

B 5 R 22/10 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Ulm (BWB)
Aktenzeichen
S 3 R 630/06
Datum
18.04.2007
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 10 R 3082/07
Datum
29.04.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 5 R 22/10 R
Datum
11.05.2011
Kategorie
Urteil

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 29. April 2010 aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

1

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Beklagte verpflichtet ist, Kinderberücksichtigungszeiten vom 1.10.1994 bis 31.10.1995 und vom 1.2.1996 bis 30.6.2000 vorzumerken.

2

Die 1958 geborene Klägerin legte bis Juli 1982 Pflichtbeitragszeiten zurück und ließ sich danach zur Sozialarbeiterin ausbilden. Ihr Ehemann ist als Krankenhausarzt abhängig beschäftigt und als Mitglied des Versorgungswerkes der Ärztekammer Bremen von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht befreit. Aus der Ehe gingen die Kinder L. (- 1990) und N. (- 1991) hervor. Von Oktober 1993 bis September 1994 war die Klägerin als Praktikantin rentenversicherungspflichtig beschäftigt. Anschließend zog sie mit ihrer Familie in die Niederlande. Der Ehemann blieb als Grenzgänger im Bundesgebiet tätig. Die Klägerin übte von November 1995 bis Januar 1996 - ebenfalls als Grenzgängerin - eine rentenversicherungspflichtige Beschäftigung in Deutschland aus. Im Juli 2000 kehrte die Familie nach Deutschland zurück.

3

Mit Bescheid vom 14.4.2005 stellte die Beklagte die im Versicherungsverlauf enthaltenen Daten bis zum 31.12.1998 verbindlich fest. Als Berücksichtigungszeiten erkannte sie "für L." die Zeiten vom 31.3.1990 bis 30.9.1994 und vom 1.11.1995 bis 31.1.1996 sowie "für N." die Zeiten vom 31.8.1991 bis 30.9.1994, 1.11.1995 bis 31.1.1996 und vom 1.7.2000 bis 30.8.2001 an. Gleichzeitig lehnte sie die Zeiten vom 1.10.1994 bis 31.10.1995 und vom 1.2.1996 bis 30.3. bzw 30.6.2000 als Berücksichtigungszeiten ab, weil beide Kinder damals im Ausland erzogen worden seien. Widerspruch und Klage sind erfolglos geblieben (Widerspruchsbescheid der Beklagten vom 13.1.2006, Urteil des SG Ulm vom 18.4.2007).

4

Das LSG Baden-Württemberg hat das erstinstanzliche Urteil aufgehoben, die angefochtenen Bescheide geändert und die Beklagte verurteilt, die Zeit vom "31.10.1994" bis 31.10.1995 und vom 1.2.1996 bis 30.6.2000 als Berücksichtigungszeit wegen Kindererziehung vorzumerken (Urteil vom 29.4.2010): Die Kinderberücksichtigungszeiten seien der Klägerin zuzuordnen, weil sie nicht von der Anrechnung ausgeschlossen sei und die Kinder im Ausland entweder allein, überwiegend oder gemeinsam mit dem Ehemann erzogen habe. Aufgrund einer europarechtskonformen Auslegung stehe diese Ausländerziehung einer Inländerziehung gleich. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH habe der Beschäftigungsstaat nach Art 13 Abs 2 Buchst a Verordnung - VO - (EWG) Nr 1408/71 auch solche Kindererziehungszeiten anzurechnen, die eine Person im Wohnortstaat zurücklege, wenn eine "hinreichende Verbindung" zum Beschäftigungsstaat hergestellt werden könne (EuGH Urteil vom 7.2.2002 - [C-28/00](#) (Kauer) - Juris, unter Hinweis auf das Urteil vom 23.11.2000 - [C-135/99](#) (Elsen) - [SozR 3-2600 § 56 Nr 14](#)). Dies sei vorliegend der Fall. Zwar sei der letzte Pflichtbeitrag wegen einer Beschäftigung lange vor den Geburten beider

Kinder im Juli 1982 gezahlt worden. Doch sei für die Klägerin schon allein wegen des Wohnsitzes in Deutschland weiterhin und damit auch im Zeitpunkt der Geburten deutsches Recht anwendbar. Zudem sei sie unmittelbar vor dem Umzug ins Ausland und auch sonst nur in Deutschland versicherungspflichtig beschäftigt gewesen. Dies sei von ausschlaggebender Bedeutung und belege die hinreichende Verbindung zum Beschäftigungsstaat Deutschland.

5

Mit der Revision, die das LSG zugelassen hat, rügt die Beklagte eine Verletzung des Art 44 Abs 2 VO (EG) Nr 987/2009 sowie des [§ 56 Abs 3 Satz 2 SGB VI](#). Hinsichtlich der EuGH-Entscheidung vom 23.11.2000 ([C-135/99](#) (Elsen)) sei festzustellen, dass die dort genannten Voraussetzungen im vorliegenden Verfahren nicht erfüllt seien. Die Klägerin habe zum Zeitpunkt der Geburt beider Kinder nicht aufgrund der Ausübung einer Erwerbstätigkeit deutschem Recht unterlegen. Aus diesem Grund könnten die deutschen Rechtsvorschriften nach dem Umzug in die Niederlande nicht fortwirken. Des Weiteren gelte vorliegend bereits Art 44 VO (EG) Nr 987/2009. Dieser sei zwar erst am 1.5.2010 in Kraft getreten und somit zum Zeitpunkt der Verkündung des Urteils des LSG am 29.4.2010 noch nicht anwendbar gewesen, er gelte jedoch nach Maßgabe des Art 93 VO (EG) Nr 987/2009 iVm Art 87 Abs 2 VO (EG) Nr 883/2004 auch für Versicherungszeiten, die vor Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr 883/2004 in den jeweiligen Mitgliedstaaten zurückgelegt worden seien. Da die Klägerin zum Zeitpunkt des Erziehungsbegins ihrer Kinder nicht aufgrund der Ausübung einer Erwerbstätigkeit den deutschen Rechtsvorschriften unterlegen habe, seien die Voraussetzungen des Art 44 VO (EG) Nr 987/2009 nicht erfüllt.

6

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 29. April 2010 aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 18. April 2007 zurückzuweisen.

7

Die Klägerin, die der angefochtenen Entscheidung beipflichtet, beantragt, die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

II

8

Die Revision der Beklagten ist im Sinne der Aufhebung und Zurückverweisung begründet ([§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG](#)). Eine Entscheidung in der Sache kann der Senat nicht treffen, weil hierzu weitere Tatsachenfeststellungen des LSG erforderlich sind.

9

Die Klägerin beehrte im Klage- und Berufungsverfahren ([§ 123](#), [§ 153 Abs 1 SGG](#)), den Bescheid vom 14.4.2005 und den Widerspruchsbescheid vom 13.1.2006 zu ändern und die Beklagte zu verpflichten, die Zeit vom 1.10.1994 bis 31.10.1995 und vom 1.2.1996 bis 30.6.2000 als Berücksichtigungszeit wegen Kindererziehung vorzumerken. Dieses Ziel verfolgte sie zulässigerweise mit der kombinierten Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ([§ 54 Abs 1 Satz 1](#), [§ 56 SGG](#)). Ob die Beklagte die erstrebten rechtlichen Feststellungen treffen muss, lässt sich ohne weitere Tatsachenfeststellungen nicht entscheiden.

10

Anspruchsgrundlage für die begehrte Vormerkung ist [§ 149 Abs 5 Satz 1 SGB VI](#). Nach dieser Vorschrift stellt der Versicherungsträger, nachdem er das Versicherungskonto geklärt hat, die im Versicherungsverlauf enthaltenen und nicht bereits festgestellten Daten, die länger als sechs Kalenderjahre zurückliegen, durch Bescheid fest (sog Vormerkungsbescheid). Der Versicherungsträger ist befugt, wenn auch nicht verpflichtet, auf Antrag auch solche geklärten Daten durch Bescheid festzustellen, die noch keine sechs Jahre zurückliegen. Denn die Beschränkung der Feststellungspflicht soll ihm lediglich ermöglichen, im Versicherungsverlauf enthaltene, aber noch nicht bescheidmäßig festgestellte Daten ohne Bindungen durch Vertrauensschutzerwägungen (vgl [§ 45 SGB X](#)) erleichtert zu berichtigen (vgl etwa BSG Urteile vom 28.2.1991 - [4 RA 76/90](#) - [BSGE 68, 171](#), 174 = [SozR 3-2200 § 1227a Nr 7](#) S 14; vom 23.10.2003 - [B 4 RA 15/03 R](#) - [BSGE 91, 245](#) = [SozR 4-2600 § 56 Nr 1](#), RdNr 5 und vom 18.10.2005 - [B 4 RA 6/05 R](#) - [SozR 4-2600 § 56 Nr 3](#) RdNr 12; Polster in Kasseler Komm, Stand September 2007, SGB VI [§ 149](#) RdNr 14). Entscheidet er indessen - wie hier - über Kindererziehungs- und -berücksichtigungszeiten, die noch keine sechs Jahre zurückliegen, muss er einen inhaltlich zutreffenden Vormerkungsbescheid erlassen (vgl BSG Urteil vom 21.3.1991 - [4/1 RA 35/90](#) - [SozR 3-2200 § 1325 Nr 3](#) S 5).

11

Nach [§ 57 Satz 1 SGB VI](#) ist die Zeit der Erziehung eines Kindes bis zu dessen vollendetem 10. Lebensjahr bei einem Elternteil eine Berücksichtigungszeit, soweit die Voraussetzungen für die Anrechnung einer Kindererziehungszeit nach [§ 56 SGB VI](#) auch in dieser Zeit vorliegen. Eine Kindererziehungszeit wird gemäß [§ 56 Abs 1 Satz 2 SGB VI](#) für einen Elternteil angerechnet, wenn

1. die Erziehungszeit diesem Elternteil zuzuordnen ist,
2. die Erziehung im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland erfolgt ist oder einer solchen gleichsteht und
3. der Elternteil nicht von der Anrechnung ausgeschlossen ist.

12

1. Die Feststellungen des LSG reichen nicht aus, um der Klägerin, die nicht von der Anrechnung ausgeschlossen ist ([§ 56 Abs 1 Satz 2 Nr 3](#),

[Abs 4 SGB VI](#)), die geltend gemachten Kinderberücksichtigungszeiten zuzuordnen. Diese Zuordnung bestimmt sich nach [§§ 57, 56 Abs 2 SGB VI](#), wobei drei Kategorien der Erziehung zu unterscheiden sind (BSG Urteile vom 16.12.1997 - [4 RA 60/97](#) - [SozR 3-2600 § 56 Nr 10](#) S 46; vom 31.8.2000 - [B 4 RA 28/00 R](#) - [Juris RdNr 16 ff](#) und vom 17.4.2008 - [B 13 R 131/07 R](#) - [SozR 4-2600 § 56 Nr 5 RdNr 11](#)): Die Alleinerziehung, die gemeinsame Erziehung und die überwiegende Erziehung. Das LSG hat "eine überwiegende Erziehung durch den Ehemann" ausgeschlossen und festgestellt, die Klägerin habe beide Kinder in den Niederlanden entweder allein oder überwiegend oder gemeinsam mit dem Ehemann erzogen. Aus dieser Wahlfeststellung hat es rechtsirrig geschlossen, die streitigen Erziehungszeiten seien aufgrund der Auffangregel des [§ 56 Abs 2 Satz 8 SGB VI](#) in jedem Fall der Klägerin als Mutter beider Kinder zuzuordnen.

13

Der Anwendungsbereich des [§ 56 Abs 2 Satz 8 SGB VI](#) war hier jedoch nicht eröffnet. Denn die Auffangregel greift erst ein, wenn die Eltern - bei fehlender Alleinerziehung - keine übereinstimmende Erklärung abgegeben haben und sich überwiegende Erziehungsanteile eines Elternteils nicht im erforderlichen Beweisgrad feststellen lassen (non liquet), sondern ihre Erziehungsbeiträge nach objektiven Maßstäben in etwa gleichgewichtig sind. Das LSG hätte (und wird im wiedereröffneten Berufungsverfahren) prüfen und ggf feststellen müssen, ob die Klägerin - wie sie im Kontenklärungsverfahren angegeben hat - beide Kinder in den fraglichen Zeiträumen allein erzogen hat. Im Falle der Alleinerziehung wäre ihr die Erziehungszeit zuzuordnen ([§ 56 Abs 2 Satz 1 SGB VI](#)); die Tatbestände der gemeinsamen oder überwiegenden Erziehung kämen nicht mehr in Betracht, weil zwischen Alleinerziehung einerseits und gemeinsamer und überwiegender Erziehung andererseits ein Verhältnis der Exklusivität besteht.

14

Hat die Klägerin die Kinder nicht allein, sondern gemeinsam mit ihrem Ehemann erzogen, so ist nach [§ 56 Abs 2 Satz 3 SGB VI](#) zunächst zu prüfen und festzustellen, ob die Eltern eine übereinstimmende öffentlich-rechtliche (Willens-)Erklärung über die Zuordnung der fraglichen Kinderberücksichtigungszeiten abgegeben haben. Allerdings kann eine solche Erklärung grundsätzlich nur mit Wirkung für künftige Kalendermonate ([§ 56 Abs 2 Satz 5 SGB VI](#)) und nur unter besonderen Voraussetzungen ausnahmsweise rückwirkend für bis zu zwei Kalendermonate abgegeben werden (vgl [§ 56 Abs 2 Satz 6 SGB VI](#)). Die Erklärung des Vaters vom 2.2.2010, die das LSG während des Berufungsverfahrens eingeholt hat, ist damit für die Zuordnung der streitigen Zeiten bedeutungslos.

15

Ergibt sich die Zuordnung nicht bereits zwingend aus einer kongruenten Elternerklärung, weil sie entweder fehlt oder nicht übereinstimmend bzw sonst unwirksam, insbesondere verspätet, abgegeben worden ist, bleibt es bei dem Grundsatz des [§ 56 Abs 2 Satz 9 SGB VI](#): Die Kindererziehungszeit ist dann demjenigen zuzuordnen, der das Kind - nach objektiven Gesichtspunkten betrachtet - überwiegend erzogen hat. Das Maß der Zuwendung der Elternteile zu ihrem Kind haben im Verwaltungsverfahren die Versicherungsträger nach [§ 20 SGB X](#) und im Gerichtsverfahren die Tatsachengerichte gemäß [§§ 103, 106 SGG](#) von Amts wegen zu ermitteln. Nur dann, wenn sich dabei überwiegende Erziehungsanteile eines Elternteils nicht im erforderlichen Beweisgrad feststellen lassen (non liquet), sondern die Erziehungsbeiträge nach objektiven Maßstäben in etwa gleichgewichtig sind, wird die Kindererziehungszeit nach der Auffangregel des [§ 56 Abs 2 Satz 8 SGB VI](#) der Mutter zugeordnet (vgl BSG [SozR 3-2600 § 56 Nr 10](#) S 47).

16

Das LSG hat es jedoch weder für erwiesen erachtet, dass die Klägerin ihre Kinder in der streitigen Zeit überwiegend erzogen hat noch bindend festgestellt, dass die Erziehungsbeiträge beider Eltern annähernd gleichwertig waren und keine dritte(n) Person(en) an der Erziehung substantiell beteiligt war(en). Dem Urteil des LSG ist lediglich zu entnehmen, dass "eine überwiegende Erziehung durch den Ehemann jedenfalls auszuschließen ist, weil der Ehemann berufstätig war, während die Klägerin dies - von den drei Monaten Ende 1995/Anfang 1996 abgesehen - nicht war". Hieraus ergibt sich logisch jedoch weder direkt noch im Umkehrschluss eine überwiegende Erziehung durch die Klägerin. Denn es ist nicht auszuschließen, dass dritte Personen die Kindererziehung - anstelle der Klägerin und ihres Ehemannes - in erheblichem Umfang substituierend übernommen haben. Mangels ausreichender Feststellungen, dass die Erziehungsanteile beider Eltern - bei Nichtbeteiligung dritter Personen - annähernd gleichwertig waren, ist ein Rückgriff auf [§ 56 Abs 2 Satz 8 SGB VI](#) (derzeit) nicht möglich.

17

2. Unbeschadet der Beteiligung dritter Personen wird das LSG im wiedereröffneten Berufungsverfahren (zumindest) den Ehemann der Klägerin und Vater der Kinder notwendig beiladen müssen, weil er an dem streitigen Rechtsverhältnis derart beteiligt ist, dass die Entscheidung auch ihm gegenüber nur einheitlich ergehen kann ([§ 75 Abs 2, 1. Alt SGG](#)). Dies ist der Fall, wenn das streitige Rechtsverhältnis zugleich in die Rechtssphäre eines Dritten unmittelbar eingreift (stRspr, vgl nur Senatsurteil vom 27.6.1990 - [5 RJ 6/90](#) - [SozR 3-1500 § 75 Nr 3](#) mwN). Ein derartiger Eingriff in die Rechtssphäre des Ehemannes entfällt hier nicht deshalb, weil dieser während der Erziehungszeit als Mitglied des Versorgungswerkes der Ärztekammer Bremen für seine Beschäftigung als Arzt von der Versicherungspflicht gemäß [§ 6 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGB VI](#) befreit und deshalb von der Anrechnung der Kindererziehungszeiten ausgeschlossen war. Denn nach [§ 56 Abs 4 Nr 3 SGB VI](#) in der Fassung von Art 4 Nr 2 des Gesetzes zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch, zur Errichtung einer Versorgungsausgleichskasse und anderer Gesetze vom 15.7.2009 ([BGBl I 1939](#)) sind Elternteile von der Anrechnung nur ausgeschlossen, wenn sie während der Erziehungszeit Anwartschaften auf Versorgung im Alter nach beamtenrechtlichen Vorschriften oder Grundsätzen oder entsprechenden kirchenrechtlichen Regelungen oder nach den Regelungen einer berufsständischen Versorgungseinrichtung aufgrund der Erziehung erworben haben, die systembezogen gleichwertig berücksichtigt werden wie die Kindererziehung nach dem Sechsten Buch des Sozialgesetzbuches. Mit dieser Neufassung des [§ 56 Abs 4 SGB VI](#), die am 22.7.2009 in Kraft getreten ist (vgl Art 10 Abs 1 des Änderungsgesetzes) und auch für Erziehungszeiten vor diesem Zeitpunkt gilt (vgl [§ 300 Abs 1 SGB VI](#); Albrecht, [NachDRV HE 2011, 37](#)), trägt der Gesetzgeber der Rechtsprechung des BSG Rechnung (BSG Urteile vom 18.10.2005 - [B 4 RA 6/05 R](#) - [SozR 4-2600 § 56 Nr 3](#) und vom 31.1.2008 - [B 13 R 64/06 R](#) - [BSGE 100, 12](#), 15 ff = [SozR 4-2600 § 56 Nr 6](#)), wonach Eltern auch dann Kindererziehungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung erhalten (können), wenn sie zwar einem anderen Alterssicherungssystem angehören, dieses jedoch keine Leistung kennt, die systembezogen der Kindererziehungszeit annähernd gleichwertig ist (vgl [BT-Drucks 16/13424 S 34](#)). Mit der

Neuregelung soll klargestellt werden, dass Personen nicht bereits deswegen von der Anrechnung von Kindererziehungszeiten ausgeschlossen sind, weil sie aufgrund ihres Rechtsstatus versicherungsfrei oder von der Versicherungspflicht befreit sind. Deshalb beschränkt der Gesetzgeber die Ausschlussstatbestände auf solche Personen, denen die Kindererziehung in einem anderen Alterssicherungssystem als gleichwertig anerkannt wird (vgl zum Ganzen [BT-Drucks 16/13424](#) aaO). Feststellungen, ob das Versorgungswerk der Ärztekammer Bremen gleichwertige Erziehungszeiten berücksichtigt und wie sich diese landesrechtlichen (nicht revisiblen) Regelungen beim Ehemann der Klägerin auswirken, hat das LSG - nach seiner Rechtsauffassung konsequent - nicht getätigt. Dies wird das LSG im wiedereröffneten Berufungsverfahren nachholen und auch dem Umstand Rechnung tragen müssen, dass der Ehemann im Verwaltungsverfahren nicht beteiligt war (vgl [§§ 12 Abs 2 Satz 2, 41 Abs 1 Nr 6, Abs 2 SGB X](#); zur Möglichkeit des Verzichts der Wiederholung des Verwaltungsverfahrens: BSG Urteil vom 22.6.1983 - [12 RK 73/82](#) - [BSGE 55, 160](#), 161 ff = [SozR 1300 § 12 Nr 1](#); BSG Urteil vom 29.1.1988 - [B 12 KR 35/95 R](#) - [BSGE 81, 276](#), 287 f = [SozR 3-2600 § 158 Nr 1](#); BSG Urteil vom 9.8.2006 - [B 12 KR 3/06 R](#) - [BSGE 97, 32](#), 33 f = [SozR 4-2600 § 229 Nr 1](#)).

18

Die unterbliebene notwendige Beiladung ist ein Verfahrensmangel, der im Revisionsverfahren von Amts wegen zu berücksichtigen ist (vgl nur Senatsurteil vom 20.10.2009 - [B 5 R 5/07 R](#) - [SozR 4-3250 § 14 Nr 8](#) RdNr 16 mwN). Von einer Nachholung der Beiladung im Revisionsverfahren gemäß [§ 168 Satz 2 SGG](#) mit Zustimmung des Ehemanns hat der Senat aufgrund der Zurückverweisung abgesehen, die auch aus anderen Gründen unausweichlich ist (vgl BSG Urteil vom 7.11.2006 - [B 7b AS 14/06 R](#) - [BSGE 97, 242](#) = [SozR 4-4200 § 20 Nr 1](#), RdNr 17).

19

3. Sollten die geltend gemachten Zeiten der Klägerin zuzuordnen sein, wird das LSG ferner zu prüfen haben, ob die Erziehung im Königreich der Niederlande einer Inlandserziehung gleichsteht ([§§ 57, 56 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB VI](#)). Die Gleichstellungstatbestände des [§ 56 Abs 3 Satz 2](#) und 3 SGB VI scheiden aus, weil - nach den Feststellungen des LSG - in der hier maßgebenden Zeit weder die Klägerin noch ihr Ehemann aufgrund einer im Ausland ausgeübten Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit Pflichtbeitragszeiten in deutschen Rentenversicherung haben. Beide Elternteile waren ausschließlich im Inland und nie im Ausland tätig.

20

Es kommt aber eine Gleichstellung der Kinderberücksichtigungszeiten über Art 44 VO (EG) Nr 987/2009 iVm VO (EG) Nr 883/2004 in Betracht. Beide Verordnungen sind am 1.5.2010 in Kraft getreten (Art 97 Satz 2 VO (EG) Nr 987/2009 iVm Art 91 VO (EG) Nr 883/2004), ersetzen grundsätzlich die VO (EWG) Nr 1408/71 (Art 90 Abs 1 VO (EG) Nr 883/2004) sowie die VO (EWG) Nr 574/72 (Art 96 Abs 1 VO (EG) Nr 987/2009) und erfassen gemäß Art 93 VO (EG) Nr 987/2009 iVm Art 87 Abs 3 VO (EG) Nr 883/2004 auch solche Ereignisse, die bereits vor diesem Zeitpunkt bestanden haben (vgl Bokeloh, ZESAR 2011, 18; Spiegel in Fuchs, Europäisches Sozialrecht, 5. Aufl 2010, Art 87 VO (EG) Nr 883/2004 RdNr 2). Die neuen Verordnungen sind vorliegend auch im Revisionsverfahren anzuwenden, weil für die hier erhobene Verpflichtungsklage das Recht maßgebend ist, das im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht gilt (vgl dazu [BSGE 41, 38](#), 40 = [SozR 2200 § 1418 Nr 2](#); [BSGE 43, 1](#), 5 = [SozR 2200 § 690 Nr 4](#)).

21

Art 44 Abs 2 VO (EG) Nr 987/2009 bestimmt Folgendes: Wird nach den Rechtsvorschriften des gemäß Titel II der Grundverordnung (VO (EG) Nr 883/2004) zuständigen Mitgliedstaats keine Kindererziehungszeit berücksichtigt, so bleibt der Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften nach Titel II der Grundverordnung auf die betreffende Person anwendbar waren, weil diese Person zu dem Zeitpunkt, zu dem die Berücksichtigung der Kindererziehungszeit für das betreffende Kind nach diesen Rechtsvorschriften begann, eine Beschäftigung oder eine selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt hat, zuständig für die Berücksichtigung dieser Zeit als Kindererziehungszeit nach seinen eigenen Rechtsvorschriften, so als hätte diese Kindererziehung in seinem eigenen Hoheitsgebiet stattgefunden. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, lässt sich aufgrund der Feststellungen des LSG nicht abschließend beurteilen.

22

a) Der nach den Rechtsvorschriften des Titels II der VO (EG) Nr 883/2004 "zuständige Mitgliedstaat" ist das Königreich der Niederlande. Denn nach Art 11 Abs 3 Buchst e) VO (EG) Nr 883/2004 unterliegt jeder grundsätzlich den Rechtsvorschriften seines Wohnmitgliedstaates, sofern er nicht unter Art 11 Abs 3 Buchst a) bis d) VO (EG) Nr 883/2004 fällt oder ausnahmsweise anders lautende Bestimmungen der VO (EG) Nr 883/2004 gelten, nach denen ihm Leistungen aufgrund der Rechtsvorschriften eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten zustehen. Die Klägerin hat in der streitigen Zeit mit ihren Kindern im Königreich der Niederlande gewohnt; die Voraussetzungen von Art 11 Abs 3 Buchst a) bis d) VO (EG) Nr 883/2004 sind nicht erfüllt und Sonderbestimmungen der VO (EG) Nr 883/2004 nicht einschlägig.

23

b) Ob die niederländischen Rechtsvorschriften "keine Kindererziehungszeit berücksichtigen", hat das LSG allerdings nicht festgestellt. Dies wird es im wiedereröffneten Berufungsverfahren nachzuholen haben. Zwar handelt es sich bei der Feststellung von Existenz und Inhalt ausländischen Rechts um Rechtsanwendung ([BSGE 98, 257](#) = [SozR 4-6928 Allg Nr 1](#); BSG [SozR 3-1750 § 293 Nr 1](#) S 2; vgl auch May, Die Revision, 2. Aufl 1997, VI RdNr 330). Für dessen Ermittlung verweist [§ 293 ZPO](#), der im sozialgerichtlichen Verfahren entsprechend anwendbar ist ([§ 202 SGG](#); BSG aaO), jedoch auf die Vorschriften über die Beweisaufnahme zur Tatsachenermittlung. Nach [§ 293 Satz 1 ZPO](#) ist ausländisches Recht, das dem Tatsachengericht unbekannt ist, beweisbedürftig. Die Feststellungen, die die Tatsacheninstanz auf dieser Grundlage zum ausländischen Recht trifft, die darauf beruhende Rechtsauslegung und die aus dem ausländischen Recht gezogenen Schlussfolgerungen hat das BSG seiner Entscheidung unverändert zugrunde zu legen, weil es sich insoweit um nichtrevisibles Recht iS von [§ 162 SGG](#) handelt (s Senatsurteil vom 13.9.1990 - [5 RJ 76/89](#) - [BSGE 67, 214](#), 218 = [SozR 3-6710 Art 4 Nr 1 S 4](#); [BSGE 68, 184](#), 187 = [SozR 3-2400 § 18a Nr 2](#) S 13; BSG [SozR 5050 § 15 FRG Nrn 37, 38, 40](#); [BSGE 25, 20](#), 23 = [SozR Nr 15 zu § 1291 RVO](#)). Feststellungen dazu, ob das niederländische Recht Kindererziehungszeiten vorsieht, hat das LSG nicht getroffen.

24

aa) Sollte das LSG dabei zu dem Ergebnis kommen, dass die niederländischen Rechtsvorschriften keine Kindererziehungszeit berücksichtigen, wird es gemäß Art 44 Abs 2 VO (EG) Nr 987/2009 weiter zu prüfen haben, ob die Klägerin in der Bundesrepublik Deutschland (= Mitgliedstaat, dessen Rechtsvorschriften nach Titel II der GrundVO (EG) Nr 883/2004 auf die betreffende Person anwendbar waren) an den beiden Tagen, an denen ihre Kinder geboren wurden (= Zeitpunkt, zu dem die Berücksichtigung der Kindererziehungszeit für das betreffende Kind nach deutschen Rechtsvorschriften begann), eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausgeübt hat. Nach den Feststellungen des LSG hat die Klägerin zum Zeitpunkt beider Geburten keine versicherungspflichtige Beschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland ausgeübt. Nicht festgestellt hat das LSG allerdings, ob sie zum Zeitpunkt der Geburten versicherungsfrei beschäftigt oder selbstständig tätig war. Auch versicherungsfreie geringfügige Beschäftigungen nach [§ 8 SGB IV](#) sowie geringfügige Beschäftigungen in Privathaushalten nach [§ 8a SGB IV](#) fallen unter den Beschäftigungsbegriff (zur Legaldefinition s Art 1 Buchst a VO (EG) Nr 883/2004; vgl Otting in Hauck/Noftz, EU-Sozialrecht, VO 883/04 - K Art 1 RdNr 10; zum Begriff des "Arbeitnehmers" iS der VO (EWG) Nr 1408/71 EuGH Urteile vom 18.7.2007 - [C-213/05](#) (Geven) - Juris RdNr 15 ff und vom 3.5.1990 - [C-2/89](#) (Kits van Heijningen) - Juris RdNr 7 ff). Dies wird das LSG nachzuholen haben.

25

Sollte das LSG zu dem Ergebnis kommen, dass die Voraussetzungen des Art 44 Abs 2 VO (EG) Nr 987/2009 nicht erfüllt sind, wird es zu prüfen haben, ob diese Vorschrift erweiternd auszulegen ist, weil Zeiten der Kindererziehung andernfalls keine Berücksichtigung finden (vgl Vorlagebeschluss des SG Würzburg vom 9.3.2010 - [S 2 R 85/09](#), anhängig beim EuGH - Az [C-522/10](#)).

26

bb) Sollte die Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum niederländischen Vorschriften unterlegen haben, wird das LSG die Übergangsvorschrift des Art 93 VO (EG) Nr 987/2009 iVm Art 87 Abs 8 VO (EG) Nr 883/2004 beachten müssen. Denn in diesem Fall würden aufgrund der VO (EG) Nr 883/2004 die Rechtsvorschriften des Königreichs der Niederlande (Wohnortstaat) gelten und damit die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsstaates (Bundesrepublik Deutschland) verdrängen, die aufgrund von Art 13 Abs 2 Buchst a VO (EWG) Nr 1408/71 bis zum 30.4.2010 galten. In dieser Situation bestimmt Art 87 Abs 8 VO (EG) Nr 883/2004 Folgendes: Gelten für eine Person infolge dieser Verordnung die Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats als desjenigen, der durch Titel II der Verordnung (EWG) Nr 1408/71 bestimmt wird, bleiben diese Rechtsvorschriften so lange, wie sich der bis dahin vorherrschende Sachverhalt nicht ändert, und auf jeden Fall für einen Zeitraum von höchstens zehn Jahren ab dem Geltungsbeginn dieser Verordnung anwendbar, es sei denn, die betreffende Person beantragt, den nach dieser Verordnung anzuwendenden Rechtsvorschriften unterstellt zu werden.

27

4. Schließlich wird das LSG zu berücksichtigen haben, dass die Klägerin die Kinderberücksichtigungszeiten bereits ab dem 1.10.1994 und nicht erst - wie ausgeurteilt - ab dem 31.10.1994 begehrt.

28

Die Kostenentscheidung bleibt der Entscheidung des LSG vorbehalten.

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2011-10-28