist noch nicht bestandskräftig entschieden, wie dies das vorliegende Verfahren ausweist. Zudem ist die Anwendung des BErzGG (2006) für die Klägerin günstiger, weil sie nach der vor dem 1. Januar 2006 geltenden Gesetzeslage von vornherein keinen Anspruch auf Erziehungsgeld hätte (vgl. § 1 Abs. 6 Satz 2 BErzGG in der vom 1. Januar bis 31. Dezember 2005 geltenden Fassung, wonach nur Aufenthaltserlaubnisse nach § 25 Abs. 1 und 2 AufenthG für den Bezug von Erziehungsgeld qualifizierte Aufenthaltstitel waren, nicht dagegen die hier der Klägerin erteilte Aufenthaltsbefugnis nach den Vorschriften des AuslG, die nach Inkrafttreten des AufenthG gemäß § 101 Satz 2 AufenthG als Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG fortgalt).

Davon ausgehend ist zu berücksichtigen, dass sich die Klägerin zwar bezogen auf den streitgegenständlichen Leistungszeitraum mindestens seit drei Jahren (seit 1998) rechtmäßig (anfänglich aufgrund einer Aufenthaltsbefugnis und sodann aufgrund einer Aufenthaltserlaubnis) im Bundesgebiet aufhielt, sodass die in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchst. a BErzGG 2006 geregelte Rückausnahme greift und die Klägerin nicht bereits deshalb von einem Anspruch ausgeschlossen ist, weil sie (ab dem 23. Dezember 2005) über eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG verfügte. Indes war sie zu keinem Zeitpunkt während der Zeit vor dem 23. Dezember 2005 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis, die auch zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigte. Diese Voraussetzung ist nicht aufgrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Juli 2012 entfallen, denn § 1 Abs. 6 Nr. 3 BErzGG 2006 stellt keine eigenständige Tatbestandsvariante neben den in diesem Absatz geregelten Nrn. 1 und 2 dar, obwohl dies aus dem aufgrund der Nichtigerklärung von § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchst. b BErzGG 2006 verbliebenen Rest-Wortlaut geschlossen werden könnte. Insoweit hat der Gesetzgeber die Formulierung "oder" zwischen den Nrn. 2 und 3 von § 1 Abs. 6 BErzGG 2006 gewählt. Jedoch ist die Gesamtstruktur der Vorschrift zu berücksichtigen, wonach sich die Bezugnahme der Nr. 3 ausschließlich auf den von Nr. 2 Buchst. c erfassten Personenkreis bezieht, für den der Grundtatbestand des § 1 Abs. 6 Nr. 2 1. Halbsatz BErzGG 2006, nämlich die Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, gilt (so für die identische Vorschrift des § 1 Abs. 7 BEEG: Roos/Bieresborn, MuSchG/BEEG Kommentar, § 1 BEEG Rdnr. 55; ebenso BSG, Beschluss vom 6. Oktober 2014, B 10 EG 15/14 B). Hiervon ist auch das Bundesverfassungsgericht ausgegangen (Beschluss vom 10. Juli 2012 a.a.O.), indem es ausgeführt hat, die Anspruchsvoraussetzungen betreffend die Erwerbstätigkeitsberechtigung (§ 1 Abs. 6 Nr. 2 1. Halbsatz BErzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 2 1. Halbsatz BEEG), die im Vordergrund der parlamentarischen Beratungen gestanden hätten, würden von der Nichtigerklärung nicht berührt, so dass dem Gesetzgeber mit der Nichtigerklärung keine von ihm so grundsätzlich nicht gewollte Regelung aufgedrängt werde. Davon ausgehend bedarf es weiterhin der Erfüllung der Voraussetzung einer Aufenthaltserlaubnis, die auch zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat. Nicht ausreichend ist insoweit eine Nebenbestimmung, mit der eine Erwerbstätigkeit nur mit Erlaubnis der Ausländerbehörde gestattet ist, weil hierdurch ausdrücklich eine gesonderte Zustimmungsentscheidung vorbehalten wird, an der verwaltungsintern ggf. auch die Bundesagentur mitzuwirken hat (BSG, Teilurteil vom 30. September 2010, B 10 EG 9/09 R). Erforderlich ist vielmehr eine Nebenbestimmung zur Aufenthaltserlaubnis, mit der ausdrücklich die Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit geregelt wird.

Aufgrund ihrer Staatenlosigkeit war die Klägerin zunächst seit dem 23. Februar 1998 im Besitz einer Aufenthaltsbefugnis nach den Vorschriften des bis zum 31. Dezember 2004 geltenden AuslG. Die zuletzt erteilte Aufenthaltsbefugnis war befristet bis zum 12. Oktober 2005 und enthielt - wie die vorangegangenen Aufenthaltsbefugnisse - keine Nebenbestimmung im Hinblick auf eine Berechtigung zur Erwerbstätigkeit. Mit Inkrafttreten des AufenthG zum 1. Januar 2005 galt die Aufenthaltsbefugnis der Klägerin als Aufenthaltserlaubnis (hier gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG) fort. Eine Zäsur trat ein, indem die Ausländerbehörde der Stadt-A der Klägerin mit Datum vom 23. Dezember 2005 (befristet bis zum 22. Dezember 2007) eine entsprechende Aufenthaltserlaubnis ausstellte, die folgende Nebenbestimmung enthält: "Beschäftigung nur mit Genehmigung

der Ausländerbehörde erlaubt. Selbständige Erwerbstätigkeit erlaubt." Entgegen der Auffassung des Beklagten reicht die Erlaubnis zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit für die für den Anspruch auf Erziehungsgeld erforderliche Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit aus.

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass weder die Erziehungsgeldbehörden noch die Gerichte die von den Ausländerbehörden getroffenen Entscheidungen materiell-rechtlich zu überprüfen haben (vgl. Tillmanns/Mutschler, Praxiskommentar zum Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, 2. Aufl., § 1 BEEG Rdnr. 143). Vielmehr kommt es, wie dies bereits dem Wortlaut von § 1 Abs. 6 Nr. 2 1. Halbsatz BErzGG 2006 entnommen werden kann, auf die tatsächliche Innehabung (den Besitz) des Aufenthaltstitels an, der zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt, und der bloße Anspruch hierauf reicht nicht aus (ständige Rechtsprechung des BSG, so z. B. für die identische Vorschrift des § 1 Abs. 7 BEEG: Urteil vom 10. Juli 2014, B 10 EG 5/14 R m.w.N.; ebenso Roos/Bieresborn a.a.O. Rdnr. 50). Dementsprechend ist dem Beklagten nicht zu folgen, der zwar ebenfalls auf den tatsächlichen Besitz des Aufenthaltstitels abstellt, hiervon jedoch in Ansehung der erlaubten selbständigen Erwerbstätigkeit wiederum nicht ausgeht, sondern stattdessen die Rechtsgrundlage für die von der Ausländerbehörde getroffene Nebenbestimmung infrage stellt. Eine derart im Ergebnis widersprüchliche Prüfung ist weder mit dem Gesetzeswortlaut noch der genannten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts vereinbar. Dementsprechend kommt es auch nicht darauf an, ob die Berechtigung zur selbständigen Erwerbstätigkeit grundsätzlich eine Aufenthaltserlaubnis nach § 21 AufenthG voraussetzt. Vielmehr sind die Gründe, die hier die Ausländerbehörde dazu bewogen haben, einerseits eine Beschäftigung (unselbständige Erwerbstätigkeit) von der Erlaubnis der Ausländerbehörde abhängig zu machen, andererseits eine selbständige Erwerbstätigkeit ohne Einschränkung zu erlauben, gänzlich unerheblich. Ebenso wenig kann es darauf ankommen, wie aber der Beklagte meint, ob die Klägerin tatsächlich einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist bzw. beabsichtigt hat nachzugehen. Nach allem ist für die Prüfung des Anspruches von der tatsächlich ausgestellten Aufenthaltserlaubnis mit der Nebenbestimmung "Selbständige Erwerbstätigkeit erlaubt" auszugehen.

Diese Nebenbestimmung erfüllt die Voraussetzung des § 1 Abs. 6 Nr. 2 1. Halbsatz BErzGG 2006, wonach es auf den Besitz einer Aufenthaltserlaubnis ankommt, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat. Hätte der Gesetzgeber hierbei lediglich eine unselbständige Erwerbstätigkeit (Beschäftigung, vgl. § 7 Abs. 1 Satz 1 Viertes Buch Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - SGB IV) als Voraussetzung regeln wollen, wäre dies im Wortlaut entsprechend zum Ausdruck gekommen. Der stattdessen gewählte Begriff "Erwerbstätigkeit" umfasst dagegen sowohl eine nichtselbständige Arbeit als auch eine selbständige Erwerbstätigkeit. Hiermit stehen die Gesetzesmaterialien im Einklang (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss, Bundestags-Drucksache - BT-Drucks. - 16/1368, Seite 8 f.). Danach hat der Gesetzgeber, der die Gewährung von Familienleistungen wie das Erziehungsgeld von einem prognostisch dauerhaften Aufenthalt in Deutschland abhängig machen wollte, berücksichtigt, dass nach Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes grundsätzlich jede Aufenthaltserlaubnis einer Verfestigung zugänglich ist und es dementsprechend eines weiteren

Indizes bedarf, das einen voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt in Deutschland plausibel erscheinen lässt. Insoweit wird in dem Gesetzesentwurf vor allem auf die Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit abgestellt und ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nach dem Aufenthaltsgesetz einige Personengruppen, für die der Gesetzgeber eine von Beginn an bestehende Daueraufenthaltsperspektive prognostiziert, schon von Gesetzes wegen jede selbständige und unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben dürfen. Auch wird in dem Gesetzesentwurf eine Parallele zu Leistungen an ausländische Staatsangehörige nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch - Grundsicherung für Arbeitsuchende - (SGB II) gezogen. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II nimmt insoweit von den Leistungen (u.a.) Ausländerinnen und Ausländer aus, die weder in Deutschland Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer noch Selbständige sind. Nicht zuletzt erstreckt sich auch der Wortsinn von "Erwerbstätigkeit" als Überbegriff sowohl auf eine unselbständige Arbeit bzw. Beschäftigung als auch eine selbständige Erwerbstätigkeit.

Im Ergebnis ist für den Senat nicht zweifelhaft, dass die hier der Klägerin mit Datum vom 23. Dezember 2005 erteilte Aufenthaltserlaubnis mit der als Nebenbestimmung geregelten Erlaubnis, eine selbständige Erwerbstätigkeit auszuüben, die Voraussetzungen des nach § 1 Abs. 6 Nr. 2 1. Halbsatz BERzGG 2006 erforderlichen Aufenthaltstitels erfüllt. Dementsprechend steht der Klägerin für das Kind D. ein Anspruch auf Erziehungsgeld für die Zeit vom 23. Dezember 2005 bis zum Ablauf des 1. Lebensjahres des Kindes am 26. Januar 2006 zu (vgl. zum Beginn und Ende des Anspruchs: § 4 Abs. 1 Satz 1 BERzGG 2006). Das anschließende 2. Lebensjahr des Kindes ist nicht Streitgegenstand des Berufungsverfahrens, das Urteil des Senats ist jedoch insoweit präjudiziell.

Für die Zeit vor dem 23. Dezember 2005 (ab Geburt des Kindes 2005) sind die Voraussetzungen dagegen nicht erfüllt. Insbesondere war die Klägerin in dieser Zeit nicht im Besitz eines im Sinne von § 1 Abs. 6 Nr. 2 1. Halbsatz BERzGG 2006 qualifizierten Aufenthaltstitels, weil erstmals am 23. Dezember 2005 die Erlaubnis zur Ausübung einer (selbständigen) Erwerbstätigkeit erteilt worden ist. Es kann - wie ausgeführt - auch nicht darauf ankommen, ob der Klägerin im Falle eines Antrages an die Ausländerbehörde auf Erteilung einer Erlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung (unselbständigen Arbeit) diese prognostisch erteilt worden wäre bzw. ein Anspruch hierauf bestanden hätte. Vielmehr hat es dabei zu verbleiben, dass allein der tatsächliche Besitz des qualifizierten Aufenthaltstitels maßgeblich ist. Daran fehlt es hier für die Zeit vor dem 23. Dezember 2005.

Auf die Berufung der Beklagten war das Urteil des Sozialgerichts lediglich aufzuheben, soweit es den Beklagten unter entsprechender Aufhebung des angefochtenen Bescheides des Beklagten zur Gewährung von Erziehungsgeld auch für die Zeit vom 27. Januar 2005 bis 22. Dezember 2005 verurteilt hat. Im Übrigen war die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 160 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 SGG nicht erfüllt sind. Insbesondere ist grundsätzliche Bedeutung angesichts der ausgeführten höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundessozialgerichts zu verneinen. Hiervon weicht der Senat nicht ab, sodass auch keine Divergenz gegeben ist.

Vorinstanz: Sozialgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 02.09.2015, Az.: S 22 EG 41/12