

## **B 10 EG 20/12 Ra**

Land

Bundesrepublik Deutschland

Sozialgericht

Bundessozialgericht

Sachgebiet

Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten

Abteilung

10

1. Instanz

SG Würzburg (FSB)

Aktenzeichen

S 9 EG 1/98, S 4 EG 73/02

Datum

31.08.2000

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 12 EG 80/07

Datum

10.11.2010

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 10 EG 20/12 Ra

Datum

21.02.2013

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Hat das Bundesverfassungsgericht eine landesrechtliche Bestimmung (hier: des BayLerzGG) und ihre Nachfolgevorschriften als mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt sowie dem Gesetzgeber eine Frist zur Neuregelung eingeräumt, so ist die ursprüngliche Bestimmung nach Fristablauf als nichtig anzusehen, wenn bis dahin nur Nachfolgevorschriften geändert worden sind.

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 10. November 2010 aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

1 Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger einen Anspruch auf Landeserziehungsgeld (LErzg) nach dem Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetz (BayLerzGG) jeweils für das dritte Lebensjahr seiner Kinder A. , geboren am 24.7.1995, und D. , geboren am 12.4.2000, hat.

2 Der Kläger ist polnischer Staatsangehöriger und bezog in den streitigen Zeiträumen in Deutschland Arbeitslosenhilfe (Alhi). Er erhielt unter seiner deutschen Meldeadresse "I. weg , E. , Landkreis M. " vom beklagten Freistaat Bayern für seine Tochter A. in der Zeit vom 30.11.1995 bis 23.7.1997 Bundeserziehungsgeld (BERzg; vgl hierzu Senatsurteil vom 10.5.2007 [B 10 EG 2/06 R](#) ). Mit Ablauf des Bezugszeitraumes für das BERzg beantragte der Kläger am 23.7.1997 für seine Tochter erfolglos die Gewährung von LErzg (Bescheid vom 28.7.1997; Widerspruchsbescheid vom 12.12.1997), die anschließende Klage hat das Sozialgericht Würzburg (SG) mit Urteil vom 31.8.2000 ([S 9 EG 1/98](#)) abgewiesen, weil nach dem eindeutigen Wortlaut des Art 1 Abs 1 S 1 Nr 5 BayLerzGG ein polnischer Antragsteller LErzg nicht beanspruchen könne. Dagegen hat der Kläger beim Bayerischen Landessozialgericht (LSG) Berufung eingelegt, die unter dem Az L 9 EG [1/01](#) eingetragen worden ist.

3 Am 7.5.2002 beantragte der Kläger ebenfalls erfolglos LErzg für seinen Sohn D. (Bescheid vom 8.5.2002; Widerspruchsbescheid vom 14.8.2002). Während des anschließenden Klageverfahrens hat der Beklagte Unterlagen der Stadt E. zu den Wohn und Meldeverhältnissen der Familie des Klägers in der Zeit ab Januar 2002 zu den Akten gereicht. Durch Urteil vom 24.11.2005 hat das SG auch diese Klage ([S 4 EG 73/02](#)) abgewiesen. Der Kläger habe jedenfalls deshalb keinen Anspruch auf LErzg, weil er Alhi auf der Grundlage einer Vollzeitbeschäftigung bezogen habe (Art 1 Abs 1 S 1 Nr 4, Art 8 Nr 1 Buchst a BayLerzGG iVm § 2 Bundeserziehungsgeldgesetz (BERzGG)). Dagegen hat der Kläger beim LSG ebenfalls Berufung eingelegt (L 9 EG [1/06](#)).

4 Das LSG hat beide Berufungsverfahren mit Beschlüssen vom 3.8.2006 (L 9 EG [1/01](#)) und 4.10.2006 (L 9 EG [1/06](#)) jeweils bis zur Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes (BayVerfGH) in dem Verfahren Vf 6 V 06 ausgesetzt. Nachdem der BayVerfGH am 19.7.2007 ([BayVerfGE 60, 151](#)) entschieden hatte, dass Art 1 Abs 1 Nr 5 BayLerzGG idF der Bekanntmachung vom 16.11.1995 BayLerzGG 1995 (BayGVBl S 818) mit der Bayerischen Verfassung vereinbar sei, hat das LSG im Termin zur mündlichen Verhandlung am 10.11.2010 beide Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung unter dem Az [L 12 EG 80/07](#) verbunden. Mit Urteil vom selben Tage hat das LSG die Berufungen gegen die Urteile des SG vom 31.8.2000 und 24.11.2005 zurückgewiesen. Es hat seine Entscheidung im Wesentlichen auf folgende Erwägungen gestützt:

Zwar seien die Voraussetzungen des Art 1 Abs 1 S 1 Nr 4 BayLerzGG 1995 erfüllt, nicht aber die der Nr 5 dieser Vorschrift.

5 Der langjährige Alhi-Bezug des Klägers schließe einen Anspruch auf LErzg nach Art 1 Abs 1 S 1 Nr 4 BayLerzGG 1995 nicht aus. Gemäß Art 8 BayLerzGG 1995 seien, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt sei, die Regelungen des BErzGG über die nicht volle Erwerbstätigkeit (§ 2) sowie über das Zusammentreffen von Ansprüchen (§ 3) entsprechend anzuwenden. Nach dem zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Art 8 BayLerzGG 1995 geltenden § 2 BErzGG (in der bis zum 31.12.2000 geltenden Fassung) übe der Antragsteller dann keine volle Erwerbstätigkeit aus, wenn die wöchentliche Arbeitszeit 19 Stunden nicht übersteige (§ 2 Abs 1 Nr 1 BErzGG). Gemäß § 2 Abs 2 Nr 1 BErzGG stehe einer vollen Erwerbstätigkeit der Bezug von Arbeitslosengeld, Arbeitslosenbeihilfe und Eingliederungsgeld gleich. Nach dieser Rechtslage habe der Bezug von Alhi den Bezug von Erziehungsgeld (Erzg) nicht ausgeschlossen. Art 8 BayLerzGG 1995 stelle eine statische und keine dynamische Verweisung dar. Er nehme daher auf § 2 BErzGG in der bis zum 31.12.2000 geltenden Fassung Bezug.

6 Der Kläger habe keinen Anspruch auf BayLerzGG für seine Kinder, weil er polnischer Staatsangehöriger und in den streitbefangenen Zeiträumen nicht Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats der Europäischen Union (EU) oder eines Vertragsstaats des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) gewesen sei. Art 1 Abs 1 S 1 Nr 5 BayLerzGG 1995 sei daher nicht erfüllt. Diese Vorschrift sei nach Art 14 BayLerzGG idF vom 9.7.2007 iVm Art 9 BayLerzGG idF vom 13.4.2004 für Kinder, die vor dem 1.1.2001 geboren worden seien, weiterhin anzuwenden.

7 Ein Anspruch auf Gleichstellung mit Inländern komme in den streitigen Zeiträumen für den Kläger auch nicht aus dem Europa-Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Polen andererseits vom 16.12.1991 EG Abk Polen ([BGBl II 1993, 1316](#)) in Betracht, weil weder [Art 37 Abs 1 EG](#) Abk Polen noch [Art 38 Abs 1](#) und [Art 39 Abs 1 EG](#) Abk Polen einen solchen begründeten.

8 Schließlich liege kein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot in [Art 3 Abs 1 GG](#) oder Art 118 Bayerische Verfassung vor. Nach der Entscheidung des BayVerfGH vom 19.7.2007 (Vf 6-V 06) sei es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass nach Art 1 Abs 1 S 1 Nr 5 BayLerzGG 1995 nur Deutsche und Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der EU oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den EWR, nicht aber sonstige Ausländer einen Anspruch auf LErzg hätten. Zwar sei die Frage der Vereinbarkeit von Art 1 Abs 1 S 1 Nr 5 BayLerzGG 1995 mit [Art 3 Abs 1](#) und [Art 6 GG](#) beim Bundesverfassungsgericht (BVerfG [1 BvL 14/07](#)) anhängig und noch nicht entschieden. Eine Vorlage an das BVerfG gemäß [Art 100 GG](#) komme zur Überzeugung des Senats jedoch nicht in Betracht, weil sich der Zweck des BayLerzGG nicht darin erschöpfe, nur die Familienleistung unter Verzicht auf Erwerbstätigkeit zu belohnen, sondern den zusätzlichen Zweck verfolge, nur Landeskindern (und privilegierten Ausländern) eine zusätzliche Fürsorgeleistung zukommen zu lassen.

9 Mit seiner vom LSG zugelassenen Revision hat der Kläger zunächst geltend gemacht: Die Nichtgewährung von LErzg für seine Kinder verstoße gegen das Gleichbehandlungsgebot. Er werde diskriminiert, da Art 1 Abs 1 S 1 Nr 5 BayLerzGG 1995 auf die nationale Zugehörigkeit abstelle und damit [Art 3 Abs 1 GG](#) und Art 118 Bayerische Verfassung sowie das EG Abk Polen und Art 8, Art 14 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) verletze. Auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in seiner Individualbeschwerde Nr [58453/00](#) vom 25.10.2005 zum Kindergeldrecht werde hingewiesen. Auch wenn das LErzg von der Freiwilligkeit seiner Gewährung geprägt sei, so könne die Staatsangehörigkeit kein sachgerechtes Differenzierungskriterium darstellen.

10 Im Hinblick auf die Entscheidung des BVerfG vom 7.2.2012 - [1 BvL 14/07](#) (BVerfGE 130, 240 = [NJW 2012, 1711](#)) hat der Senat mit Beschluss vom 12.3.2012 das Verfahren ausgesetzt und es nach dem am 30.8.2012 erfolgten Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des BayLerzGG vom 24.7.2012 (BayGVBl S 391) wieder aufgenommen.

11 Nunmehr trägt der Kläger vor: Für ihn spiele es keine Rolle, dass die Neuregelung durch den Gesetzgeber mit Wirkung ab 30.8.2012 in Kraft getreten sei. Seine Staatsangehörigkeit könne ihm nicht entgegengehalten werden. Zweifel am Vorliegen der übrigen Anspruchsvoraussetzungen seien ausgeräumt. Insbesondere hätten er, seine Ehefrau sowie der Sohn D. und die Tochter A. ihre Hauptwohnung und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Zeit vom 2.4.1987 bis 15.3.2004 in E. im Freistaat Bayern gehabt.

12 Der Kläger beantragt, die Urteile des Bayerischen LSG vom 10.11.2010 sowie des SG Würzburg vom 31.8.2000 und 24.11.2005, den Bescheid des Beklagten vom 28.7.1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12.12.1997 und den Bescheid des Beklagten vom 8.5.2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14.8.2002 aufzuheben sowie den Beklagten zu verurteilen, ihm LErzg jeweils für das dritte Lebensjahr seiner Tochter A. (vom 24.7.1997 bis 23.7.1998) und seines Sohnes D. (vom 12.4.2002 bis 11.4.2003) zu gewähren.

13 Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

14 Er hält das angefochtene Urteil nach wie vor für zutreffend, weil Art 1 Abs 1 S 1 Nr 5 BayLerzGG 1995 für die streitigen Zeiträume von der gesetzlichen Neuregelung nicht erfasst werde. Der Gesetzgeber sei nicht verpflichtet gewesen, die Neuregelung auf den gesamten Zeitraum der Unvereinbarkeit dieser Regelung mit [Art 3 Abs 1 GG](#) zu erstrecken. Denn das BVerfG habe anders als in seinem Beschluss vom 23.6.2004 [1 BvL 3/98](#) (BVerfGE 111, 115 = SozR 4 8570 § 6 Nr 3) nicht verfügt, dass sich die Verpflichtung zur Neuregelung auf den gesamten insoweit betroffenen Zeitraum erstrecke. Nichtigkeit der beanstandeten Vorschriften trete nur ein, wenn es bis zum 31.8.2012 zu keiner verfassungsgemäßen Neuregelung komme. Zudem seien die übrigen Anspruchsvoraussetzungen des Art 1 Abs 1 S 1 Nr 1 bis 3 BayLerzGG 1995 nicht nachgewiesen.

15 Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt ([§ 124 Abs 2 SGG](#)).

II

16 Einer Entscheidung des Senats steht die erfolgte Aussetzung des Verfahrens nicht entgegen. Der Senat hat entsprechend der Anordnung im Beschluss des BVerfG vom 7.2.2012 [1 BvL 14/07](#) (BVerfGE 130, 240, 262 = [NJW 2012, 1711](#) RdNr 62) das vorliegende Verfahren mit Beschluss vom 12.3.2012 ausgesetzt und es fortgesetzt, nachdem das Gesetz zur Änderung des BayLerzGG vom 24.7.2012 (BayGVBl S 391) am 30.8.2012 in Kraft getreten war. Dabei hat es einer Aufhebung des Beschlusses vom 12.3.2012 über die Aussetzung nicht bedurft, weil die Fortsetzung des Verfahrens auch durch konkludentes Handeln möglich ist (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl 2012, § 114 RdNr 10a mwN). Die Anordnung der Aussetzung ist hinfällig geworden, nachdem der Bayerische Gesetzgeber entsprechend der vom BVerfG eröffneten Möglichkeit tätig geworden ist. Mit seiner Anfrage vom 20.8.2012 und Mitteilung des neuen Aktenzeichens an die

Beteiligten hat der Senat sodann die Bearbeitung der Sache wieder aufgenommen und damit die Aussetzung des Verfahrens beendet.

17 Die Revision des Klägers ist zulässig. Sie ist kraft Zulassung durch das LSG statthaft ([§ 160 Abs 1 SGG](#)) und nach Bewilligung von Prozesskostenhilfe sowie in Anbetracht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Senatsbeschlüsse vom 17.5.2011 und 10.2.2012) form und fristgerecht eingelegt und begründet worden ([§ 164 SGG](#)).

18 Zwar kann die Revision gemäß [§ 162 SGG](#) nur darauf gestützt werden, dass das angefochtene Urteil auf der Verletzung einer Vorschrift des Bundesrechts oder einer sonstigen im Bezirk des Berufungsgerichts geltenden Vorschrift beruht, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt. Die Rüge, das LSG habe Vorschriften des BayLErzGG verletzt, wäre mithin unzulässig; dieses Gesetz gilt nämlich nicht über den Bereich des LSG hinaus (vgl. Senatsurteil vom 2.2.2006 B [10 EG 9/05](#) R [BSGE 96, 44](#) = SozR 4 1300 § 27 Nr 2, RdNr 9). Der Kläger rügt aber ua eine Verletzung von [Art 3 Abs 1 GG](#) und damit von Bundesrecht. Auch Bestimmungen des europäischen Gemeinschaftsrechts wie das EG Abk Polen sind als unmittelbar im Bundesgebiet geltendes Recht ebenso revisibel (vgl. Senatsurteil vom 29.1.2002 B [10 EG 2/01](#) R [BSGE 89, 129](#), 130 = SozR 3 6940 Art 3 Nr 2 und Senatsurteil vom 18.2.2004 B [10 EG 10/03](#) R [BSGE 92, 182](#) = SozR 4 6940 Art 3 Nr 1 RdNr 3) wie die EMRK als allgemeine Regelung des Völkerrechts nach [Art 25 GG](#) (vgl. Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl 2012, § 162 RdNr 4b).

19 Die Revision ist auch begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das LSG. Die bisherigen Tatsachenfeststellungen des LSG lassen eine abschließende Entscheidung des Senats nicht zu.

20 Die Berufungen des Klägers gegen die klagabweisenden Urteile des SG sind zulässig gewesen ([§ 143 SGG](#)). Gesetzliche Ausschlussgründe ([§ 144 Abs 1 SGG](#)) liegen nicht vor, Form und Fristen sind eingehalten worden ([§ 151 SGG](#)).

21 Der Kläger erstrebt mit seinen statthaften und zulässigen Anfechtungs und Leistungsklagen ([§ 54 Abs 4 SGG](#)) die Gewährung von BayLErzg jeweils für das dritte Lebensjahr seiner Tochter A. (24.7.1997 bis 23.7.1998) und seines Sohnes D. (12.4.2002 bis 11.4.2003). Dabei wendet er sich zum einen gegen den ablehnenden Bescheid des Beklagten vom 28.7.1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12.12.1997 und zum anderen gegen den ablehnenden Bescheid des Beklagten vom 8.5.2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14.8.2002 ([§ 95 SGG](#)). Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für diese Klagen sind erfüllt (vgl. [§§ 87, 90 SGG](#)).

22 Der Anspruch des Klägers auf BayLErzg für die streitigen Zeiträume richtet sich nach dem BayLErzGG idF der Bekanntmachung vom 16.11.1995 BayLErzGG 1995 (BayGVBl S 818), weil dieses auf Kinder, die vor dem 1.1.2001 geboren worden sind, weiterhin Anwendung findet (vgl. Art 14 Abs 1 BayLErzGG vom 9.7.2007 BayLErzGG 2007 BayGVBl S 442; Art 9 Abs 1 BayLErzGG vom 13.4.2004 BayLErzGG 2004, BayGVBl S 133; Art 9 Abs 1 BayLErzGG vom 26.3.2001 BayLErzGG 2001, BayGVBl S 76).

23 Nach Art 1 Abs 1 S 1 Nr 1 bis 5 BayLErzGG 1995 hat Anspruch auf BayLErzg, wer seine Hauptwohnung oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt seit der Geburt des Kindes, mindestens jedoch fünfzehn Monate, in Bayern hat (Nr 1), mit einem nach dem 30.6.1989 geborenen Kind, für das ihm die Personensorge zusteht, in einem Haushalt lebt (Nr 2), dieses Kind selbst betreut und erzieht (Nr 3), keine oder keine volle Erwerbstätigkeit ausübt (Nr 4) und die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum besitzt (Nr 5).

24 Entgegen der Auffassung des LSG scheitern die Leistungsansprüche des Klägers nicht an Art 1 Abs 1 S 1 Nr 5 BayLErzGG 1995.

25 Das BVerfG hat Art 1 Abs 1 S 1 Nr 5 BayLErzGG 1995 und dessen Nachfolgevorschriften als mit [Art 3 Abs 1 GG](#) unvereinbar erklärt (Beschluss vom 7.2.2012 [1 BvL 14/07 BVerfGE 130, 240](#) = [NJW 2012, 1711](#)). Gleichzeitig hat es dem bayerischen Gesetzgeber für den Erlass einer Neuregelung eine Frist bis zum 31.8.2012 eingeräumt. Weiter hat es erklärt: Komme es bis zu diesem Zeitpunkt zu keiner verfassungsgemäßen Neuregelung, so trete Nichtigkeit der beanstandeten Vorschriften ein (BVerfG, aaO, RdNr 61).

26 Die Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Vorschrift führt gemäß [§ 82 Abs 1 iVm § 78 S 1](#) Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) im Regelfall zu deren Nichtigkeit (vgl. auch [BVerfGE 84, 168](#), 186; [92, 158](#), 186). Dies gilt nach [§ 78 S 1 BVerfGG](#) auch für Landesrecht. Bei Verstößen gegen den Gleichheitssatz wie vorliegend beschränkt sich das BVerfG allerdings meist darauf, die Unvereinbarkeit der verfassungswidrigen Regelung mit dem GG festzustellen und sieht von einer Nichtigkeitsklärung ab (vgl. [BVerfGE 87, 114](#), 135 f; [94, 241](#), 265 = SozR 3 2200 § 1255a Nr 5 S 18). Dies gilt vor allem dann, wenn mehrere Möglichkeiten für die Beseitigung des Verfassungsverstosses bestehen und die Nichtigkeitsklärung in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers eingreifen würde ([BVerfGE 39, 316](#), 332 f = SozR 2600 § 60 Nr 1 S 6; [BVerfGE 77, 308](#), 337; [84, 168](#), 186 f). Da dem Gesetzgeber nach den Ausführungen des BVerfG (Beschluss vom 7.2.2012, [aaO](#), RdNr 58) im vorliegenden Fall mehrere Möglichkeiten zur Verfügung standen, den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen, er insbesondere auch auf die Voraussetzung der Staatsangehörigkeit ersatzlos verzichten konnte, kam nur eine Unvereinbarkeitserklärung ohne Verpflichtung zur Neuregelung in Betracht (vgl. hierzu auch [BVerfGE 84, 168](#), 186 f; [92, 158](#), 186; [111, 176](#), 189 = SozR 4 7833 § 1 Nr 4 RdNr 40). Das BVerfG hat nur den Weg für eine solche Neuregelung als versperrt angesehen, die nachträglich das LErzGG abschafft, weil jene Eltern, die die Voraussetzungen des Art 1 Abs 1 S 1 Nr 5 BayLErzGG 1995 erfüllten, bereits aufgrund bestands bzw rechtskräftig abgeschlossener Verfahren Erzg erhalten hätten, welches ihnen nicht rückwirkend wieder genommen werden könne. Eine nachträgliche Abschaffung des LErzg benachteilige damit erneut in gleichheitswidriger Weise diejenigen, die die mit [Art 3 Abs 1 GG](#) unvereinbaren Voraussetzungen des Art 1 Abs 1 S 1 Nr 5 BayLErzGG nicht erfüllten (vgl. BVerfG Beschluss vom 7.2.2012 [1 BvL 14/07 BVerfGE 130, 240](#), 260 f = [NJW](#), aaO, RdNr 58).

27 Eine Unvereinbarkeit mit dem GG hat grundsätzlich zur Folge, dass die betroffene gesetzliche Regelung in dem sich aus der Entscheidungsformel ergebenden Umfang nicht mehr angewendet werden darf ([BVerfGE 37, 217](#), 261; [55, 100](#), 110 = SozR 2600 § 60 Nr 2 S 8; [BVerfGE 82, 126](#), 155; [84, 168](#), 187; [92, 53](#), 73 = SozR 3 2200 § 385 Nr 6 S 22 f). Nur in Ausnahmefällen ist eine verfassungswidrige Norm nach entsprechender Feststellung durch das BVerfG weiter anwendbar (s hierzu [BVerfGE 37, 217](#), 261; [61, 319](#), 356; [92, 53](#), 73 = SozR 3 2200 § 385 Nr 6 S 22 f). Eine solche Ausnahme hat das BVerfG vorliegend nicht festgestellt.

28 Aufgrund des Beschlusses des BVerfG vom 7.2.2012 ([aaO](#)) war der bayerische Gesetzgeber folglich gehalten, die formale Gesetzeslage mit dem GG in Einklang zu bringen (vgl. zB [BVerfGE 41, 399](#), 426; [55, 100](#), 110 = SozR 2600 § 60 Nr 2 S 8; [BVerfGE 61, 319](#), 356; [81, 363](#),

384; [94, 241](#), 266 = SozR 3 2200 § 1255a Nr 5 S 18). Er hätte also die das Staatsangehörigkeitserfordernis enthaltenden Vorschriften des BayLErzGG 1995, 2001, 2004 und 2007 entweder ersatzlos aufheben oder durch verfassungskonforme Bestimmungen ersetzen können. Im Hinblick auf die ihm vom BVerfG eingeräumte Frist musste dies bis zum 31.8.2012 geschehen; andernfalls sollte die Nichtigkeit der beanstandeten Vorschriften eintreten (BVerfG Beschluss vom 7.2.2012 [1 BvL 14/07 BVerfGE 130, 240](#), 260 f = NJW, aaO, RdNr 58; [BVerfGE 111, 115](#), 146 = SozR 4 8570 § 6 Nr 3 RdNr 60).

29 Der bayerische Gesetzgeber hat lediglich das BayLErzGG 2007 (geändert durch Art 14 Gesetz vom 14.4.2009, BayGVBl S 86) mit Wirkung ab 30.8.2012 dahingehend geändert, dass dessen Art 1 Abs 1 S 1 Nr 6 (Nachfolgeregelung zu Art 1 Abs 1 S 1 Nr 5 BayLErzGG 1995) aufgehoben und die Anspruchsberechtigung von nicht freizügigkeitsberechtigten Elternteilen entsprechend § 1 Abs 7 Bundeselterngeld und Elternzeitgesetz (BEEG) geregelt worden ist (vgl § 1 Abs 5 BayLErzGG neuer Fassung). Aus dem Umstand, dass die gesetzliche Neuregelung zeitlich nicht zurückwirkt und die hier streitigen Zeiträume die Leistungsansprüche des Klägers betreffend nicht erfasst, kann entgegen der Auffassung des Beklagten nicht der Schluss gezogen werden, dass Art 1 Abs 1 S 1 Nr 5 BayLErzGG 1995 weiterhin bzw erneut Anwendung finde. Da sich die Neuregelung nur auf das BayLErzGG 2007, nicht aber auf die davor geltenden Fassungen des BayLErzGG bezieht, fehlt es für den hier einschlägigen § 1 Abs 1 S 1 Nr 5 BayLErzGG 1995 an einem Tätigwerden des bayerischen Gesetzgebers. Somit ist die letztgenannte Regelung nach der Bestimmung im Beschluss des BVerfG vom 7.2.2012 [1 BvL 14/07 \(BVerfGE 130, 240](#), 262 = NJW, aaO, RdNr 61) ab 1.9.2012 als nichtig anzusehen. Ihre Anwendung ist damit ausgeschlossen.

30 Eines speziellen Hinweises im Beschluss des BVerfG vom 7.2.2012 ([aaO](#)) auf die Rechtsfolge der Nichtigkeit im Falle einer fehlenden Neuregelung auch für zurückliegende Zeiträume bedurfte es entgegen der Auffassung des Beklagten nicht. Das BVerfG hat im vorliegenden Fall anders als in seinem Beschluss vom 23.6.2004 ( [1 BvL 3/98 BVerfGE 111, 115](#), 146 = SozR 4 8570 § 6 Nr 3 RdNr 60) ausdrücklich nicht verfügt, dass sich eine Änderungsverpflichtung des Gesetzgebers auf "den gesamten von der Unvereinbarerklärung betroffenen Zeitraum" erstreckt. Vielmehr hat es von vornherein keine Änderungsverpflichtung ausgesprochen. Im Übrigen hat es in diesem Zusammenhang mehrfach auf die Fundstelle im 111. Band verwiesen (Beschluss vom 7.2.2012 [1 BvL 14/07 BVerfGE 130, 240](#), 262 = NJW, aaO, RdNr 61 und 62). Damit hat das BVerfG auf der Grundlage des [§ 31 BVerfGG](#) klargestellt, dass sich nicht nur die von ihm festgestellte Unvereinbarkeit mit dem GG, sondern auch die angedrohte Nichtigkeit bei Ausbleiben einer Neuregelung auf alle von ihm beanstandeten Vorschriften in den jeweiligen Fassungen des BayLErzGG und damit auf den gesamten von seinem Beschluss erfassten Zeitraum erstreckt.

31 Unter diesen Umständen erübrigt sich eine Prüfung des Senats, ob Art 1 Abs 1 S 1 Nr 5 BayLErzGG 1995 auch gegen die EMRK oder das EG Abk Polen verstößt. Im Übrigen ist der Senat bereits mit Urteil vom 24.4.2003 [B 10 EG 4/01 R](#) (SozR 4 6720 Art 38 Nr 1) zu dem Ergebnis gelangt, dass das EG Abk Polen in Bezug auf BErzG kein Diskriminierungsverbot enthält.

32 Wie das LSG ohne Rechtsverstoß angenommen hat, erfüllt der Kläger die Voraussetzungen des Art 1 Abs 1 S 1 Nr 4 BayLErzGG 1995 für die streitbefangenen Zeiträume. Insbesondere steht sein Bezug von Alhi einer Anspruchsberechtigung nicht entgegen. Nach Auffassung des LSG ist insoweit Art 8 Nr 1 Buchst a BayLErzGG 1995 einschlägig. Danach sind die Regelungen des ersten Abschnitts des BErzGG über die nicht volle Erwerbstätigkeit (§ 2 BErzGG) entsprechend anzuwenden. § 2 BErzGG ist in der Zeit von 1994 bis 2003 mehrfach geändert worden. Nach § 2 Abs 2 Nr 2 BErzGG idF vom 31.1.1994 ([BGBl I 180](#)) steht einer vollen Erwerbstätigkeit ua der Bezug von Arbeitslosengeld, Arbeitslosenbeihilfe und Eingliederungsgeld gleich. Von einer Gleichstellung mit einer vollen Erwerbstätigkeit hat der Gesetzgeber den Bezug von Alhi seinerzeit noch vollständig ausgenommen (vgl dazu BSG Urteil vom 13.5.1998 B [14 EG 9/97 R](#) SozR 3 7833 § 2 Nr 7 S 34 mwN). Das hat sich allerdings mit Wirkung ab 1.1.2001 geändert. Nach § 2 Abs 2 BErzGG idF vom 12.10.2000 ([BGBl I 1426](#); Bekanntmachung der Neufassung vom 1.12.2000, [BGBl I 1645](#)) schließt der Bezug von Alhi Erziehungsgeld aus, wenn der Bemessung dieser Entgeltersatzleistung ein Arbeitsentgelt oder einkommen für eine Beschäftigung mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von mehr als 30 Stunden zugrunde liegt.

33 Ob es sich, wie das LSG meint, bei der Verweisung in Art 8 Nr 1 Buchst a BayLErzGG 1995 auf § 2 BErzGG um eine statische Verweisung handelt, mit der Folge, dass die ab 1.1.2001 geltende Änderung des BErzGG insoweit unberücksichtigt bleibt, kann hier dahinstehen. Diese Auslegung betrifft an sich die vom BSG nicht zu prüfende Anwendung von Landesrecht. Aber selbst wenn der Senat den vom LSG unberücksichtigt gelassenen Art 10 Abs 1 BayLErzGG 1995 heranziehen dürfte (vgl dazu Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl 2012, § 162 RdNr 7b mwN), wonach die in diesem Gesetz enthaltenen Verweisungen die genannten Vorschriften in der jeweils geltenden Fassung betreffen, so ergibt sich aus § 24 Abs 1 S 1 BErzGG in der ab 1.1.2001 geltenden Fassung ([BGBl I 2000, 1426](#), 1645), dass für die vor dem 1.1.2001 geborenen Kinder die Vorschriften dieses Gesetzes in der bis zum 31.12.2000 geltenden Fassung weiter anzuwenden sind.

34 Da das LSG die Voraussetzungen des Art 1 Abs 1 S 1 Nr 1 bis 3 BayLErzGG 1995 nicht geprüft hat, fehlen insoweit tatrichterliche Feststellungen. Dies hindert den erkennenden Senat an einer abschließenden Entscheidung über die vom Kläger geltend gemachten Leistungsansprüche, da der Senat die noch erforderliche Aufklärung des Sachverhalts im Revisionsverfahren nicht selbst vornehmen kann (vgl [§ 163 SGG](#)). Deshalb ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen (vgl [§ 170 Abs 2 S 2 SGG](#)).

35 Das LSG wird soweit erforderlich auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2013-10-18