

L 13 EG 22/08

Land

Nordrhein-Westfalen

Sozialgericht

LSG Nordrhein-Westfalen

Sachgebiet

Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten

Abteilung

13

1. Instanz

SG Aachen (NRW)

Aktenzeichen

S 13 EG 24/07

Datum

12.02.2008

2. Instanz

LSG Nordrhein-Westfalen

Aktenzeichen

L 13 EG 22/08

Datum

27.02.2009

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 10 EG 7/09 R

Datum

16.12.2010

Kategorie

Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Aachen vom 12.2.2008 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch im zweiten Rechtszug nicht zu erstatten. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist, ob die Klägerin ab Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis nach [§ 25 Abs. 5 Aufenthaltsgesetz](#) (AufenthG) Anspruch auf Erziehungsgeld für das erste Lebensjahr ihres am 00.00.2006 geborenen Sohnes I hat.

Die 1978 geborene Klägerin ist ghanaische Staatsangehörige. Sie ist die ledige Mutter von I und der am 00.00.2004 geborenen T. I ist nach Vaterschaftsanerkennung durch Herrn N, einem Ghanaer mit Niederlassungserlaubnis, seit dem 14.5.2007 deutscher Staatsangehöriger.

Die Klägerin ist am 5.7.2004 unerlaubt über Belgien nach Deutschland eingereist und war zunächst vollziehbar ausreisepflichtig, jedoch war ihre Abschiebung ausgesetzt (Duldung wegen Risikoschwangerschaft). Am 29.5.2007 erhielt sie eine zunächst bis 29.11.2007 befristete Aufenthaltserlaubnis nach [§ 25 Abs. 5 AufenthG](#). Die Aufenthaltserlaubnis war zunächst mit der Nebenbestimmung "Erwerbstätigkeit nur mit Zustimmung der Ausländerbehörde gestattet" versehen; seit dem 26.10.2007 trägt sie den Zusatz "abhängige Beschäftigung jeder Art gestattet". Die Klägerin war und ist nicht erwerbstätig, bezieht keine Leistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) und nimmt keine Elternzeit in Anspruch; sie lebt von Sozialhilfeleistungen. Der Vater von I ist als Produktionshelfer (40 Wochenstunden) beschäftigt.

Am 13.4.2007 beantragte die Klägerin Erziehungsgeld für das 1. Lebensjahr von I. Trotz seiner vollschichtigen Beschäftigung wurde der Vater des Kindes zum Erziehungsgeldberechtigten bestimmt. Der Beklagte lehnte den Antrag durch Bescheid vom 21.6.2007 (Widerspruchsbescheid vom 19.7.2007) ab, weil die Klägerin nicht die Anspruchsvoraussetzungen nach § 1 Abs. 6 des Bundeserziehungsgeldgesetzes (BERzGG) erfülle.

Mit ihrer zum Sozialgericht Aachen (SG) erhobenen Klage hat die Klägerin ihr Begehren weiterverfolgt. Sie hat vorgetragen, sie habe Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach [§ 28 AufenthG](#); ein solcher Aufenthaltstitel berechtige fraglos zum Bezug von Erziehungsgeld. Unabhängig davon bestehe der Erziehungsgeldanspruch nicht erst ab dem Tage des "Besitzes" der Aufenthaltserlaubnis, sondern ab dem Zeitpunkt der Geburt des Kindes. Im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 6.7.2004 ([1 BvR 2515/95](#)) sei das Tatbestandsmerkmal "im Besitz" in § 1 Abs. 6 BERzGG entgegen der bisher hierzu in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung nicht länger wörtlich zu begreifen, sondern vielmehr verfassungskonform dahin auszulegen, dass lediglich die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Aufenthaltsgenehmigung vorliegen müssten. Das BVerfG habe klar herausgearbeitet, dass es auf den formalen Besitz eines Aufenthaltstitels nicht ankommen könne. Da der Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels auch von Faktoren abhängt, die der Betroffene nicht beeinflussen könne (z.B. Bearbeitungszeiten der Ausländerbehörde), und Amtshaftungsansprüche oft am erforderlichen Verschulden scheiterten, sei das Gesetz verfassungskonform dahinauszulegen, dass ihr bereits rückwirkend ab Geburt des Kindes ein Anspruch auf Erziehungsgeld zustehe und nicht erst ab dem Zeitpunkt der tatsächlichen Inbesitznahme der Aufenthaltserlaubnis. Die Klägerin hat ferner die Auffassung vertreten, dass die Anknüpfung an den formalen Besitz einer Aufenthaltserlaubnis auch gegen [Art. 14](#) i.V.m. [Art. 8](#) der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verstoße. Sie hat sich hierzu auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EuGHMR) vom 25.10.2005 ([59140/00](#)) bezogen.

Die Klägerin hat beantragt,

den Beklagten unter Aufhebung des Bescheides vom 21.6.2007 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 19.7.2007 zu verurteilen, ihr für die Zeit vom 15.10.2006 bis 14.10.2007 Erziehungsgeld für das Kind I zu gewähren, hilfsweise,

das Verfahren auszusetzen und dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorzulegen, ob § 1 Abs. 6 des Bundeserziehungsgeldgesetzes in der Fassung durch Art. 3 Nr. 1 des Gesetz zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13.12.2006 (BGBl. I S. 2915) mit [Art. 3 Abs. 1](#) des Grundgesetzes vereinbar ist.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen. Das SG hat die Klage mit Urteil vom 12.2.2008 abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Erziehungsgeld für das 1. Lebensjahr ihres Kindes I, da sie die Voraussetzungen des § 1 Abs. 6 BErzGG in der hier maßgeblichen - nach Ansicht der Kammer verfassungsmäßigen - Fassung nicht erfülle. Ihr Anspruch messe sich an § 1 Abs. 6 BErzGG in der Fassung durch Art. 3 Nr. 1 des "Gesetz zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss" vom 13.12.2006 (BGBl. I S. 2915). Die Vorschrift sei in dieser Fassung am 1.1.2006 in Kraft getreten (Art. 6 des Gesetzes vom 13.12.2006). Für den Zeitraum vom 15.10.2006 bis 28.5.2007 könne die Klägerin bereits deshalb kein Erziehungsgeld beanspruchen, weil sie in dieser Zeit keinen der in § 1 Abs. 6 Nr. 1 oder 2 BErzGG genannten Aufenthaltstitel besessen habe. Sie sei in dieser Zeit lediglich im Besitz einer Duldung nach [§ 60a AufenthG](#) gewesen, ihre Abschiebung sei vorübergehend ausgesetzt gewesen. Eine Duldung nach [§ 60a AufenthG](#) sei kein Aufenthaltstitel. Sie begründe einen Aufenthaltsstatus, der nicht erwarten lasse, dass der betreffende Ausländer auf Dauer in Deutschland bleiben könne (wird ausgeführt). Auch für den weiteren Zeitraum vom 29.5. bis 14.10.2007 erfülle die Klägerin nicht die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Erziehungsgeld nach § 1 Abs. 6 BErzGG in der Fassung des Gesetzes vom 13.12.2006. In dieser Zeit sei die Klägerin zwar im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 25 Abs. 5 AufenthG](#), jedoch im Bundesgebiet nicht berechtigt erwerbstätig gewesen, habe keine laufenden Geldleistungen nach dem SGB III bezogen und auch keine Elternzeit in Anspruch genommen (vgl. § 1 Abs. 6 Nr. 3. b) BErzGG). Für die Zeit vom 29.5. bis 4.7.2007 fehle es zudem an der Anspruchsvoraussetzung nach § 1 Abs. 6 Nr. 3 lit. a BErzGG, da die Klägerin erst am 5.7.2007 die Voraussetzung eines rechtmäßigen, gestatteten oder geduldeten Aufenthalts im Bundesgebiet von "mindestens 3 Jahren" erfüllt habe.

§ 1 Abs. 6 BErzGG in der Fassung des Gesetzes vom 13.12.2006 sei nicht verfassungswidrig. Indem das Gesetz die Erziehungsgeldberechtigung von Ausländern nun nicht mehr nur formal und allein an die Art eines bestimmten Aufenthaltstitels knüpfe, sondern entweder einen auf Dauer angelegten Aufenthaltstitel genügen lasse oder bei einem weniger festen Aufenthaltsrecht einen engen Bezug zum Erwerbsleben in Deutschland fordere, genüge es den Vorgaben des BVerfG im Beschluss vom 6.7.2004 ([a.a.O.](#)).

Soweit die Klägerin geltend mache, anstelle der Aufenthaltserlaubnis nach [§ 25 Abs. 5 AufenthG](#) einen Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach [§ 28 AufenthG](#) zu haben, führe dies zu keiner anderen Beurteilung ihres Erziehungsgeldanspruchs für das 1. Lebensjahr ihres Kindes I. Zwar handele es sich bei [§ 28 AufenthG](#) um eine anspruchsbegründende Aufenthaltserlaubnis im Sinne von § 1 Abs. 6 Nr. 2 BErzGG, da sie zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtige (vgl. [§ 28 Abs. 5 AufenthG](#)). Jedoch "besitze" die Klägerin eine solche Aufenthaltserlaubnis (noch) nicht und habe diese insbesondere auch nicht im streitbefangenen Anspruchszeitraum besessen, wie dies § 1 Abs. 6 Nr. 2 BErzGG verlange. Bei der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis handele es sich um eine ausländerrechtliche Entscheidung, an die die Erziehungsgeldbehörde und die über den Erziehungsgeldanspruch entscheidenden Sozialgerichte gebunden sind. Weder die Erziehungsgeldbehörde noch die Sozialgerichte seien befugt zu beurteilen, ob die Klägerin einen Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach [§ 28 AufenthG](#) habe oder seit 15.10.2006 gehabt habe und - bejahendenfalls - diese Beurteilung zur Grundlage einer Erziehungsgeld zusprechenden Entscheidung zu machen.

Insofern komme es durchaus auch darauf an, ab welchen Zeitpunkt die Klägerin im Besitz des anspruchsbegründenden Aufenthaltstitels gewesen ist. Ihre Auffassung, die Neuregelung des § 1 Abs. 6 BErzGG sei im Lichte des BVerfG-Beschlusses vom 6.7.2004 verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass es für den Erziehungsgeldanspruch nicht mehr auf den Zeitpunkt des Besitzes des Aufenthaltstitels ankomme, sondern auf den Zeitpunkt, ab dem Anspruch auf den Aufenthaltstitel bestanden habe, verkenne die Ausführungen des BVerfG im Beschluss vom 6.7.2004. Die Klägerin zitiere das BVerfG unrichtig, was sie zu falschen Schlussfolgerungen verleite. Das BVerfG habe nicht am formalen Besitz eines Aufenthaltstitels Anstoß genommen, sondern daran, dass das Gesetz für den Erziehungsgeldanspruch lediglich an die "formale Art des Aufenthaltstitels" als alleinige Grundlage einer Prognose über die Dauer des Aufenthalts in Deutschland angeknüpft habe. Die Vorgabe des Gesetzes, dass der Erziehungsgeldanspruch erst ab dem Zeitpunkt bestehe, ab dem der Ausländer den anspruchsbegründenden Aufenthaltstitel besitze, habe das BVerfG weder im Beschluss vom 6.7.2004 noch in anderen Entscheidungen als verfassungswidrig beanstandet. Es handele sich dabei auch um ein sachgerechtes Kriterium. Eine Anknüpfung an den Zeitpunkt, von dem ab ein Anspruch auf den Aufenthaltstitel bestehe, sei mit erheblichen Unsicherheiten verbunden, weil dieser Zeitpunkt oftmals nicht oder nur mit erheblichem Aufwand genau datiert werden könne. Durch die Anknüpfung an den Besitz des maßgeblichen Aufenthaltstitels sei klargestellt, dass das Erziehungsgeld frühestens von diesem Zeitpunkt bezogen werden könne. Selbst wenn im Aufenthaltstitel eine Rückwirkung angeordnet werde, lasse die Erteilung des maßgeblichen Aufenthaltstitels den Anspruch auf Erziehungsgeld nur für die Zukunft entstehen (Hinweis auf BSG, Urteil vom 9.2.1994- [14/14b REq 9/93](#) = [SozR 3-7833 § 1 Nr. 12](#) = InfAusIR 1994, 30). Entgehe einem Ausländer Erziehungsgeld wegen einer rechtswidrigen Verzögerung des Aufenthaltserlaubnisverfahrens, so könne er einen Ausgleich nicht im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs geltend machen. Denn für eine derartige Verfahrensverzögerung käme nur das Verschulden einer Behörde in Betracht, die weder über den Erziehungsgeldanspruch zu entscheiden noch als Antrags- oder Auskunftsstelle funktional in das Erziehungsgeldverfahren einbezogen sei. Das Fehlverhalten einer solchen Behörde müsse sich die zuständige Erziehungsgeldkasse nicht zurechnen lassen. Für den durch das entgangene Erziehungsgeld entstandenen Schaden bleibe nur ein etwaiger Amtshaftungsanspruch nach [§ 839 BGB](#) i.V.m. [Art. 34 GG](#) (Hinweis auf Irmen in: Hambüchen, BEEG/EstG/BKGG-Kommentar, Stand: August 2007, § 1 BErzGG Rndr. 37 bis 55 i.V.m. § 1 BEEG Rndr. 109, 110 m.w.N.).

Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie den Anspruch auf Erziehungsgeld für die Zeit ab Erteilung der Aufenthaltserlaubnis (29.5.2007) weiterverfolgt. Zur Begründung führt sie aus:

Das BVerfG habe entschieden, dass die formale Art des Aufenthaltstitels allein die Prognose, ob sich der betreffende Ausländer voraussichtlich auf Dauer im Bundesgebiet aufhalten werde, häufig nicht ermögliche. Sinnvoller Anknüpfungspunkt für eine Prognose, ob ein verfestigter Aufenthaltsstatus in Aussicht stehe, sei die Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Diesen Vorgaben werde das

BERzGG in der Fassung vom 13.12.2006 nicht gerecht. Mit der Regelung in § 1 Abs. 6 BERzGG knüpfe der Gesetzgeber erneut, wenn auch nicht mehr allein, an den Besitz einer Aufenthaltsgenehmigung an und schränke damit wieder den Kreis der Anspruchsberechtigten in diskriminierender Weise ein. Im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit würden sich für den Gesetzgeber aus [Art. 3 Abs. 1 GG](#) umso engere Grenzen ergeben, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken könne. Die Gewährung von Erziehungsgeld stehe im Zusammenhang mit dem Schutz der Familie aus [Art. 6 Abs. 1 GG](#), der keine Beschränkung auf Deutsche enthalte. Deshalb bedürfe es gewichtiger Gründe, um die getroffene Differenzierung zu rechtfertigen. Gleiches gelte für das in [Art. 14 EMRK](#) normierte allgemeine Diskriminierungsverbot. Es gebe aber keinen sachlichen Grund, den Anspruch auf Erziehungsgeld für Inhaber der in § 1 Abs. 6 Nr. 2 BERzGG aufgeführten Aufenthaltstitel von zusätzlichen Voraussetzungen als dem Zugang zum Arbeitsmarkt abhängig zu machen gegenüber den Ausländern, die im Besitz einer anderen Aufenthaltserlaubnis nach § 1 Abs. 6 Nr. 2 S. 1 erste Alternative BERzGG und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit bereits per Gesetz berechtigt sind. Weil sich für diejenigen, die im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 25 Abs. 5 Aufenthaltsgesetz](#) sind, in der Regel erst nach Ablauf des Voraufenthalts von drei Jahren erstmals überhaupt eine reelle Chance zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ergebe, werde durch das Erfordernis der Ausübung einer Erwerbstätigkeit beziehungsweise des Bezugs von SGB III Leistungen oder Inanspruchnahme von Elternzeit für einen erstmaligen Erziehungsgeldanspruch zusätzlich zu einer Voraufenthaltszeit von drei Jahren etwas abverlangt, was ihnen der Gesetzgeber angesichts des Vorrangsprinzips zuvor - zumindest faktisch - untersagt habe. Aufgrund der in der Neufassung des § 1 Abs. 6 BERzGG getroffenen Einschränkungen würden damit weiterhin große Gruppen mit humanitären Aufenthaltstitel, die zwar einen Zugang zum Arbeitsmarkt hätten, aber derzeit nicht erwerbstätig seien, weil sie etwa erwerbsunfähig oder Alleinerziehende seien, oder in der Vergangenheit die bereits zuvor geborenen Kinder betreut haben oder sie die Anwaltschaftszeit für den Anspruch auf Arbeitslosengeld I nicht erreicht haben oder gegen ihren Arbeitgeber kein Anspruch auf Elternzeit haben, in verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigender Weise von einem Anspruch auf Erziehungsgeld ausgeschlossen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Aachen vom 12.2.2008 aufzuheben und den Beklagten unter Aufhebung des Bescheides vom 21.6.2007 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 19.7.2007 zu verurteilen, ihr für die Zeit vom 29.5.2007 bis 14.10.2007 Erziehungsgeld für das Kind I zu gewähren,

hilfsweise,

das Verfahren auszusetzen und dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorzulegen, ob § 1 Abs. 6 BERzGG in der Fassung durch Art. 3 des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13.12.2006 ([Bundesgesetzblatt I, S. 2915](#)) mit [Art. 3 Abs. 1 GG](#) vereinbar ist.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält das angefochtene Urteil und seine Bescheide für zutreffend und die gesetzliche Regelung nicht für verfassungswidrig.

Das Ausländeramt der Stadt Aachen hat auf Anfrage des Senats mitgeteilt, dass die Änderung der Aufenthaltserlaubnis dahin, dass eine Beschäftigung jeder Art erlaubt sei, am 26.10.2007 erfolgt sei. Insoweit wird auf den in der mündlichen Verhandlung verlesenen Vermerk des Senatsvorsitzenden vom 26.2.2009 Bezug genommen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Streitakten, der Verwaltungsakten des Beklagten und der Ausländerakten der Bezirksregierung Köln, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet.

Das SG hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen, denn die angefochtene Bescheide sind nicht rechtswidrig. Der Beklagte hat mit ihnen zutreffend die Gewährung von Erziehungsgeld für das erste Lebensjahr von I abgelehnt. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Erziehungsgeld, weil im allein noch streitigen Zeitraum vom 29.5.2007 bis 14.10.2007 nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 6 BERzGG idF des Art. 3 des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13. Dezember 2006 ([BGBl. I 2006, S. 2915](#) ff.) gegeben sind.

Die Klägerin erfüllt, worüber unter den Beteiligten kein Streit besteht, die in § 1 Abs. 1 Satz 1 BERzGG genannten Voraussetzungen. Die den Interessen der Eltern hier offensichtlich zuwiderlaufende Bestimmung des Vaters des Kindes zum Berechtigten nach § 3 BERzGG steht dem Anspruch der Klägerin nicht schon entgegen. Sie geht ins Leere, weil der Vater des Kindes wegen seiner bereits mit dem Antrag angegebenen vollschichtigen Beschäftigung von vornherein als Berechtigter ausscheidet (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BERzGG) und selbst keinen Antrag gestellt hat. Auch das durch die Lohnsteuerbescheinigung für 2005 ausgewiesene Einkommen des Kindsvaters, mit dem die Klägerin bis August 2007 zusammengelebt hat, schließt den Anspruch auf Erziehungsgeld nicht aus.

Da die Klägerin nicht zum Kreis der freizügigkeitsberechtigten Bürger zählt (§ 1 Freizügigkeitsgesetz-EU) kommt für sie aber nur ein Anspruch auf Erziehungsgeld nach Maßgabe der Regelungen für sonstige ausländische Staatsangehörige in Betracht.

Nach § 1 Abs. 6 Nr. 2 BERzGG haben nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer dann einen Anspruch auf Erziehungsgeld, wenn sie eine Aufenthaltserlaubnis besitzen, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat. Diese Voraussetzung erfüllt die Klägerin schon deshalb nicht, weil unabhängig davon, dass die ihr erteilte Aufenthaltserlaubnis nach [§ 25 Abs. 5 AufenthG](#) in § 1 Abs. 6 Nr. 2 lit.c BERzGG von dem Kreis der zum Anspruch berechtigenden Aufenthaltstitel ausgenommen worden ist, ihr mit der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis am 29.5.2007 noch nicht die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt war.

Ausländer dürfen gemäß [§ 4 Abs. 3 Satz 1 AufenthG](#) eine Erwerbstätigkeit nur ausüben, wenn der Aufenthaltstitel sie dazu berechtigt. Es besteht also ein gesetzliches Beschäftigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt (Bünthe/Knödler, NZA 2008, 743, 744). Nach [§ 4 Abs. 2 Satz 1 AufenthG](#) berechtigt ein Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, sofern es "nach diesem Gesetz" (also dem Aufenthaltsgesetz) bestimmt ist oder der Aufenthaltstitel die Ausübung der Erwerbstätigkeit ausdrücklich erlaubt. Aus dem Aufenthaltstitel muss hervorgehen, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt ist ([§ 4 Abs. 2 Satz 2 AufenthG](#)).

Somit entscheidet die (nach erfolgter Einreise zuständige) Ausländerbehörde in einem Akt sowohl über die Zulassung zum Aufenthalt als auch den Zugang zum Arbeitsmarkt (vgl. Renner, Ausländerrecht, 8. Aufl., § 4 Rdnr. 58). Soweit die Erlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung nur mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erteilt werden darf ([§§ 4 Abs. 2 Satz 3, 39 Abs. 1 Satz 1 AufenthG](#)) handelt es sich nur um eine behördeninterne Maßnahme (Bünthe/Knödler, a.a.O., S. 745), nach außen entscheidet allein die Ausländerbehörde und trägt die Verantwortung für die getroffene Entscheidung (Renner, a.a.O., Rdnr. 52)

Hier bedurfte die Klägerin einer "ausdrücklichen" Erlaubnis, da eine Aufenthaltserlaubnis nach [§ 25 Abs. 5 AufenthG](#) nicht schon kraft Gesetzes zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt. Eine solche Erlaubnis ist der Klägerin am 29.5.2007 nicht erteilt worden. Die ergangene Aufenthaltserlaubnis berechtigte sie nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, denn eine solche war nur mit Zustimmung der Ausländerbehörde gestattet. Bis zur Erteilung dieser Zustimmung konnte die Klägerin nicht rechtmäßig erwerbstätig sein. Dementsprechend hat die Klägerin auch diese Nebenbestimmung am 26.10.2007 ändern lassen. Erst nach erfolgter Änderung, mit der ihr die Ausübung einer nicht selbständigen Beschäftigung erlaubt wurde, war die Klägerin im Besitz eines Aufenthaltstitels, der zur Ausübung einer Beschäftigung berechtigte.

Nach ständiger Rechtsprechung des BSG ist maßgebend für den Bezug von Erziehungsgeld die tatsächliche Erteilung des Aufenthaltstitels, der bereits zu Beginn des Leistungszeitraums vorliegen muss; es genügt nicht, dass materiell ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels bestand (BSG SozR 3 - 7833 § 1 Nrn. 7, 12, 14; SozR 3 - 1200 § 14 Nr. 24; s. auch Senat, Urteil vom 17.10.2008 - L [13 EG 16/08](#); ebenso die finanzgerichtliche Rechtsprechung zur gleich gelagerten Problematik im Kindergeldrecht, vgl. [BFH/NV 1998, 963](#)). Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Klägerin, wie sie auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltend macht, Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach [§ 28 Abs. 1 AufenthG](#) hat und ob ihr ggf. eine solche Aufenthaltserlaubnis noch mit Rückwirkung erteilt wird.

Nachdem nunmehr die Ausländerbehörde zugleich mit der Aufenthaltserlaubnis im Außenverhältnis auch über die Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit entscheidet ([§ 4 Abs. 2 Satz 1 AufenthG](#)), gelten die Grundsätze dieser Rechtsprechung auch für die Erteilung der Erlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung. Diese Erlaubnis ist "notwendiger Bestandteil" des Aufenthaltstitels ([§ 4 Abs. 2 Satz 2 AufenthG](#)), so dass bereits in der in Frage stehenden Aufenthaltserlaubnis ausdrücklich bestimmt sein muss, ob aufgrund des erteilten Titels ohne weiteres eine Erwerbstätigkeit gestattet ist. Die von § 1 Abs. 6 Nr. 2 BErzGG geforderte Aufenthaltserlaubnis besitzt ein Ausländer erst, wenn tatsächlich in dem Aufenthaltstitel die Ausübung der Erwerbstätigkeit erlaubt wird.

Ohne Bedeutung ist ferner, ob der Klägerin schon bei Erteilung der Aufenthaltserlaubnis am 29.5.2007 nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 BeschVerfV eine von der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unabhängige Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zur Ausübung einer Beschäftigung erteilt werden konnte und ob der zuständigen Ausländerbehörde von der Bundesagentur für Arbeit eine Generalvollmacht erteilt worden ist, in diesen Fällen ohne Einschaltung der Bundesagentur für Arbeit die Erlaubnis zu erteilen. Ebenso kann dahinstehen, ob angesichts der Generalvollmacht die Ausländerbehörde verpflichtet gewesen wäre, ohne förmlichen Antrag des Klägers von Amts wegen zu prüfen, ob die Erlaubnis zur Aufnahme einer Beschäftigung erteilt werden könne. Es mag sein, dass der Klägerin schon am 29.5.2007 eine Aufenthaltserlaubnis hätte erteilt werden müssen, die ihr den Zugang zum Arbeitsmarkt einräumte. Selbst wenn insoweit ein Fehlverhalten der Ausländerbehörde zu Ungunsten der Klägerin gegeben wäre, würde dies nicht zu einem Anspruch auf Erziehungsgeld führen können. Ein Herstellungsanspruch kommt nämlich nicht in Betracht, da sich die Erziehungsgeldbehörde ein Fehlverhalten der Ausländerbehörde nicht zurechnen lassen muss (ständige Rechtsprechung, vgl. BSG SozR 3 - 1200 § 14 Nrn. 8, 14 m. w. N.).

Auch aus dem Beschluss des BVerfG vom 06.07.2004 (SozR 4 - 7833 § 1 Nr. 4) ergibt sich entgegen der von der Klägerin vertretenen Auffassung nicht, dass der Gesetzgeber gehalten wäre, im Rahmen des § 1 Abs. 6 BErzGG auf den materiellen Anspruch auf eine Arbeitserlaubnis und nicht den tatsächlichen Besitz einer Erlaubnis abzustellen. Insoweit ist schon anzumerken, dass auch unter den Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Nr. 2 BeschVerfV kein Anspruch auf eine Erlaubnis besteht, sondern nur die Zustimmung ohne Vorliegen der Voraussetzungen des [§ 39 Abs. 2 AufenthG](#) erteilt werden kann. Unabhängig davon führt das BVerfG in dem genannten Beschluss aus, der Gesetzgeber dürfe bei einer künftigen Regelung auch an den Nachweis der Berechtigung zur Ausübung einer Beschäftigung anknüpfen (a.a.O. Rdnr. 40). Es hält es also offenkundig für zulässig, dass tatsächlich die förmliche Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorliegen muss.

Da die Klägerin im streitigen Zeitraum nicht im Besitz einer zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigenden Aufenthaltserlaubnis gewesen ist, kam es auf die von der Klägerin in den Mittelpunkt gestellte verfassungsrechtliche Frage, ob der Gesetzgeber in § 1 Abs. 6 Nr. 2 lit. c BErzGG zulässigerweise bestimmen durfte, dass für die dort genannten Aufenthaltstitel die bloße Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nicht ausreicht und diese Titel nur unter den weiteren Voraussetzungen des § 1 Abs. 6 Nr. 3 BErzGG einen Anspruch auf Erziehungsgeld begründen können, nicht an.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Der Senat hat den hier zu entscheidenden Fragen grundsätzliche Bedeutung beigemessen und daher die Revision zugelassen ([§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2010-12-17