

*Malin Bode*

## Erziehungsgeld und Kindergeld für politische Flüchtlinge und Mütter mit humanitärem Aufenthaltshintergrund

§ 1 Abs. 6 BErzGG ist nicht verfassungskonform! – zugleich eine Anmerkung zu BVerfG Urt. v. 6.7.2004 1 BvR 2515/95

Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, daß auch in der Vergangenheit (zur Gesetzeslage v. 1993 – 2000) diejenigen, die über eine Aufenthaltsbefugnis verfügt haben, Anspruch auf Erziehungsgeld und auch Kindergeld haben.

Für abgeschlossene Verfahren empfiehlt es sich daher, Überprüfungsanträge zu stellen, ggf. Aussetzung bis zum 1.1.06 zu beantragen, da nach Maßgabe der Entscheidung die Gesetzeslage für die Vergangenheit bis dahin neu geregelt worden sein sollte.

### Die aktuelle Gesetzeslage seit dem 1.1.2005

Zum Erziehungs- und Kindergeldbezug gem. § 1 Abs. 6 BErzGG (§§ 1 BKGG und 62 EStG sind jetzt wörtlich identisch entsprechend gefaßt) stellt das BVerG jetzt klar, daß Ausländerinnen, die weder EU-Angehörige noch solche des Europäischen Wirtschaftsraumes (§ 1 Abs. 7 BErzGG) sind, dann Erziehungsgeld erhalten, wenn sie – bei Erfüllung der übrigen Voraussetzungen, also vor allem wenn sie nicht erwerbstätig sind und ihr Kind tatsächlich erziehen –

1. eine Niederlassungserlaubnis haben (früher Aufenthaltsberechtigung oder eine unbefristete Aufenthalterlaubnis)
2. eine Aufenthalterlaubnis zum Zwecke der Erwerbstätigkeit gem. § 18 AufenthG haben, z.B. „Green-card“-Inhaberinnen oder durch zwischenstaatliche Vereinbarungen Berechtigte, Hochqualifizierte gem § 19 AufenthG oder gem. § 21 AufenthG Investorinnen
3. eine Aufenthalterlaubnis aus humanitären Gründen gem. § 25 Abs. 1 und 2 AufenthG haben (Inhaberinnen des „blauen Reisepasses“), z.B. anerkannte Asylberechtigte, diejenigen, die früher eine Anerkennung ihres Flüchtlingsstatus gem § 51 AuslG, also als GK-Flüchtlinge (jetzt § 60 Abs. 1 AufenthG), erhalten haben
4. eine Aufenthalterlaubnis als Ehegattin nach Verselbständigung des Aufenthaltsrechtes gem. § 31 AufenthG haben

<sup>1</sup> Zur Entwicklung der Rechtsprechung zum Erziehungsgeld für Asylberechtigte: Hofmann, Rainer M., Sparen aber richtig! – über das europarechtliche Verbot diskriminierender Ausgabenkürzungsprogramme, InfAuslR 99,381 ff., BSG v. 21.4.91 Erziehungsgeld im Asylverfahren STREIT 92,22, SG Dortmund

5. eine Aufenthalterlaubnis nach § 37, 38 AufenthG (Wiederkehroptionen Minderjähriger und Rechte ehemaliger Deutscher) haben
6. eine Aufenthalterlaubnis zum Zwecke des Familiennachzugs gem. §§ 27 ff. AufenthG haben.

Das bedeutet jedoch, daß nach der aktuellen Gesetzeslage<sup>1</sup> keinesfalls alle diejenigen, die nach früherem Recht eine Aufenthaltsbefugnis erhalten haben, heute Erziehungsgeld bekommen sollen.

Das humanitäre Aufenthaltsrecht ist nach dem am 1.1.2005 in Kraft getretenen Zuwanderungsgesetz jetzt in den §§ 22-25 AufenthG geregelt.

Erziehungsgeld sollen aber nur diejenigen erhalten, die eine Aufenthalterlaubnis gem § 25 Abs. 1 und 2 AufenthG und nicht diejenigen, die einen Aufenthaltsstatus aufgrund der Absätze 3 ff. beanspruchen können.

Eine Aufenthaltsbefugnis nach § 30 Abs. 3 oder 4 AuslG oder eine Duldung gem. § 53 AuslG (jetzt § 25 Abs. 3 AufenthG i.V.m. § 60 Abs. 2-7 AufenthG) erhielten bisher diejenigen, die Abschiebungsschutz genossen, auch diejenigen, deren Aufenthalt gem. § 55 AuslG oder § 30 Abs. 3 oder 4 (jetzt § 25 Abs. 4 AufenthG) aus Einzelfallgründen ermöglicht wurde.

Eine Aufenthaltsbefugnis gem § 32a AuslG (jetzt § 24 AufenthG) erhielten ferner die Bürgerkriegsflüchtlinge, sowie gem. §§ 30 Abs. 1 oder 33 AuslG (jetzt § 22 AufenthG) diejenigen, die humanitäre Aufnahme aus dem Ausland fanden und schließlich diejenigen, die aufgrund einer Gruppenregelung gem. § 32 AuslG (jetzt § 23 Abs. 1 AufenthG) eine Aufenthaltsbefugnis bekommen haben.

Doch genau diejenigen, die – wie in der jetzigen Bundesverfassungsgerichtsentscheidung zum Erziehungsgeld – eine Aufenthaltsbefugnis aus humanitären Gründen erhalten haben, sollen nach wie vor ausgeschlossen bleiben, da sich die Begünstigungen auf die Berechtigten nach § 25 Abs. 1 und 2 AufenthG beschränken.

23.5.89 STREIT 91, 178, BSG ErzG 14.9.89 für Asylberechtigte STREIT 90, 23 und Anmerkung Malin Bode S. 26 f., LSG NW 15.8.89 Erziehungsgeld für de-facto-Flüchtlinge STREIT 90, 27.



Käthe Kollwitz: *Selbstbildnis am Tisch*, 1893

Eine Verbesserung bedeutet die augenblickliche Gesetzlage nur für die GK-Flüchtlinge, die früher auch nur eine Aufenthaltsbefugnis nach § 51 AuslG erhalten haben und eben keine Aufenthaltserlaubnis.

Im Ausgangsfall der Verfassungsgerichtsentscheidung wurde der Klägerin aber offensichtlich eine Aufenthaltsbefugnis aufgrund einer Gruppenregelung (vermutlich Jezidin) erteilt, es handelte sich bei ihr nicht um einen originären Konventionsflüchtling.

Daraus folgt, daß die derzeitige Gesetzeslage verfassungswidrig ist. Sie nimmt gerade den Personenkreis aus der Begünstigung des § 1 Abs. 6 BErzGG heraus, auf den sich die Entscheidung vom 6.7.2004 – 1 BvR 2515/95 erstreckt, nämlich den Kreis der Personen, der sich typischer Weise aus humanitären Gründen im Bundesgebiet aufzuhalten dürfen soll.

In diesen Fällen empfiehlt es sich auf jeden Fall auf eine Antragstellung zum Erziehungsgeld/Kinder geld hinzuwirken ggf. eben mit einer Aussetzung bis zum Jahresende, um die aufgegebene Gesetzesänderung abzuwarten.

Nicht in § 1 BErzGG geregelt und auch nicht von der eben erwähnten aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erfaßt sind die Ansprüche ausländischer Frauen, die aus einem Staat kommen, der mit der EU Assoziationsabkommen geschlossen

<sup>2</sup> Aufgrund Art. 39 des Zusatzprotokolls 23.11.1970 zum Assoziationsabkommen zwischen der EWG und der Türkei vom 12.9.1963.

<sup>3</sup> C 262/96, STREIT 1/2005, S. 34 ff.

hat, die für beide Seiten antidiskriminative Regelungen zum Inhalt haben, wie insbesondere die Türkei und auch Marokko.

Türkinnen z.B. erhalten auch dann Erziehungsgeld nach europarechtlichen Vorschriften, wenn sie sich erlaubt in der Bundesrepublik aufzuhalten und Arbeitnehmerinnen im europarechtlichen Sinne gem. Artikel 4 Abs. 1 Ziff. h, Art. 3 Abs. 1 des ARB 3/80 v. 18.9.1980<sup>2</sup> sind. Arbeitnehmerinnen sind sie dann, wenn sie Mitglied in einem Zweig der nationalen Sozialversicherung sind, z.B. Mitglied in der gesetzlichen Krankenversicherung oder der gesetzlichen Rentenversicherung. Dies wurde durch die Entscheidung „Sürül“ vom 4.5.1999 grundsätzlich durch den EuGH festgestellt.<sup>3</sup> Seit dem 1.1.2005 sind alle Empfängerinnen von Leistungen des Arbeitslosengeldes II<sup>4</sup> ohnehin auch Mitglieder der gesetzlichen Sozialversicherungen, nämlich sowohl kranken- als auch rentenversichert. Für die Zukunft sollte es also keine Schwierigkeiten mehr für diesen Personenkreis beim Bezug von Erziehungsgeld geben, wenn sie z.B. aus der Türkei kommen oder aus einem Land, welches im Assoziationsabkommen mit der EU vergleichbare Regelungen wie im ARB 3/80 vereinbart hat.

Für die Vergangenheit war und ist die Lage etwas komplizierter. Alle diejenigen Frauen, bei denen in der gesetzlichen Rentenversicherung gem. § 56 SGB VI die Kindererziehungszeiten anerkannt werden konnten, waren damit auch Mitglieder in der gesetzlichen Rentenversicherung jedenfalls für die Zeiten, in denen die Kindererziehungszeiten festgestellt wurden sind. Sie erfüllten damit die gemeinschaftsrechtlichen Voraussetzungen nach Art. 4 Abs. 1 Ziff. h des ARB 3/80.

Die Anerkennung der Kindererziehungszeiten erfolgt rückwirkend und setzt den erlaubten Aufenthalt im Bundesgebiet voraus. Für anerkannte Asylberechtigte gilt, daß ihr Aufenthalt als von Anfang an erlaubt anzusehen ist, auch dann, wenn die Asylberechtigte gem § 7a Abs. 3 AsylVG als Ehefrau (Familienasyl) die Asylberechtigung erhalten hat.<sup>5</sup> Auch denjenigen, die faktisch dauerhaft ihren Schwerpunkt ihrer Lebensverhältnisse im Bundesgebiet hatten und nahtlos Aufenthaltserlaubnisse erhalten haben, steht der Anspruch gem. §§ 30 Abs. 3 S. 2 SGB I, 56 Abs. 3 S. 1 SGB VI auf die Anerkennung der Kindererziehungszeiten<sup>6</sup> zu.

Dies soll bisher jedoch nicht für abgelehnte und nach Abschluß des Asylverfahrens nur noch aus humanitä-

<sup>4</sup> Gem. § 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB V – für die Krankenversicherung und § 3 Abs. 3a SGB VI für die Rentenversicherung.

<sup>5</sup> BSG Urt. v. 28.7.1992 – 5 RJ 4/92; SozR 3-2600 Nr. 3 zu § 56 SGB VI.

ren Gründen geduldete (z.B. tamilische) Staatsangehörige gelten.<sup>7</sup> Hier sollte für die Anerkennung der Kindererziehungszeiten die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vom 6.7.2004 ebenfalls fruchtbar gemacht werden und eine rechtliche Klärung betrieben werden.

Tatsächlich problematisch können jetzt allerdings noch einige wenige Altfälle sein, in denen das Kind vor dem 4.5.1999 (Datum der „Sürül“-Entscheidung) geboren wurde, da der EuGH die Rechtswirkung seiner Entscheidung nur denjenigen zukommen lassen wollte, die sich in einem anhängigen Verfahren befunden haben.<sup>8</sup> Es wäre jedoch daran zu denken, eine fehlende Anhängigkeit eines „Erziehungsgeldverlangens“ über einen etwaigen Herstellungsanspruch der Berechtigten geltend zu machen. Dies setzte einen Beratungskontakt nach der Geburt des Kindes zur zuständigen Behörde (Versorgungs- bzw. Arbeitsämter) voraus. Da dies selten der Fall sein wird, sollte auch ein Kontakt zum Sozialamt, als Sozialleistungsträger z.B. nach dem Asylbewerberleistungsgesetz, genügen, da auch andere Sozialleistungsträger zum Hinweis auf eine sachgerechte Antragstellung zum Erhalt von Sozialleistungen verpflichtet sind.<sup>9</sup>

Des weiteren wird verlangt,<sup>10</sup> daß sich ein Rechtsprechungswandel hätte klar angedeutet haben müssen.

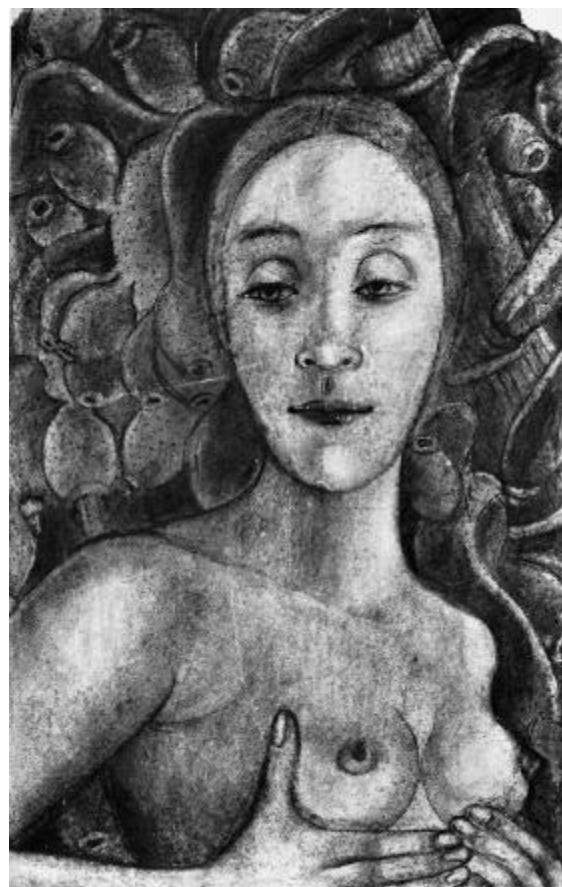
Da einerseits am 12.2.1998 der Generalanwalt La Pergola<sup>11</sup> in seiner Stellungnahme zum Verfahren „Sürül“, die später auch vom Gerichtshof festgestellte Rechtsansicht geäußert hat und damit die Richtung der Rechtsprechungsentwicklung bestimmt hat, nämlich die Konstituierung einer Arbeitnehmereigenschaft insoweit als Mitgliedschaft in einem Zweig der gesetzlichen Sozialversicherung festgestellt werden kann – und andererseits diese Entwicklung auch bereits durch die Entscheidung „Martinez-Sala“ vom 12.5.1998,<sup>12</sup> vorgegeben war, läßt sich eine klare Rechtsprechungstendenz jedenfalls ab dem 12.5.1998 feststellen. Eine solche Tendenz hätten die Versorgungsämter (oder Arbeitsämter) in ihrer Beratung und Bearbeitung zu Erziehungsgeldfragen auch damals zu beachten gehabt. Da es auch beim Eingreifen eines Herstellungsanspruchs auf die objektive Rechtslage ankommt und nicht auf das subjektiv konkrete Wissen der einzelnen Beratungsperson, wäre auch beim Beratungskontakt etwa mit den Sozialämtern nach der Geburt des Kindes jedenfalls ab dem 12.5.1998 von Anspruchsmöglichkeiten auszugehen.

6 BSG Urt. v. 27.1.1994 – 5 RJ 16/93 SozR3- 2600 Nr. 7 zu § 56 SGB VI.

7 BSG Urt.v.18.2.1998 SozR 3-2600 Nr. 11 zu § 56 SGB VI.

8 RZ 113 der „Sürül“-Entscheidung; vgl dazu BSG Urt. zum Bayr. Landeserziehungsgeld v. 18.2.2004- B 10 EG 10/03 R - Rz 25.

9 BSG Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 69/95.



Anita Rée: Weibliches Brustbild, o.J.

Soweit es um Drittstaatlerinnen geht, die aus Ländern kommen, mit denen keine Assoziierungsabkommen bestehen, aber bilaterale Sozialversicherungsabkommen abgeschlossen worden sind, können aus diesen Abkommen, so insbesondere nach dem deutsch-jugoslawischen Sozialversicherungs-Abkommen, Ansprüche auf Erziehungsgeldleistungen sich ergeben.<sup>13</sup>

Die Rechtsentwicklung zu dieser Frage hat Windungen und Wendungen genommen, und wird vermutlich noch einige Schleifen absolvieren müssen, um zu dem Stand zu gelangen, daß die finanzielle Grundunterstützung der Kindererziehung nicht danach differenziert werden darf, welchen Aufenthaltsstatus die Mutter (oder der Vater) hat.

10 Vgl. BSG Urt. v. 18.2.2004, ebd.

11 EuGH-Bulletin Nr. 5 /98 S. 16 f.

12 C 85/96, STREIT 1/2005, S. 30 ff.

13 Vgl. zu Bosnien: BSG Urt.v. 12.4.2000-B 14 KG 3/99 R STREIT 01/82 f.