

Urteil mit Anmerkung

BSG § 1 Abs. a Nr. 1 BErzGG a. F. bis zum 30.6.1989, Art. 16 Abs. 2 GG,

§ 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I

Erziehungsgeld

für anerkannte Asylantinnen

1. *Bringt eine Asylbewerberin während des Anerkennungsverfahrens ein Kind zur Welt, hat sie gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 BErzGG jedenfalls dann auch ab der Geburt des Kindes einen Anspruch auf Bewilligung des Erziehungsgeldes, wenn sie im Nachhinein als politisch Verfolgte nach Art. 16 Abs. 2 GG anerkannt wird.*

2. *Sie hat dann ab dem Zeitpunkt ihrer Einreise in die Bundesrepublik im Sinne von § 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik.*

Urteil des Bundessozialgerichts v. 14.9.1989 – 4 REg 7/88 –

Aus den Gründen:

I

Streitig ist Erziehungsgeld für die Zeit vor der Bestandskraft der Entscheidung über die Anerkennung als Asylberechtigte.

Die Klägerin, iranische Staatsangehörige, hält sich seit dem 27. März 1987 in der Bundesrepublik Deutschland auf. Am 1. Oktober 1987 beantragte sie für ihre am 9. September 1987 geborene Tochter Viola Erziehungsgeld. Dies lehnte das Versorgungsamt Gießen (VA) mit Bescheid vom 7. Dezember 1987 ab: Die Klägerin habe im Bundesgebiet keinen gewöhnlichen Aufenthalt; als Asylbewerberin sei sie nur im Besitz einer bis zum 16. Februar 1988 gültigen Aufenthaltsgestattung. Für den Fall der rechtsbeständigen Anerkennung als Asylberechtigte werde empfohlen, erneut einen Antrag zu stellen.

Am 8. Februar 1988 beantragte die Klägerin wiederum Erziehungsgeld, nachdem sie das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge durch Entscheidung vom 19. Januar 1988 als Asylberechtigte anerkannt hatte. Daraufhin gewährte das VA durch Bescheid vom 18. März 1988 Erziehungsgeld ab dem 3. März 1988 mit der Begründung, an diesem Tage sei die Entscheidung über die Feststellung der Asylberechtigung bindend geworden. Während des Asylverfahrens habe es sich wegen des nur vorläufigen Anwesenheitsrechts lediglich um einen vorübergehenden, nicht um einen gewöhnlichen Aufenthalt i. S. des § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (Bundeserziehungsgeldgesetz – BErzGG) vom 6. Dezember 1985 (BGBl. I S. 2154) gehandelt.

Den Widerspruch der Klägerin mit dem Antrag, Erziehungsgeld vom Tage der Geburt des Kindes an zu zahlen, wies das Landesversorgungsamt Hessen (LVA) mit gleicher Begründung unter Hinweis auf das Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 25. Juni 1987 – 11a REg 1/87 – zurück; von einem früheren Zeitpunkt an bestehe auch deshalb kein Anspruch auf Erziehungsgeld, weil die Ausländerbehörde in ihrem Schreiben vom 29. Oktober 1987 kei-

ne Aussage habe machen können, ob bei negativem Abschluß des Asylverfahrens eine „Duldung ausgestellt“ und von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen abgesehen werde.

Die Klägerin hat die Revision eingelegt und zu deren Begründung vorgetragen: Zu einer Fallkonstellation wie der vorliegenden habe sich das BSG noch nicht geäußert; in den bisher entschiedenen Fällen seien die Asylanträge entweder gar nicht oder ablehnend beschieden gewesen. Soweit das SG zutreffend in der Anerkennung als Asylberechtigte einen lediglich deklaratorischen Akt gesehen habe, sei es aber verfehlt, einen gewöhnlichen Aufenthalt erst ab der Bestandskraft der Anerkennung zu bejahen. Im übrigen müsse die Richtigkeit des Prognoseansatzes in Frage gestellt und bestritten werden, daß Asylbewerber nur einen befristeten Aufenthalt hätten, zumal § 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I keinen dauernden Aufenthalt verlange.

Der Beklagte meint, soweit das angefochtene Urteil der Anerkennung als Asylberechtigte eine lediglich deklaratorische Bedeutung beimesse, treffe das in dieser Allgemeinheit nicht zu; nach BVerfGE 60, 253 sei eine „gleichsam konstitutive Wirkung“ anzunehmen, weil das Asylrecht als Status grundsätzlich erst nach Erwirkung des Anerkennungsaktes geltend gemacht werden könne. Die statusrechtliche Änderung trete erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist ein, da im Falle der Anfechtung durch den Bundesbeauftragten der Status als Asylbewerber bis zur rechtskräftigen Entscheidung fortduere. Zutreffend habe das SG auch die Rechtswidrigkeit des ursprünglichen Bescheides iS von § 44 SGB 10 verneint. Denn dieser sei bei seinem Erlaß rechtmäßig gewesen; die Ausländerbehörde habe damals nicht bescheinigen können, daß die Klägerin bei negativem Ausgang des Asylverfahrens nicht abgeschoben würde.

II

Die Revision ist begründet. Die Klägerin hat Anspruch auf Erziehungsgeld bereits für die Zeit seit dem 9. September 1987. Soweit dem Bescheide des Beklagten entgegenstehen, sind sie rechtswidrig und daher aufzuheben oder abzuändern.

Materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage ist § 1 BErzGG. Nach dessen Abs. 1 hat Anspruch auf Erziehungsgeld, wer – neben den hier vorliegenden Voraussetzungen, für ein nach dem 31. Dezember 1985 geborenes Kind sorgeberechtigt zu sein, mit ihm in einem Haushalt zu leben, es zu betreuen und zu erziehen und selbst keine oder keine volle Erwerbstätigkeit auszuüben (a. a. O. Nrn. 2 bis 4) – seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat (a. a. O. Nr. 1).

Entgegen der Ansicht des SG und des Beklagten hatte die Klägerin schon während der streitigen Zeit (9. September 1987 bis 2. März 1988) ihren gewöhnlichen Aufenthalt (ein Wohnsitz kommt hier nicht in Betracht) im Geltungsbereich dieses Gesetzes. Die Legaldefinition des gewöhnlichen Aufenthalts enthält § 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I, der für alle

Sozialleistungsbereiche und damit auch für das BErzGG gilt (vgl. Überschrift des 3. Abschnitts des SGB I, § 25 SGB I idF des § 28 BErzGG). Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthaltsort dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, daß er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt. Schwierigkeiten bestehen insbesondere, die Begriffsgruppe des nicht nur vorübergehenden Verweilens näher einzugrenzen. Der mit Erziehungsgeld früher befaßte gewesenene 11. Senat des BSG hat im Urteil vom 25. Juni 1987 – 11a REg 1/87 (BSGE 62, 67 = SozR 7833 § 1 Nr. 1) darauf hingewiesen (a. a. O. S. 69), daß die gewählte Definition mit entsprechenden Vorschriften im Steuerrecht übereinstimmen sollen (BT-Drucks. 7/3786 S. 5), die dortige Regelung, wonach die durch den gewöhnlichen Aufenthalt begründete Steuerpflicht stets bei einem länger als sechs Monate dauernden Inlandaufenthalt eintrete, aber nicht mit übernommen worden sei, ohne daß ein Anhalt für ein Versehen des Gesetzgebers bestünde. Er hat außerdem ein Verweilen, das „vorübergehend“ ist, im Gegensatz zu „dauernd“ verstanden und gefolgt, der gewöhnliche Aufenthalt iS des § 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I iVm § 1 Abs. 1 Nr. 1 BErzGG setze voraus, daß ein Ende des Aufenthaltes in der Bundesrepublik Deutschland aus der Sicht der in Frage kommenden Bezugszeit nicht zu erwarten sei, weil sich nur dann ein vorübergehendes Verweilen ausschließen lasse. Ob aus der negativen Formulierung im Gesetz tatsächlich das Erfordernis eines dauernden Aufenthaltes abzuleiten ist, erscheint fraglich, braucht aber hier nicht näher erörtert zu werden. Denn daß die Klägerin (subjektiv) zunächst nur ein zeitlich begrenztes Verweilen im Bundesgebiet beabsichtigt habe, ist weder vom SG festgestellt worden noch zu vermuten und wird auch vom Beklagten nicht behauptet. Es kommt entscheidend auf die objektiven Gegebenheiten an; auch diese bestätigen indessen, daß die Klägerin bereits während der streitigen Zeit ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland hatte.

Ob Asylbewerber das Tatbestandsmerkmal des gewöhnlichen Aufenthaltes erfüllen, läßt sich nach der Ansicht des Senats weder dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 Nr. 1 BErzGG noch des § 30 Abs. 3 Satz 2 SGB entnehmen, zumal, wie auch die Rechtsprechung des BSG betont hat, für das nicht nur vorübergehende Verweilen tatsächliche und wirtschaftliche Gegebenheiten erheblich sind (vgl. BSGE 53, 49, 52 zu § 1 BKGG). Indessen steht die Gewährung einer Sozialleistung, die u. a. auch den gewöhnlichen Aufenthalt des Antragsstellers voraussetzt, zumindest grundsätzlich unter dem Vorbehalt des berechtigten Aufenthaltes. Derartige Sozialleistungen, zu denen das vom Bund, also letztlich von der Gesamtheit der Steuerzahler, finanzierte Erziehungsgeld gehört,

können ihrem Sinn und Zweck nach nicht demjenigen gewährt werden, dessen – faktisch nicht nur vorübergehender – Aufenthalt die Rechtsordnung nicht billigt (vgl. im Unterschied hierzu § 120 Abs. 1 Satz 1, erster Halbsatz des BSHG, wonach bei Ausländern ein tatsächlicher Aufenthalt genügt, sich aber u. a. bei fehlender Aufenthaltserlaubnis oder -berechtigung der Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt beschränkt, Abs. 2 Nr. 1 a. a. O.). Dieser Grundsatz kann, da § 30 SGB I unter dem Vorbehalt einer abweichenden Regelung in den besonderen Teilen des SGB steht (§ 37 SGB I), im einzelnen Sozialleistungsbereich auch konkretisiert und modifiziert werden. Davon hat der Gesetzgeber Gebrauch gemacht und durch das (für den vorliegenden Fall noch nicht zu berücksichtigende) Gesetz zur Änderung des Bundeserziehungsgeldes und anderer Vorschriften vom 30. Juni 1989 (BGBl. I 1297) dem § 1 Abs. 1 BErzGG den Satz angefügt: „Für den Anspruch eines Ausländers ist Voraussetzung, daß er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis ist, die nicht nur für einen bestimmten, seiner Natur nach vorübergehenden Zweck erteilt worden ist.“

Die Klägerin war bereits während der streitigen Zeit, also bevor die Entscheidung über die Asylberechtigung bestandskräftig geworden ist, zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt; denn der Schutz des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes – GG – („Politisch Verfolgte genießen Asylrecht“) traf auf sie damals schon zu. Unerheblich ist, daß der Klägerin gemäß §§ 19, 20 des Gesetzes über das Asylverfahren (Asylverfahrensgesetz – AsylVfG) vom 16. Juli 1982 (BGBl. I 946) nach Stellung des Asylantrags „zur Durchführung des Asylverfahrens“ (§ 19 Abs. 1 AsylVfG) der Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland gestattet war (sog. Aufenthaltsgestattung). Es kommt auch nicht darauf an, daß die Ausländerbehörde erst dem unanfechtbar als Asylberechtigten anerkannten Ausländer eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis erteilt (§ 29 Abs. 1 AsylVfG). Die Asylanerkennung hat vielmehr nur deklaratorische, nicht konstitutive Wirkung (Marx/Strate/Pfaff, Komm. zum AsylVfG, 2. Aufl. 1987, § 29 RdNr. 2). Das Asylrecht ergibt sich unmittelbar aus dem Grundrecht des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG, das keinem Gesetzesvorbehalt unterliegt (vgl. BVerwGE 62, 206, 211 und 79, 347, 349; Rottmann, Der Staat, 1984, 337, 346). Dem entspricht es, daß in Fällen, in denen der Erwerb oder die Ausübung eines Rechts oder eine Vergünstigung von der Dauer des Aufenthaltes im Bundesgebiet abhängt, die Zeit des Asylverfahrens (nur) angerechnet wird, wenn der Ausländer unanfechtbar anerkannt worden ist (§ 19 Abs. 3 AsylVfG). Wenn aber somit das Asylrecht nicht „teilbar“ in eine Zeit vor und nach dessen Anerkennung ist, so führt dies auch zu dem billigenwerten

Ergebnis, daß der (Beginn des) Anspruch(s) auf Erziehungsgeld nicht von der Dauer des Asylverfahrens abhängen kann.

Der soeben vertretenen Auffassung widerspricht allenfalls scheinbar, daß – wie der Beklagte ins Feld führt – die unanfechtbare Statusentscheidung nach BVerfGE 60, 253, 295 im konkreten Einzelfall eine „gleichsam konstitutive Wirkung“ entfaltet. Diese Äußerung kann jedoch nur im Zusammenhang mit den vorangegangenen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts gewertet werden. Dort (a. a. O. S. 294) heißt es, daß Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG keinen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt aufweise, daß Asylrecht gleichwohl nur im Wege eines rechtlich geregelten Verfahrens wahrgenommen werden könne. Die geltende Gesetzeslage gehe nicht von einem bei jedem Antragsteller vorgegebenen Asylrecht aus (das im gegebenen Fall erst „aberkannt“ werden müßte), sondern anerkenne es erst zufolge eines von dem Asylsuchenden zu erwirkenden und notfalls auch zu erstreitenden förmlichen Feststellungsaktes. Das Asylrecht sei unter einen Verfahrensvorbehalt gestellt; von der Antragstellung abgesehen könne es als Status grundsätzlich erst nach Erwirkung des Anerkennungsaktes geltend gemacht werden. Verfassungsrechtlichen Bedenken begegne dieses Verfahren nicht. Weiter heißt es wörtlich: „Wie bei zahlreichen Statusentscheidungen besteht ein dringendes Interesse der Rechtsordnung an einem den Status feststellenden Formalakt, wenn anders nicht das Asylrecht in jedem entscheidungserheblichen Fall von neuem der Feststellung bedürfte. Solche Verfahren 'regeln', nicht aber 'beschränken' sie das Asylrecht; dem steht das Fehlen eines Gesetzesvorbehalts in Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG nicht entgegen ...“.

Hiernach hat der den Status feststellende Formalakt keine das Recht erst begründende Funktion, sondern er stellt nur fest, was vorher (objektiv) schon feststand.

Nach alledem war die Klägerin aufgrund des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG bereits während des Asylverfahrens zum gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland berechtigt. Sie hatte daher hier ihren gewöhnlichen Aufenthalt iS von § 1 Abs. 1 Nr. 1 BErzGG iVm § 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I.

Mit dieser Entscheidung weicht der Senat von keinem anderen Urteil des BSG ab, und zwar auch dann nicht, wenn die den „gewöhnlichen Aufenthalt“ betreffenden, aber zu anderen Sozialleistungsbereichen ergangenen Entscheidungen einbezogen werden. Denn bisher ist, soweit ersichtlich, noch nicht zu entscheiden gewesen, ob im Falle einer die Asylberechtigung anerkennenden Entscheidung auch die Zeit vor der (Bestandskraft dieser) Ent-

scheidung als gewöhnlicher Aufenthalt zu werten ist. Es braucht daher auch das Ergebnis der vom Senat getroffenen Entscheidung nicht mit dem Urteil des 11. Senats vom 16. Dezember 1987 – 11a REg 3/87 (SozR 7833 § 1 Nr. 4) verglichen zu werden, wonach Asylbewerber schon während des Asylverfahrens den gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben können, wenn sie auch nach Ablehnung des Asylantrages im Bundesgebiet dauernd geduldet werden. Ebenso darf unerörtert bleiben, ob in jenen Fällen, in denen die Anerkennung als Asylberechtigter bestandskräftig oder rechtskräftig abgelehnt worden ist, mit einer Prognoseentscheidung hinsichtlich des gewöhnlichen Aufenthalts gearbeitet werden kann, die später nicht rückwirkend korrigierbar ist (vgl. zum Kindergeld Urteil vom 23. Februar 1988 – 10 RKg 17/87 = BSGE 63, 47 = SozR 5870 § 1 Nr. 14; Urteil vom 17. Mai 1989 – 10 RKg 19/88 –, S. 7 und 11). Die Problematik einer rückwirkend nicht mehr korrigierbaren Prognose verdeutlicht der dem Senat vorliegende Sachverhalt: Während die Ausländerbehörde zunächst eine günstige Prognose nicht hatte abgeben können, entschied das Bundesamt nach der Aktenlage gemäß § 12 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 AsylVfG mit dem Hinweis, bereits nach Durchsicht der vorliegenden Unterlagen sei davon auszugehen, daß die Antragstellerin im Falle einer Rückkehr in ihr Heimatland mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit zum gegenwärtigen Zeitpunkt mit asylrechtlich relevanten Maßnahmen rechnen müßte.