

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
30.9.2010

Teilurteil

in dem Rechtsstreit

Az: B 10 EG 9/09 R

L 13 EG 67/08 (LSG Nordrhein-Westfalen)
S 13 EG 14/08 (SG Aachen)

.....,

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

Städteregionsrat der Städteregion Aachen,
Zollernstraße 10, 52070 Aachen,

Beklagter und Revisionsbeklagter,

Prozessbevollmächtigte:

.....

Der 10. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. September 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Loytved, die Richter Kruschinsky und Dr. Knörr sowie die ehrenamtlichen Richter Herrmann und Cossmann für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 27. Februar 2009 wird zurückgewiesen, soweit sie die Gewährung von Elterngeld bis zur Vollendung des 11. Lebensmonats der am 9. März 2007 geborenen Kinder M. und M. betrifft.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

- 1 Die Beteiligten streiten darüber, ob die Klägerin für den Zeitraum vom 22.8.2007 bis zur Vollendung des 14. Lebensmonats (8.5.2008) ihrer am 9.3.2007 geborenen Kinder M. und M. Anspruch auf Elterngeld hat.
- 2 Die 1985 geborene, ledige Klägerin ist kongolesische Staatsangehörige. Sie reiste am 10.3.2002 ohne das erforderliche Visum in die Bundesrepublik Deutschland ein und beantragte erfolglos Asyl. Mit rechtskräftig gewordenem Urteil vom 18.1.2005 verpflichtete das Verwaltungsgericht Köln das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge, bei der Klägerin ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs 7 Satz 1 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) festzustellen; dieses Urteil wurde mit Bescheid vom 19.5.2005 ausgeführt. Die zuständige Ausländerbehörde erteilte der Klägerin daraufhin am 7.12.2005 eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs 3 AufenthG; eine Erwerbstätigkeit wurde ihr nur mit Zustimmung der Ausländerbehörde gestattet. Am 20.7.2007 wurde die Aufenthaltserlaubnis der Klägerin verlängert. Auf einen am 14.12.2007 gestellten Antrag erteilte die Ausländerbehörde der Klägerin am 29.1.2008 die Erlaubnis zu einer Beschäftigung jeder Art rückwirkend ab Antragstellung. Auf Widerspruch der Klägerin verpflichtete die Bezirksregierung Köln mit Bescheid vom 18.8.2008 die Ausländerbehörde, die Auflage dahingehend zu ändern, dass der Klägerin während des gesamten Gültigkeitszeitraums der Aufenthaltserlaubnis, also rückwirkend ab 20.7.2007, eine Beschäftigung jeder Art erlaubt war. Eine Beschäftigung übte die Klägerin auch nach Erteilung dieser Erlaubnis nicht aus.
- 3 Der Antrag der Klägerin vom 22.11.2007, ihr Elterngeld für den 4. bis 14. Lebensmonat der am 9.3.2007 geborenen Kinder M. und M. zu gewähren, wurde abgelehnt, weil die Klägerin nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) erfülle (*Bescheid des Versorgungsamtes Aachen vom 3.12.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung Münster vom 17.6.2008*).
- 4 Die auf Gewährung von Elterngeld vom 22.8.2007 bis zur Vollendung des 14. Lebensmonats der Kinder (8.5.2008) gegen den Kreis Aachen gerichtete Klage hat das Sozialgericht Aachen (SG) abgewiesen (*Urteil vom 14.10.2008*). Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (LSG) hat die dagegen eingelegte Berufung der Klägerin zurückgewiesen (*Urteil vom 27.2.2009*). Es hat ua ausgeführt:
- 5 Die Klägerin erfülle die Voraussetzungen des § 1 Abs 7 BEEG nicht. Bis zum 29.1.2008 scheitere der Anspruch der Klägerin bereits daran, dass sie bis zu diesem Tag nur mit Zustimmung der Ausländerbehörde hätte erwerbstätig werden dürfen. Eine solche Zustimmung habe die



Klägerin indes weder beantragt noch erhalten. Damit fehle der Klägerin schon die in § 1 Abs 7 Nr 2 BEEG zur Voraussetzung gemachte Berechtigung zur Erwerbstätigkeit. Die später rückwirkend zum 20.7.2007 erteilte Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit ändere daran nichts. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) zum Erziehungsgeld, die der Senat auf die insoweit identische Konstellation beim Elterngeld übertrage, sei für den Bezug von Erziehungsgeld die tatsächliche Erteilung des Aufenthaltstitels und die darin enthaltene Regelung der Erwerbstätigkeit maßgebend. Beide müssten bereits zu Beginn des Leistungszeitraums vorliegen. Es genüge nicht, dass materiell ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels bestanden habe. Im restlichen Anspruchszeitraum seien die Voraussetzungen des § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c iVm Nr 3 BEEG nicht erfüllt. Der Senat habe gegen diese Vorschrift keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

- 6 Die Klägerin hat die vom LSG zugelassene Revision eingelegt. Sie trägt vor:
- 7 Entgegen der Darstellung des LSG knüpfe das Bundesverfassungsgericht (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 ob rechtliche Hindernisse entgegenstünden. Ein Recht zur Ausübung einer Beschäftigung sei zumindest dann nachgewiesen, wenn diese Erlaubnis - wie im vorliegenden Fall - rückwirkend erteilt worden sei. Angesichts des Sinnes und Zweckes von Elterngeld, zugunsten der Erziehung des Kindes auf die Ausübung einer Erwerbstätigkeit zu verzichten, müsse zudem die abstrakt rechtliche Möglichkeit eines Arbeitsmarktzugangs ausreichen.
- 8 Damit bleibe zu klären, ob § 1 Abs 7 BEEG verfassungsgemäß sei. Diese Vorschrift werde den Vorgaben des BVerfG nicht gerecht. Es gebe keinen sachlichen Grund, den Anspruch auf Elterngeld für Inhaber der in § 1 Abs 7 Nr 3 BEEG aufgeführten Aufenthaltstitel von über den Zugang zum Arbeitsmarkt hinausgehenden, zusätzlichen Voraussetzungen abhängig zu machen. Durch die Einschränkungen in § 1 Abs 7 Nr 3 BEEG würden große Gruppen mit humanitären Aufenthaltstiteln in verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigender Weise von einem Anspruch auf Elterngeld ausgeschlossen.
- 9 Die Benachteiligung der Inhaber einer Aufenthaltsbefugnis nach § 25 Abs 3 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. Da das Elterngeld als Einkommen bei Sozialleistungen unberücksichtigt bleibe, falle der mit der Versagung des Anspruchs verbundene Nachteil in jedem Fall ins Gewicht; es gehe um monatlich 300 Euro.



- 10 Die Klägerin beantragt,
die Urteile des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 27. Februar 2009 und des Sozialgerichts Aachen vom 14. Oktober 2008 sowie den Bescheid des Versorgungsamtes Aachen vom 3. Dezember 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung Münster vom 17. Juni 2008 aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen, ihr für den Zeitraum vom 22. August 2007 bis zur Vollendung des 14. Lebensmonats ihrer am 9. März 2007 geborenen Kinder M. und M. Elterngeld zu zahlen.
- 11 Der Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.
- 12 Er hält das Urteil des LSG für zutreffend. Mit der Regelung des § 1 Abs 7 BEEG verfolge der Gesetzgeber das Ziel, den Elterngeldanspruch auf solche nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländer zu beschränken, die voraussichtlich auf Dauer in Deutschland blieben. Die Anknüpfung an eine aktuelle oder kurz zurückliegende Erwerbstätigkeit sei ein geeignetes Mittel, dieses Ziel zu erreichen. Dass das bloße Recht zur Erwerbstätigkeit als Prognose für einen Daueraufenthalt nicht ausreiche, zeige der Fall der Klägerin, die diese Berechtigung lediglich rückwirkend zur Wahrung von Elterngeldansprüchen beantragt habe. § 1 Abs 7 BEEG folge durchaus den Vorgaben des BVerfG. Der Gesetzgeber habe den ihm eingeräumten Gestaltungsspielraum nicht in verfassungswidriger Weise ausgefüllt.

II

- 13 Soweit die Klägerin Elterngeld für die Zeit vom 22.8.2007 bis zur Vollendung des 11. Lebensmonats (8.2.2008) ihrer am 9.3.2007 geborenen Kinder M. und M. begehrt, entscheidet der Senat gemäß § 202 SGG iVm § 301 ZPO durch Teilurteil. Dieser Anspruch ist von der übrigen Klageforderung (betreffend Elterngeld für den 12. bis 14. Lebensmonat der Kinder <9.2.2008 bis 8.5.2008>) abtrennbar, großemäßig bestimmbar und von dem weiteren Prozessverlauf nicht betroffen (*Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, § 125 RdNr 3a*). Während die Sache hinsichtlich der Zeit vom 22.8.2007 bis 8.2.2008 entscheidungsreif ist, bedarf es im Übrigen einer Vorlage an das BVerfG (*s den Senatsbeschluss vom heutigen Tag*).
- 14 1. Soweit die Revision der Klägerin die Gewährung von Elterngeld bis zum 8.2.2008 betrifft, liegen die Prozessvoraussetzungen für eine Sachentscheidung des erkennenden Senats vor. Revision, Berufung und kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage gegen den Bescheid vom 3.12.2007 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.6.2008 sind statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Klägerin hat im Klageverfahren den geltend gemachten Anspruch auf



Elterngeld auf den Zeitraum vom 22.8.2007 bis zur Vollendung des 14. Lebensmonats der Kinder (8.5.2008) beschränkt.

- 15 a) Im Laufe des Gerichtsverfahrens sind auf Beklagtenseite kraft Gesetzes zwei Beteiligtenwechsel erfolgt (vgl dazu BSG SozR 4-1500 § 57 Nr 2 RdNr 4; BSGE 99, 9 = SozR 4-3250 § 69 Nr 6, RdNr 13 ff; BSGE 102, 149 = SozR 4-1100 Art 85 Nr 1, RdNr 20). Zunächst ist zum 1.1.2008 der Kreis Aachen an die Stelle des Landes Nordrhein-Westfalen getreten, weil ihm von diesem Zeitpunkt an die bis dahin von den Versorgungsämtern wahrgenommenen Aufgaben nach dem BEEG übertragen worden sind (§ 5 Abs 1 Gesetz zur Eingliederung der Versorgungsämter in die allgemeine Verwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen <Eingliederungsgesetz - EingliederungsG = Art 1 Zweites Gesetz zur Straffung der Behördenstruktur in Nordrhein-Westfalen> vom 30.10.2007, GVBl NRW 482; vgl dazu BSGE 102, 149 = SozR 4-1100 Art 85 Nr 1, RdNr 21 ff; BSGE 103, 291 = SozR 4-7837 § 2 Nr 2, RdNr 19 ff; BSG SozR 4-7837 § 2 Nr 3 RdNr 13 ff). Durch § 1 Abs 1 Städteregion Aachen Gesetz vom 26.2.2008 (GVBl NRW 162) ist der Kreis Aachen mit Ablauf des 20.10.2009 aufgelöst worden. Rechtsnachfolgerin ist die Städteregion Aachen (§ 2 Abs 1 Städteregion Aachen Gesetz).
- 16 Die Klage richtet sich jetzt zutreffend gegen den Städteregionsrat der Städteregion Aachen (§ 3 Abs 2 Städteregion Aachen Gesetz), denn dieser ist als Behörde nach § 70 Nr 3 SGG iVm § 3 Gesetz zur Ausführung des Sozialgerichtsgesetzes im Lande Nordrhein-Westfalen (AG-SGG NRW) fähig, am sozialgerichtlichen Verfahren beteiligt zu sein (vgl dazu auch BSG SozR 4-1500 § 51 Nr 4 RdNr 31). Er kann deshalb 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 gegen 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 den Städteregionsrat gerichtet.
- 17 Der 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 - in einem Rechtsstreit im eigenen Namen für den Träger der öffentlichen Verwaltung tätig.

- 18 b) Vor Erhebung der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs 1 Satz 1 und 4 SGG) ist das nach § 78 Abs 1 Satz 1 SGG erforderliche Vorverfahren durchgeführt worden (*zur Durchführung eines Vorverfahrens als Sachurteilsvoraussetzung etwa BSG SozR 3-1500 § 78 Nr 3 S 5*). Die Bezirksregierung Münster war nach § 85 Abs 2 Satz 1 Nr 1 SGG iVm § 5 Abs 2 Satz 2 EingliederungsG als Aufsichtsbehörde befugt, den Widerspruchsbescheid zu erlassen. Die Kreise und kreisfreien Städte führen die ihnen durch § 5 Abs 1 EingliederungsG übertragenen Aufgaben des BEEG im Hinblick auf die Regelung des Art 104a Abs 3 Satz 2 GG im Auftrag des Bundes durch (*Auftragsverwaltung iS des Art 85 GG*), weil nach § 12 Abs 2 BEEG ausschließlich der Bund die Ausgaben für das Elterngeld trägt (*vgl BSGE 103, 291 = SozR 4-7837 § 2 Nr 2, RdNr 21; BSG SozR 4-7837 § 2 Nr 3 RdNr 15; hierzu auch § 5 Abs 2 Satz 1 EingliederungsG*). Sie sind insoweit nach den Bestimmungen des nordrhein-westfälischen Gesetzes über die Organisation der Landesverwaltung (*hierzu BSGE 102, 149 = SozR 4-1100 Art 85 Nr 1, RdNr 47 ff*) an die Weisungen der Aufsichtsbehörden gebunden. Es liegt demnach keine Angelegenheit der kommunalen Selbstverwaltung iS des § 85 Abs 2 Satz 1 Nr 4 SGG vor, bei der die Selbstverwaltungsbehörde für den Erlass des Widerspruchsbescheides zuständig wäre.
- 19 Eine Bestimmung der Widerspruchsstelle nach § 85 Abs 2 Satz 1 Nr 2 SGG iVm § 13 Abs 1 Satz 2, § 12 Abs 1 Satz 1 BEEG hat das Land nicht getroffen. In der nordrhein-westfälischen Verordnung zur Regelung der Zuständigkeiten nach dem BEEG (*vom 5.12.2006, GVBI NRW 599, mit Wirkung ab 1.1.2008 geändert durch Art 19 Zweites Gesetz zur Straffung der Behördenstruktur in Nordrhein-Westfalen vom 30.10.2007, GVBI NRW 482*) sind nur die zur Ausführung des BEEG zuständigen Behörden, nicht jedoch die zuständigen Widerspruchsstellen geregelt. Das AG-SGG NRW enthält insoweit ebenfalls keine Regelung. Der durch Art 3 Gesetz zur Modernisierung und Bereinigung von Justizgesetzen im Land Nordrhein-Westfalen vom 26.1.2010 (*GVBI NRW 30*) mit Wirkung vom 1.1.2008 eingefügte § 4a legt nur die Widerspruchsbehörde in Angelegenheiten nach den §§ 69 und 145 SGB IX fest (*hierzu auch LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 16.12.2009 - L 10 SB 39/09 - nicht rechtskräftig*).



- 20 2. In der Sache ist die Revision unbegründet, soweit sie die Gewährung von Elterngeld bis zur Vollendung des 11. Lebensmonats (8.2.2008) der am 9.3.2007 geborenen Kinder der Klägerin betrifft. Das Urteil des LSG ist in diesem Umfang revisionsgerichtlich nicht zu beanstanden.
- 21 Der Klägerin steht für den Zeitraum vom 22.8.2007 bis 8.2.2008 kein Elterngeld zu. Ihr Anspruch beurteilt sich hier nach § 1 BEEG idF des Art 1 Gesetz zur Einführung des Elterngeldes vom 5.12.2006 (*BGBI I 2748, geändert durch das hier nicht einschlägige Gesetz vom 19.8.2007, BGBI I 1970*). Der Senat kann es im Rahmen dieser Entscheidung dahin gestellt sein lassen, 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 Elterngeld nach § 1 Abs 1 BEEG erfüllt, denn das LSG hat rechtsfehlerfrei (§ 162 SGG) entschieden, dass bei der Klägerin bis zum 29.1.2008 jedenfalls die besonderen Voraussetzungen der Anspruchsberechtigung von nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern und Ausländerinnen nach § 1 Abs 7 BEEG idF vom 5.12.2006 nicht vorlagen, weil sie noch nicht im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis war, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigte. Nach dem im Elterngeldrecht geltenden Lebensmonatsprinzip (§ 4 Abs 2 Satz 1 BEEG) scheidet damit die Gewährung von Elterngeld bis zur Vollendung des 11. Lebensmonats der Kinder (8.2.2008) aus.
- 22 § 1 Abs 7 BEEG idF vom 5.12.2006 lautet:
- (7 Ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer oder eine nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländerin ist nur anspruchsberechtigt, wenn diese Person
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 ihrem Heimatland oder nach den §§ 23a, 24, 25 Abs 3 bis 5 AufenthG erteilt oder
 3. eine in Nummer 2 Buchstabe c genannte Aufenthaltserlaubnis besitzt und
 - a) sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und
 - b) im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem SGB III bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt.
- 23 Das BEEG hat mit dieser Vorschrift hinsichtlich der Anspruchsberechtigung nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer und Ausländerinnen im Wesentlichen die entsprechende Regelung in § 1 Abs 6 BErzGG idF des Art 3 Gesetz zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss (AuslAnsprG) vom 13.12.2006 (*BGBI I*



2915) übernommen (vgl. *BT-Drucks 16/1889 S 19*). Die Bedeutung des § 1 Abs 7 BEEG kann deshalb nicht losgelöst von der im Wesentlichen gleichlautenden Regelung im BErzGG beurteilt werden.

- 24 Der erkennende Senat hat sich 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 7/08 R <= 1 BvL 2/10>*, *RdNr 95 ff*) zur Auslegung des § 1 Abs 6 BErzGG geäußert (vgl. dazu auch die Urteile vom heutigen Tag - *B 10 EG 6/09 R* - und - *B 10 EG 7/09 R* -). Die gleichlautende Vorschrift des § 1 Abs 7 BEEG kann nicht abweichend von § 1 Abs 6 BErzGG ausgelegt werden. Dementsprechend ist auch § 1 Abs 7 BEEG wie folgt zu verstehen:
- 25 Ausgangspunkt des § 1 Abs 7 BEEG ist es, dass ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer oder eine nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländerin nur dann einen Leistungsanspruch hat, wenn diese Person eine Niederlassungserlaubnis besitzt (vgl. § 9 AufenthG) oder aber stattdessen Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis ist, die zur Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat. Dieser Grundsatz, dass jeder (ehemals) zur Arbeit berechtigte Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis Anspruch auf Elterngeld haben soll, hat der Gesetzgeber für konkret benannte Fallkonstellationen (vgl. § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst a bis c, letztere iVm Nr 3 BEEG) wieder eingeschränkt. Durch § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst a und b BEEG 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 § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c iVm Nr 3 BEEG 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 Elterngeldanspruch nach dem BEEG nur dann, wenn er sich - erstens - seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält (§ 1 Abs 7 Nr 3 Buchst a BEEG) und er zusätzlich - zweitens - im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem SGB III bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt (§ 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG).
- 27 Zwar ließe sich mit dem Wortlaut des § 1 Abs 7 BEEG 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 7 Nr 2 Halbs 1 BEEG zu prüfen sein, vielmehr könnte unmittelbar bei der Nr 3 angesetzt werden. Mit einer solchen Vorgehensweise würde jedoch die Struktur des § 1 Abs 7 BEEG 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 7 Nr 2 Halbs 1 BEEG vorliegen müssen. Im Übrigen kann die Voraussetzung des § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG 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 BEEG*).

28 Indem § 1 Abs 7 Nr 2 Halbs 1 BEEG verlangt, dass der nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer oder die nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländerin 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, 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 zu Beginn 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 nunmehr im Hinblick auf § 4 Abs 2 Satz 2 AufenthG auch für die Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit maßgebend sein.

30 Die Gesetzesmaterialien zum AuslAnsprG 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 7 Nr 2 Halbs 1 BEEG auch dem Sinn und Zweck des Elterngeldes. Damit wird vom Gesetzgeber primär das Ziel verfolgt, Familien bei der Sicherung ihrer Lebensgrundlagen zu unterstützen, wenn sich die Eltern in der Frühphase der Elternschaft vorrangig um die Betreuung ihrer Kinder kümmern. Es will dazu beitragen, dass es beiden Elternteilen auf Dauer besser gelingt, ihre wirtschaftliche Existenz zu sichern. Dabei soll das Elterngeld dauerhafte Einbußen mit der Gefahr einer Abhängigkeit von staatlichen Fürsorgeleistungen vermeiden, Wahlfreiheit zwischen Familie und Beruf eröffnen und die wirtschaftliche Selbstständigkeit fördern (*vgl. BT-Drucks 16/1889 S 2, 15*). In erster Linie wollte der Gesetzgeber durch das Elterngeld demjenigen betreuenden Elternteil helfen, der seine Erwerbstätigkeit zugunsten der persönlichen Betreuung des Kindes unterbricht oder reduziert. Dieser erhält einen an seinem individuellen Einkommen orientierten Ausgleich für finanzielle Einschränkungen im ersten Lebensjahr des Kindes (*vgl. BT-Drucks 16/1889 S 2, 14 f*).
- 32 Schon zum BErzg hat es das BVerfG in seiner Entscheidung vom 6.7.2004 (1 BvR 2515/95 - BVerfGE 111, 176, 185 f = SozR 4-7833 § 1 Nr 4 RdNr 30) als sachgerecht angesehen, diejenigen Ausländer vom Leistungsbezug auszuschließen, die aus Rechtsgründen ohnehin einer Erwerbstätigkeit nicht nachgehen dürften. Die Gewährung einer Sozialleistung, die - wie schon das BErzg und jetzt erst recht das Elterngeld - 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 freizügigkeitsberechtigte) 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 Elterngeldes, 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



Elterngeld 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*).

- 33 Als kongolesische Staatsangehörige gehörte die Klägerin zu den nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern. Die ihr am 7.12.2005 erteilte Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs 3 AufenthG, die am 20.7.2007 verlängert wurde, 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 3 AufenthG (*vgl hierzu auch VG Osnabrück, Beschluss vom 5.11.2009 - 5 A 154/09 mit zustimmender Anm von Hamann, juris PR-ArbR 5/2010 Anm 3*). Die Klägerin bedurfte mithin zur Ausübung einer Beschäftigung einer ausdrücklichen Beschäftigungserlaubnis nach § 4 Abs 2 Satz 3 AufenthG.
- 34 Kommt es demnach auf die dem Aufenthaltstitel beigefügte Nebenbestimmung an, so reicht der bei der Klägerin zunächst 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*). Eine Erlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung ist ihr nach den für den Senat bindenden Feststellungen des LSG (§ 163 SGG) erst am 29.1.2008 mit der Nebenbestimmung "Beschäftigung jeder Art gestattet" erteilt worden.
- 35 Das LSG hat zutreffend erkannt, dass es unerheblich ist, dass die Nebenbestimmung vom 29.1.2008 rückwirkend erteilt wurde, zunächst ab Antragstellung am 14.12.2007 und später auf Weisung der Bezirksregierung Köln vom 18.8.2008 für die gesamte Geltungsdauer der verlängerten Aufenthaltserlaubnis ab 20.7.2007. Durch die höchstrichterliche Rechtsprechung ist bereits entschieden, dass ein Aufenthaltstitel, dessen Geltungsdauer auf einen Zeitpunkt vor seiner tatsächlichen Erteilung zurückreicht, für den Anspruch auf BERzg keine rückwirkende Kraft hat (*vgl BSG SozR 3-1200 § 14 Nr 24 S 80 f mwN*). Das LSG ist zutreffend davon ausgegangen, dass dies entsprechend auch für die nach § 1 Abs 7 Nr 2 Halbs 1 BEEG erforderliche Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit gilt. Eine rückwirkende Anspruchsberechtigung ließe sich mit dem vorrangigen Ziel des BEEG, einen Anreiz zum Verzicht auf eine Erwerbstätigkeit während der ersten Phase der Kinderbetreuung zu geben, nicht vereinbaren.
- 36 Dieses Ergebnis hält der erkennende Senat für verfassungsrechtlich unbedenklich, zumal er mit seiner Auslegung des § 1 Abs 7 Nr 2 Halbs 1 BEEG 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 Bezug des BErzg auszuschließen, die aus Rechtsgründen einer Erwerbstätigkeit nicht nachgehen dürften. Andererseits hat sich das BVerfG nicht dahin geäußert, dass in diesem Zusammenhang von Verfassungen wegen nicht auf den Besitz einer entsprechenden Erlaubnis abgestellt werden dürfe. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist es demnach dem Gesetzgeber vom BVerfG nicht untersagt worden, für die Anspruchsberechtigung nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer und Ausländerinnen an den Besitz einer Aufenthaltserlaubnis anzuknüpfen, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat.

- 37 Dementsprechend kann auch der erkennende Senat nicht feststellen, dass die Klägerin vor dem 29.1.2008 die Voraussetzungen des § 1 Abs 7 Nr 2 Halbs 1 BEEG erfüllt hat. Im Hinblick auf das im Elterngeldrecht geltende Lebensmonatsprinzip (§ 4 Abs 2 Satz 1 BEEG) folgt daraus, dass die Klägerin jedenfalls bis zum 8.2.2008 (Vollendung des 11. Lebensmonats der Kinder) kein Elterngeld beanspruchen kann.
- 38 § 40 Abs 1 SGB I, wonach Ansprüche auf Sozialleistungen entstehen, sobald ihre im Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes bestimmten Voraussetzungen vorliegen, steht unter dem Vorbehalt abweichender spezieller Regelungen (§ 37 Satz 1 SGB I). Der erkennende Senat teilt die in Rechtsprechung und Literatur vertretene Auffassung, dass § 4 Abs 2 Satz 1 BEEG nicht nur die Zahlungsweise, sondern auch die Entstehung monatlicher Zahlungsansprüche regelt (vgl. *Bayerisches LSG Urteil vom 24.2.2010 - L 12 EG 85/09 mit zustimmender Anmerkung von Dau, jurisPR-SozR 16/2010 Anm 6; hierzu auch Buchner/Becker, MuSchG - BEEG, 8. Aufl 2008, § 4 BEEG RdNr 7*). Nach dieser Vorschrift wird Elterngeld in Monatsbeträgen für Lebensmonate des Kindes gezahlt. Diese Regelung ist dahin zu verstehen, dass sie im Grundsatz das Lebensmonatsprinzip bei der Gewährung von Elterngeld festlegt, mit der Folge, dass ein Leistungsanspruch nach Erfüllung aller materiell-rechtlichen Voraussetzungen erst mit dem Beginn des nächsten Lebensmonats entsteht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im BEEG - anders als in § 5 Abs 5 Satz 2 BErzGG idF vom 29.12.2003 (*BGBI I 3076, 3088*) - eine Regelung fehlt, die eine Pro-rata-Berechnung vorsieht (*hierzu Buchner/Becker, aaO § 6 BEEG RdNr 5*). Überdies stellt das BEEG auch in anderen Vorschriften (zB § 2 Abs 1 Satz 1, § 4 Abs 1 Satz 1, § 4 Abs 3 Satz 2, § 6 Abs 1 Satz 1 BEEG) auf volle (Lebens-)Monate des Kindes ab.
- 39 Da die Klägerin nicht während des gesamten 11. Lebensmonats ihrer Kinder die Voraussetzungen des § 1 Abs 7 Nr 2 Satz 1 BEEG erfüllt, scheidet für sie jedenfalls bis zum Ende dieses Zeitabschnitts (8.2.2008) eine Gewährung von Elterngeld aus. Auch eine Verfassungswidrigkeit des § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c und Nr 3 BEEG sowie dessen Ersetzung durch eine ver-



fassungskonforme Norm würde daran nichts ändern. Sie kann sich danach nur auf die Zeit ab dem 9.2.2008 (12. bis 14. Lebensmonat der Kinder) auswirken.

- 40 Die Kostenentscheidung wird bis zum Abschluss des restlichen Revisionsverfahrens zurückgestellt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)