

B 10 EG 7/09 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten
Abteilung
10
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
30.09.2010
Kategorie
Urteil

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 27. Februar 2009 wird zurückgewiesen. Die Beteiligten haben einander für das Revisionsverfahren keine außergerichtlichen Kosten zu erstatten.

Gründe:

I

1

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Klägerin Anspruch auf Bundeserziehungsgeld (BERzg) für den Teilzeitraum von der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis (29.5.2007) bis zur Vollendung des ersten Lebensjahres ihres am 15.10.2006 geborenen Sohnes H. hat; dieser ist seit dem 14.5.2007 deutscher Staatsangehöriger.

2

Die 1978 geborene Klägerin ist ghanaische Staatsangehörige. Sie reiste am 5.7.2004 unerlaubt über Belgien in die Bundesrepublik Deutschland ein. Ihre Abschiebung wurde am 7.7.2004 ausgesetzt (Duldung wegen Risikoschwangerschaft). Am 29.5.2007 erhielt sie eine zunächst bis zum 29.11.2007 befristete Aufenthaltserlaubnis nach [§ 25 Abs 5](#) Aufenthaltsgesetz (AufenthG). Die Aufenthaltserlaubnis war mit dem Zusatz "Erwerbstätigkeit nur mit Zustimmung der Ausländerbehörde gestattet" versehen; seit dem 26.10.2007 trug sie den Zusatz "Beschäftigung jeder Art gestattet".

3

Der Antrag der Klägerin vom 13.4.2007, ihr BERzg für das erste Lebensjahr ihres am 15.10.2006 geborenen Sohnes H. zu gewähren, wurde abgelehnt, weil diese nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs 6 Bundeserziehungsgeldgesetz (BERzGG) erfülle (Bescheid des Versorgungsamtes Aachen vom 21.6.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides der Beklagten vom 19.7.2007).

4

Die dagegen erhobene Klage hat das Sozialgericht Aachen (SG) abgewiesen (Urteil vom 12.2.2008). Im Berufungsverfahren hat die Klägerin ihr Begehren auf den Zeitraum ab Erteilung der Aufenthaltserlaubnis (29.5.2007) bis zur Vollendung des ersten Lebensjahres des Kindes (14.10.2007) beschränkt. Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (LSG) hat die Berufung zurückgewiesen (Urteil vom 27.2.2009). Es hat ua ausgeführt:

5

Die Klägerin erfülle im noch streitigen Zeitraum vom 29.5.2007 bis 14.10.2007 die Voraussetzungen des § 1 Abs 6 Nr 2 BERzGG (idF des Gesetzes vom 13.12.2006 ([BGBl I 2915](#))) schon deshalb nicht, weil ihr mit der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis am 29.5.2007 noch nicht die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt gewesen sei. Ausländer dürften nach [§ 4 Abs 3 Satz 1 AufenthG](#) eine Erwerbstätigkeit nur ausüben, wenn der Aufenthaltstitel sie dazu berechtige. Es bestehe ein gesetzliches Beschäftigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt. Nach [§ 4 Abs 2 Satz 1 AufenthG](#) berechtige ein Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, sofern dies "nach diesem Gesetz" bestimmt sei

oder der Aufenthaltstitel dies ausdrücklich erlaube. Aus dem Aufenthaltstitel müsse nach [§ 4 Abs 2 Satz 2 AufenthG](#) hervorgehen, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt sei.

6

Da eine Aufenthaltserlaubnis nach [§ 25 Abs 5 AufenthG](#) nicht schon kraft Gesetzes zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtige, habe die Klägerin einer ausdrücklichen Erlaubnis bedurft. Eine solche sei ihr am 29.5.2007 nicht erteilt worden. Die Ausübung einer Erwerbstätigkeit sei nur mit Zustimmung der Ausländerbehörde gestattet worden. Bis zur Erteilung der Zustimmung habe die Klägerin nicht rechtmäßig erwerbstätig sein können. Dementsprechend habe sie diese Nebenbestimmung am 26.10.2007 ändern lassen.

7

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) sei die tatsächliche Erteilung des Aufenthaltstitels maßgebend, der bereits zu Beginn des Leistungszeitraums vorliegen müsse. Nachdem nunmehr die Ausländerbehörde auch über die Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit entscheide, gälten diese Grundsätze auch für diese Erlaubnis. Die von § 1 Abs 6 Nr 2 BErzGG geforderte Aufenthaltserlaubnis besitze ein Ausländer deshalb erst dann, wenn tatsächlich in dem Aufenthaltstitel die Ausübung der Erwerbstätigkeit erlaubt werde.

8

Ohne Bedeutung sei, ob der Klägerin schon bei Erteilung der Aufenthaltserlaubnis am 29.5.2007 nach § 9 Abs 1 Nr 2 Beschäftigungsverfahrensverordnung (BeschVerfV) eine von der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unabhängige Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit (BA) hätte erteilt werden müssen und ob die zuständige Ausländerbehörde von der BA eine Generalvollmacht zur Erteilung einer Arbeitserlaubnis erhalten habe. Ebenso könne dahinstehen, ob die Ausländerbehörde verpflichtet gewesen wäre, eine Erlaubnis zu erteilen. Selbst wenn ein Fehlverhalten der Ausländerbehörde vorgelegen hätte, würde dies nicht zu einem Herstellungsanspruch führen, denn dieses Verhalten müsse sich die Erziehungsgeldbehörde nicht zurechnen lassen.

9

Entgegen der Auffassung der Klägerin ergebe sich auch aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 6.7.2004 - [1 BvR 2515/95](#) - ([SozR 4-7833 § 1 Nr 4](#)) nicht, dass der Gesetzgeber gehalten gewesen wäre, auf den materiellen Anspruch auf eine Arbeitserlaubnis und nicht auf den tatsächlichen Besitz abzustellen.

10

Da die Klägerin im streitigen Zeitraum nicht im Besitz einer zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigenden Aufenthaltserlaubnis gewesen sei, komme es auf die verfassungsrechtliche Frage nicht an, ob der Gesetzgeber in § 1 Abs 6 Nr 2 Buchst c BErzGG zulässigerweise habe bestimmen dürfen, dass für die dort genannten Aufenthaltstitel die bloße Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nicht ausreiche und diese Titel nur unter den weiteren Voraussetzungen des § 1 Abs 6 Nr 3 BErzGG einen Anspruch auf BErzg begründen könnten.

11

Die Klägerin hat die vom LSG zugelassene Revision eingelegt. Sie trägt vor:

12

Entgegen der Darstellung des LSG knüpfe das BVerfG in seiner Entscheidung vom 6.7.2004 - [1 BvR 2515/95](#) - nicht an den tatsächlichen Besitz der Erlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung an, sondern an die Frage, ob der Ausländer der Erwerbstätigkeit rein rechtlich nachgehen dürfe oder nicht. Angesichts des Sinnes und Zweckes des BErzg, zugunsten der Erziehung des Kindes auf eine Erwerbstätigkeit zu verzichten, müsse die abstrakte rechtliche Möglichkeit eines Arbeitsmarktzugangs als Nachweis des Rechts auf Ausübung einer Beschäftigung ausreichen.

13

Damit bleibe die vom LSG offengelassene Frage zu klären, ob § 1 Abs 6 Nr 2 BErzGG idF des Gesetzes vom 13.12.2006 verfassungsgemäß sei. Diese Vorschrift werde den Vorgaben des BVerfG nicht gerecht. Es gebe keinen sachlichen Grund, den Anspruch auf BErzg für Inhaber der in § 1 Abs 6 Nr 2 Buchst c BErzGG aufgeführten Aufenthaltstitel von über den Zugang zum Arbeitsmarkt hinausgehenden Voraussetzungen abhängig zu machen. Durch die Einschränkungen in § 1 Abs 6 Nr 3 BErzGG würden große Gruppen mit humanitären Aufenthaltstiteln in verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigender Weise von einem Anspruch auf BErzg ausgeschlossen.

14

Die Benachteiligung der Inhaber einer Aufenthaltsbefugnis nach [§ 25 Abs 5 AufenthG](#) sei auch nicht im Hinblick auf eine zulässige Typisierung gerechtfertigt, da diese nur hinzunehmen sei, wenn die mit ihr verbundenen Härten nicht besonders schwer wögen und nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wären. Das das BErzg als Einkommen bei Sozialleistungen unberücksichtigt bleibe, falle der mit der Versagung des Anspruchs auf BErzg verbundene Nachteil in Höhe von monatlich mindestens 300 Euro in jedem Fall ins Gewicht.

15

Die Klägerin beantragt, die Urteile des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 27. Februar 2009 und des Sozialgerichts Aachen vom 12. Februar 2008 sowie den Bescheid des Versorgungsamtes Aachen vom 21. Juni 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides der

Beklagten vom 19. Juli 2007 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihr für den Teilzeitraum vom 29. Mai bis 14. Oktober 2007 des ersten Lebensjahres ihres am 15. Oktober 2006 geborenen Sohnes H. Bundeserziehungsgeld zu zahlen.

16

Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

17

Sie hält das Urteil des LSG für zutreffend.

II

18

Revision, Berufung und die kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage gegen den Bescheid vom 21.6.2007 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.7.2007 sind statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Klägerin hat ihr Begehren im Berufungsverfahren auf den Zeitraum von der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis (29.5.2007) bis zur Vollendung des 1. Lebensjahres des Kindes (14.10.2007) beschränkt.

19

Die Klage richtet sich jetzt zutreffend gegen die Bezirksregierung Münster. Die Aufgaben nach dem BErzGG sind - anders als diejenigen nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) - durch § 6 Gesetz zur Eingliederung der Versorgungsämter in die allgemeine Verwaltung des Landes NRW (EingliederungsG; Art 1 Zweites Gesetz zur Straffung der Behördenstruktur in NRW vom 30.10.2007, GVBl 482) mit Wirkung vom 1.1.2008 nicht auf kommunale Träger, sondern als landesweite Zuständigkeit auf die Bezirksregierung Münster übertragen worden. Da es sich bei der Bezirksregierung Münster um eine Behörde handelt, die nach [§ 70 Nr 3 SGG](#) iVm § 3 Gesetz zur Ausführung des Sozialgerichtsgesetzes im Lande Nordrhein-Westfalen (AG-SGG NRW) fähig ist, am Verfahren vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit beteiligt zu sein (vgl dazu auch BSG [SozR 4-1500 § 51 Nr 4](#) RdNr 31), kann sie selbst verklagt werden. Ob die Auffassung des 8. Senats des BSG (s Urteil vom 29.9.2009 - [B 8 SO 19/08 R](#) - RdNr 14, zur Veröffentlichung in SozR vorgesehen) zutrifft, dass eine Klage in diesem Fall zwingend gegen die Behörde und nicht den Rechtsträger zu richten ist, braucht hier nicht entschieden zu werden (zur Gegenansicht vgl BSG Urteil vom 23.4.2009 - [B 9 SB 3/08 R](#) - RdNr 21; s auch Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, § 70 RdNr 4). Denn die Klägerin hat auf Anregung des Senatsvorsitzenden ihre Klage im Revisionsverfahren - klarstellend - gegen die Bezirksregierung Münster gerichtet.

20

Die Beklagte ist zur Führung des vorliegenden Prozesses befugt. Auch im sozialgerichtlichen Verfahren ist zwischen der Beteiligtenfähigkeit und der Prozessführungsbefugnis zu unterscheiden. Die Prozessführungsbefugnis ist das Recht, einen Prozess als richtige Partei im eigenen Namen zu führen (vgl Vollkommer in Zöller, ZPO, 28. Aufl 2010, vor § 50 RdNr 18), also als richtiger Kläger zu klagen (aktive Prozessführungsbefugnis vgl Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl 2009, vor § 40 RdNr 23) oder als richtiger Beklagter verklagt zu werden (passive Prozessführungsbefugnis vgl Kopp/Schenke, aaO, § 78 RdNr 1). Die Prozessführungsbefugnis ist entgegen einer in der Literatur jüngst geäußerten Auffassung (Strassfeld, SGB 2010, 520) unproblematisch, wenn die nach [§ 70 Nr 3 SGG](#) beteiligtenfähige Behörde eines Rechtsträgers an dessen Stelle verklagt wird und sich gegen Ansprüche der Klägerseite verteidigt. Denn es entspricht der Funktion einer durch organisationsrechtliche Rechtssätze gebildeten Behörde, im Rahmen ihrer Zuständigkeit für den Staat oder einen anderen Träger der öffentlichen Verwaltung dessen Aufgaben nach außen selbstständig wahrzunehmen ([§ 1 Abs 2 SGB X](#); hierzu Roos in von Wulffen, SGB X, 7. Aufl 2010, § 1 RdNr 9; hierzu auch [§ 1 Abs 4 VwVfG](#); Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl 2008, § 1 RdNr 241 mwN). Sie wird demnach - soweit sie beteiligtenfähig ist - auch in einem Rechtsstreit im eigenen Namen für den Träger der öffentlichen Verwaltung tätig.

21

In der Sache ist die Revision unbegründet. Das Urteil des LSG ist revisionsgerichtlich nicht zu beanstanden.

22

Der Klägerin steht für den streitigen Zeitraum vom 29.5.2007 bis 14.10.2007 kein BErzg zu. Ihr Anspruch beurteilt sich hier nach § 1 BErzGG idF des Art 3 Gesetz zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss (AuslAnsprG) vom 13.12.2006 ([BGBl I 2915](#)). Der Senat lässt es dahingestellt, ob die Klägerin in dem hier streitigen Zeitraum nach den für den Senat bindenden tatsächlichen Feststellungen des LSG ([§ 163 SGG](#)) die Grundvoraussetzungen für einen Anspruch auf BErzg nach § 1 Abs 1 BErzGG erfüllte, denn das LSG hat rechtsfehlerfrei ([§ 162 SGG](#)) entschieden, dass bei der Klägerin seinerzeit jedenfalls die besonderen Voraussetzungen der Anspruchsberechtigung von nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern nach § 1 Abs 6 BErzGG nicht vorlagen.

23

§ 1 Abs 6 BErzGG idF des AuslAnsprG lautet:

(6) 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 AufenthG](#) erteilt,

b) nach [§ 18 Abs. 2 AufenthG](#) erteilt und die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit darf nach der Beschäftigungsverordnung nur für einen bestimmten Höchstzeitraum erteilt werden,

c) nach [§ 23 Abs. 1 AufenthG](#) wegen eines Krieges in seinem Heimatland oder nach den [§§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG](#) erteilt oder

3. eine in Nr. 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 SGB III bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt.

24

Nach den Feststellungen des LSG besaß die Klägerin die ghanaische Staatsangehörigkeit und seit dem 29.5.2007 eine Aufenthaltserlaubnis nach [§ 25 Abs 5 AufenthG](#), die mit dem Zusatz "Erwerbstätigkeit nur mit Zustimmung der Ausländerbehörde gestattet" versehen war. Damit hatte sie keine für sie erforderliche Aufenthaltserlaubnis, die iS von § 1 Abs 6 Nr 2 Halbs 1 BErzGG zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hatte.

25

Wie der erkennende Senat bereits in seinen Vorlagebeschlüssen vom 3.12.2009 ([B 10 EG 5/08 R](#) (= [1 BvL 3/10](#)), RdNr 99 ff; [B 10 EG 6/08 R](#) (= [1 BvL 4/10](#)), RdNr 94 ff; [B 10 EG 7/08 R](#) (= [1 BvL 2/10](#)), RdNr 95 ff) ausgeführt hat, ist diese Vorschrift wie folgt zu verstehen:

Ausgangspunkt des § 1 Abs 6 BErzGG ist es, dass ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer nur dann einen Leistungsanspruch hat, wenn er eine Niederlassungserlaubnis besitzt (vgl [§ 9 AufenthG](#)) oder aber stattdessen Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis ist, die zur Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat. Diesen Grundsatz, dass jeder (ehemals) zur Arbeit berechtigte Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis Anspruch auf BErzg haben soll, hat der Gesetzgeber für konkret benannte Fallkonstellationen (vgl § 1 Abs 6 Nr 2 Buchst a bis c, letztere iVm Nr 3 BErzGG) wieder eingeschränkt. Durch § 1 Abs 6 Nr 2 Buchst a und b BErzGG gänzlich ausgeschlossen, sind Ausländer mit Aufenthaltstiteln zum Studium oder zur Ausbildung ([§§ 16, 17 AufenthG](#)) sowie Ausländer, die eine Arbeitsberechtigung aufgrund der Gegebenheiten des deutschen Arbeitsmarktes von vornherein nur vorübergehend erhalten haben ([§ 18 Abs 2 AufenthG](#)).

26

Nach dem hier einschlägigen § 1 Abs 6 Nr 2 Buchst c iVm Nr 3 BErzGG hat der Gesetzgeber für Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 23 Abs 1 AufenthG](#) wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach [§§ 23a, 24, 25 Abs 3 bis 5 AufenthG](#) zusätzliche, über die bloße (frühere) Berechtigung zur Erwerbstätigkeit hinausgehende Anforderungen gestellt. Ist ein Ausländer Inhaber eines Titels nach einer der dort genannten aufenthaltsrechtlichen Vorschriften, hat er einen Erziehungsgeldanspruch nach dem BErzGG nur dann, wenn er sich - erstens - seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält (§ 1 Abs 6 Nr 3 Buchst a BErzGG) und er zusätzlich - zweitens - im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem SGB III bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt (§ 1 Abs 6 Nr 3 Buchst b BErzGG).

27

Zwar ließe sich mit dem Wortlaut des § 1 Abs 6 BErzGG auch eine Auslegung vereinbaren, die in der Nr 3 eine eigenständig neben den Nrn 1 und 2 stehende Tatbestandsvariante sieht. Dann würde hier nicht vorab der Grundtatbestand des [§ 1 Abs 6 Nr 2 Halbs 1 SGG](#) zu prüfen sein, vielmehr könnte unmittelbar bei der Nr 3 angesetzt werden. Mit einer solchen Vorgehensweise würde jedoch die Struktur des § 1 Abs 6 BErzGG vernachlässigt. Denn die Nr 3 bezieht sich erkennbar nur auf den von Nr 2 Buchst c erfassten Personenkreis, bei dem die Voraussetzungen des § 1 Abs 6 Nr 2 Halbs 1 BErzGG vorliegen müssen. Im Übrigen kann die Voraussetzung des § 1 Abs 6 Nr 3 Buchst b BErzGG grundsätzlich nur erfüllen, wer eine Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit besitzt oder besessen hat. Dies gilt auch für den Bezug laufender Geldleistungen nach dem SGB III (vgl [§ 123 SGB III](#)) und die Inanspruchnahme von Elternzeit (vgl §§ 15 ff BErzGG).

28

Indem § 1 Abs 6 Nr 2 Halbs 1 BErzGG verlangt, dass der nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat, bringt er deutlich zum Ausdruck, dass die betreffende Aufenthaltserlaubnis selbst zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigen oder berechtigt haben muss. Da nach [§ 4 Abs 2 Satz 2 AufenthG](#) jeder Aufenthaltstitel erkennen lassen muss, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt ist, ergibt sich die Erwerbsberechtigung entweder nach dem Gesetz aus der Art des Aufenthaltstitels selbst oder aus einer diesem ausdrücklich beigefügten Nebenbestimmung (vgl dazu Bünthe/Knödler, NZA 2008, 743 f, 746 ff; Helmke/Bauer, Familienleistungsausgleich, Stand Juni 2010, [§ 1 BEEG](#) RdNr 100, § 62 EStG RdNr 51.3; HK-AuslR/Hoffmann, 2008, [§ 4 AufenthG](#) RdNr 20 ff; Kloesel/Christ/Häußer, Deutsches Aufenthalts- und Ausländerrecht, 5. Aufl, Stand Juni 2010, [§ 4 AufenthG](#) RdNr 54, 58 ff). Berechtigt der Aufenthaltstitel für sich genommen nicht bereits zu einer Erwerbstätigkeit, so muss der Ausländer mithin während des Leistungszeitraumes im Besitz einer entsprechenden Nebenbestimmung sein.

29

Diese Auslegung knüpft an die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung zum BErzg und zum Kindergeld an (vgl dazu allgemein BSG [SozR 3-7833 § 1 Nr 3](#); [BSGE 70, 197](#) = [SozR 3-7833 § 1 Nr 7](#); BSG [SozR 3-7833 § 1 Nr 12](#), 14, 18; BSG [SozR 3-5870 § 1 Nr 6](#), 12; [BFH/NV](#)

[1998, 696](#); [BFH/NV 1998, 963](#); [BFHE 187, 562](#); [BFHE 221, 43](#); [BFH/NV 2009, 922](#)). Danach setzt der Besitz eines zum Bezug von BErzg berechtigenden ausländerrechtlichen Aufenthaltstitels einen für die Bezugszeit geltenden Verwaltungsakt der Ausländerbehörde voraus. Das Aufenthaltsrecht muss also durch die Ausländerbehörde bereits zu Beginn des Leistungszeitraumes förmlich festgestellt sein. Nicht ausreichend ist hingegen ein materiell-rechtlicher Anspruch auf einen entsprechenden Aufenthaltstitel. Es ist nämlich nicht Aufgabe der für die Bewilligung von BErzg zuständigen Behörden, darüber zu entscheiden, ob einem Ausländer ein zum Bezug des BErzg berechtigender Titel zusteht. Insoweit kommt der Entscheidung der Ausländerbehörde Tatbestandswirkung zu. Für den Anspruch auf BErzg entfaltet die Erteilung eines solchen Titels selbst dann keine rückwirkende Kraft, wenn der Beginn der Geltungsdauer des Titels auf einen Zeitpunkt vor seiner tatsächlichen Erteilung zurückreicht (vgl BSG [SozR 3-1200 § 14 Nr 24](#) S 80 f mwN). Was für den Aufenthaltstitel selbst gilt, muss im Hinblick auf [§ 4 Abs 2 Satz 2 AufenthG](#) auch für die Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit maßgebend sein.

30

Die Gesetzesmaterialien zum AusAnsprG sprechen nicht gegen eine solche Auslegung. Sie enthalten zwar auch Formulierungen, die darauf hindeuten könnten, dass es der Gesetzgeber ausreichen lassen wollte, dass eine Erwerbstätigkeit erlaubt werden könnte (vgl [BT-Drucks 16/1368 S 8](#), 12). Zur Änderung des BErzGG wird jedoch ausgeführt ([BT-Drucks 16/1368 S 10](#)):

Durch die Anknüpfung an die Erlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung wird der Zweck des BErzGG, nämlich die Sicherung der Wahlfreiheit zwischen Familie und Erwerbstätigkeit, berücksichtigt. Dieses Ziel kann jedoch nur erreicht werden, wenn dem Elternteil, der das Kind betreut, eine Erwerbstätigkeit rechtlich erlaubt ist.

Noch deutlicher heißt es in der Gegenäußerung der Bundesregierung zu Vorschlägen des Bundesrates ([BT-Drucks 16/1368 S 14](#)):

Demgegenüber stellt der Gesetzentwurf darauf ab, dass nicht allein an die Möglichkeit der Berechtigung zu einer Erwerbstätigkeit angeknüpft werden soll, sondern dass nur diejenigen Anspruch auf Familienleistungen haben sollen, die tatsächlich in Besitz dieser Berechtigung sind oder schon einmal waren.

31

Schließlich entspricht die vom erkennenden Senat vertretene Auslegung des § 1 Abs 6 Nr 2 Halbs 1 BErzGG auch dem Sinn und Zweck des BErzg. Das BVerfG hat es in seiner Entscheidung vom 6.7.2004 ([BVerfGE 111, 176](#), 185 f = [SozR 4-7833 § 1 Nr 4](#) RdNr 30) als sachgerecht angesehen, diejenigen Ausländer vom BErzg-Bezug auszuschließen, die aus Rechtsgründen ohnehin einer Erwerbstätigkeit nicht nachgehen dürften. Die Gewährung einer Sozialleistung, die Eltern einen Anreiz zum Verzicht auf eine Erwerbstätigkeit geben will, verfehlt ihr Ziel, wenn eine solche Erwerbstätigkeit demjenigen Elternteil, der zur Betreuung des Kindes bereit ist, rechtlich nicht erlaubt ist. Da der betreffende (nicht freizügigkeitsberechtigter) Ausländer eine Erwerbstätigkeit nur ausüben darf, wenn er im Besitz einer entsprechenden Berechtigung ist (vgl [§ 4 Abs 2 Satz 1 AufenthG](#)), ist es sinnvoll, darauf abzustellen, ob er einen entsprechenden Titel tatsächlich in der Hand hat. Der Zweck des BErzg, Wahlfreiheit zwischen Kindererziehung und Berufstätigkeit zu sichern, kann nämlich nicht durch eine rückwirkend erteilte Beschäftigungserlaubnis erreicht werden (vgl BSG [SozR 3-7833 § 1 Nr 12](#) S 54). Ebenso wenig ist es sachgerecht, der für die Bewilligung von BErzg zuständigen Behörde die eigenständige Prüfung aufzuerlegen, ob der Ausländer - unabhängig von dem tatsächlich vorliegenden Aufenthaltstitel - zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt ist, dh ob er Anspruch auf einen entsprechenden Titel hat. Denn dabei sind nicht nur ausländerrechtliche Umstände zu prüfen, sondern ggf auch eine Zustimmung der BA ausschlaggebend (vgl dazu [§ 4 Abs 2 Satz 3](#), [§ 39 AufenthG](#)).

32

Als ghanaische Staatsangehörige gehörte die Klägerin zu den nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern. Die ihr am 29.5.2007 erteilte Aufenthaltserlaubnis nach [§ 25 Abs 5 AufenthG](#) berechtigte sie für sich genommen ihrer Art nach nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit (vgl dazu zB HK-AuslR/Hoffmann, 2008, [§ 4 AufenthG](#) RdNr 22). Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus [§ 25 Abs 1 Satz 4](#) und [Abs 2 Satz 2 AufenthG](#). Ein entsprechender Verweis auf [§ 25 Abs 1 Satz 4 AufenthG](#) fehlt in [§ 25 Abs 5 AufenthG](#) (zur Aufenthaltserlaubnis nach [§ 25 Abs 3](#) vgl VG Osnabrück, Beschluss vom 5.11.2009 - [5 A 154/09](#) mit zustimmender Anm von Hamann, juris PR-ArbR 5/2010 Anm 3).

33

Kommt es demnach auf die dem Aufenthaltstitel beigefügte Nebenbestimmung an, so reicht der bei der Klägerin im streitigen Zeitraum vorliegende Zusatz "Erwerbstätigkeit nur mit Zustimmung der Ausländerbehörde gestattet" nicht aus. Denn es wird darin ausdrücklich eine gesonderte Zustimmungsentscheidung vorbehalten, an der verwaltungsintern ggf auch die BA mitzuwirken hat (vgl [§ 4 Abs 2 Satz 3](#), [§ 39 AufenthG](#)). Die Klägerin bedurfte mithin zur Ausübung einer Beschäftigung einer ausdrücklichen Beschäftigungserlaubnis. Diese ist ihr auch am 26.10.2007, also nach Ablauf des streitigen Zeitraums, durch die Nebenbestimmung "Beschäftigung jeder Art gestattet" erteilt worden. Dementsprechend kann auch der erkennende Senat nicht feststellen, dass die Klägerin für Zeiten vor dem 26.10.2007 die Voraussetzungen des § 1 Abs 6 BErzGG erfüllt.

34

Dieses Ergebnis hält der erkennende Senat für verfassungsrechtlich unbedenklich, zumal er mit seiner Auslegung des § 1 Abs 6 Nr 2 Halbs 1 BErzGG eine jahrzehntelange Rechtsprechung des BSG und des BFH fortführt, die vom BVerfG bislang nicht beanstandet worden ist. Zwar trifft es zu, dass das BVerfG in seiner Entscheidung vom 6.7.2004 ([BVerfGE 111, 176](#), 185 f = [SozR 4-7833 § 1 Nr 4](#) RdNr 30) nicht ausdrücklich an den Besitz einer Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit angeknüpft, sondern es allgemein für zulässig gehalten hat, solche Ausländer vom BErzg-Bezug auszuschließen, die aus Rechtsgründen einer Erwerbstätigkeit nicht nachgehen dürften. Andererseits hat sich das BVerfG nicht dahin geäußert, dass in diesem Zusammenhang von Verfassungs wegen nicht auf den Besitz einer entsprechenden Erlaubnis abgestellt werden dürfe. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist demnach dem Gesetzgeber vom BVerfG nicht untersagt worden, für die Anspruchsberechtigung nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer an den Besitz einer Aufenthaltserlaubnis, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat, anzuknüpfen.

35

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

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2010-12-28