B 10 EG 9/09 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten
Abteilung
10
1. Instanz
SG Aachen (NRW)
Aktenzeichen
S 13 EG 14/08
Datum
14.10.2008
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 13 EG 67/08
Datum
27.07.2009
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 10 EG 9/09 R
Datum
30.09.2010
Kategorie
Beschluss
Soweit die Revision der Klägerin die Gewährung von Elterngeld für den 12. bis 14. Lebensmonat ihrer am 9. März 2007 geborenen Kinder M. und M. betrifft, wird das Verfahren ausgesetzt und eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu folgender Frage eingeholt: Ist § 1 Abs 7 Nr 2 Buchstabe c in Verbindung mit Nr 3 Buchstabe b Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz in der Fassung des Art 1 Gesetz zur Einführung des Elterngeldes vom 5. Dezember 2006 (BGBl I 2748) insoweit mit Art 3 Abs 1 Grundgesetz vereinbar, als danach Ausländern, denen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs 1 Aufenthaltsgesetz wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach §§ 23a, 24, 25 Abs 3 bis 5 Aufenthaltsgesetz erteilt wurde, ein Anspruch auf Elterngeld nur dann zusteht, wenn sie im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig sind, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch beziehen oder Elternzeit in Anspruch nehmen?

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 das Gebiet der 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 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 der 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 erfolgte Erteilung der Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit ohne Zustimmung der Ausländerbehörde 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 der darin enthaltenen 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 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.

13

Die Beteiligten haben vor dem Senat übereinstimmend erklärt, dass die Klägerin in tatsächlicher Hinsicht die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 Abs 1 und Abs 7 Nr 3 Buchst a BEEG zweifelsfrei erfüllt.

14

Der Senat hat die Revision der Klägerin durch Teilurteil vom heutigen Tag zurückgewiesen, soweit sie die Gewährung von Elterngeld bis zur Vollendung des 11. Lebensmonats der am 9.3.2007 geborenen Kinder M. und M. betrifft. Denn die Klägerin war bis zum 28.1.2008 nicht im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigte. Wegen des im Elterngeldrecht geltenden Lebensmonatsprinzips scheidet damit ein Anspruch der Klägerin auf Elterngeld bis zum 8.2.2008 aus.

II

15

Das Verfahren ist gemäß Art 100 Abs 1 GG auszusetzen, soweit es die Gewährung von Elterngeld für den 12. bis 14. Lebensmonat der am 9.3.2007 geborenen Kinder M. und M. betrifft. Der Senat sieht sich hinsichtlich dieses Teiles des Streitgegenstandes an einer Entscheidung des Rechtsstreits gehindert. Er ist überzeugt, dass die in § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c iVm Nr 3 Buchst b BEEG (idF des Art 1 Gesetz zur Einführung des Elterngeldes vom 5.12.2006 - BGBl I 2748) geregelten Voraussetzungen, nach denen ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer oder eine nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländerin einen Anspruch auf Elterngeld geltend machen kann, insoweit mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art 3 Abs 1 GG unvereinbar ist, als danach Ausländer, denen ein Aufenthaltstitel nach § 23 Abs 1 AufenthG wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach §§ 23a, 24, 25 Abs 3 bis 5 AufenthG erteilt wurde, nur dann anspruchsberechtigt sind, wenn sie (neben der weiteren Voraussetzung einer gewissen Mindestaufenthaltsdauer iS des § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst a BEEG) im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig sind, laufende Geldleistungen nach dem SGB III beziehen oder Elternzeit in Anspruch nehmen.

16

Mit dieser Regelung werden Ausländer mit den genannten Aufenthaltstiteln nach Auffassung des Senats schlechter gestellt als Deutsche und vor allem als Ausländer mit anderen Aufenthaltstiteln, ohne dass diese Unterscheidung gerechtfertigt ist. Insbesondere lassen sich auch innerhalb der Gruppe der Ausländer mit den in § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG aufgeführten Aufenthaltstiteln sachwidrige Ungleichbehandlungen feststellen.

17

Zwar darf der Gesetzgeber die Gewährung von Elterngeld an nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer davon abhängig machen, dass sich diese voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhalten. Auch kann eine Integration in den inländischen Arbeitsmarkt eine solche Prognose begründen. Der Gesetzgeber hat jedoch in § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c iVm Nr 3 Buchst b BEEG insoweit sachwidrige Kriterien aufgestellt, als er einen aktuellen, eng umschriebenen Arbeitsmarktbezug während des Anspruchszeitraumes fordert und zudem nur auf denjenigen abstellt, der Elterngeld beansprucht, also zB nicht eine entsprechende Integration seines Ehegatten ausreichen lässt. Über die Verfassungswidrigkeit dieser gesetzlichen Bestimmung zu entscheiden, ist nach Art 100 Abs 1 GG dem BVerfG vorbehalten.

18

A. Entwicklung der für den Rechtsstreit bedeutsamen Vorschriften

19

Das BEEG hat in seinem § 1 Abs 7 hinsichtlich der Anspruchsberechtigung nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer mit Wirkung vom 1.1.2007 die entsprechende, für Geburten bis zum 31.12.2006 geltende Vorschrift des § 1 Abs 6 Gesetz zum Erziehungsgeld und zur Elternzeit (Bundeserziehungsgeldgesetz - BErzGG - BGBl 2000 I 1638; Bezeichnung bis zum 1.1.2001: Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub; vgl BGBl 1994 I 181) übernommen. Die Bedeutung des für diesen Rechtsstreit einschlägigen § 1 Abs 7 BEEG kann deshalb nicht losgelöst von der Entwicklung des BErzGG verstanden werden. Es ist mithin zunächst dieses Gesetz in den Blick zu nehmen (vgl hierzu ausführlich die Vorlagebeschlüsse des Senats vom 3.12.2009 - B 10 EG 5/08 R (= 1 BvL 3/10), S 6 ff; B 10 EG 6/08 R (= 1 BvL 4/10), S 6 ff; B 10 EG 7/08 R (= 1 BvL 2/10), S 5 ff).

20

1. Das BErzg wurde durch das BErzGG vom 6.12.1985 (BGBl I 2154) eingeführt. Es ist eine sozialrechtliche Leistung des Familienlastenausgleichs. Ihre nähere gesetzliche Ausgestaltung hat wiederholt Änderungen erfahren, soweit es die Anspruchsberechtigung von Ausländern betrifft.

21

Das BErzg wurde zunächst unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Anspruchstellers gewährt. Voraussetzung war allerdings, dass dieser einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte. Umstritten war, ob und unter welchen Umständen Ausländer, insbesondere Asylbewerber, einen Wohnsitz oder ihren ständigen Aufenthalt in diesem Sinne begründen konnten (vgl BSG SozR 7833 § 1 Nr 1; SozR 7833 § 1 Nr 4). Zuletzt stellte das BSG im Rahmen der sog Prognoserechtsprechung darauf ab, ob bei vorausschauender Betrachtungsweise damit zu rechnen sei, dass der ausländische Anspruchsteller dauerhaft in Deutschland bleibe (BSGE 65, 261 = SozR 7833 § 1 Nr 7). Zu den ungeschriebenen Voraussetzungen eines Anspruchs auf BErzg rechnete das BSG, dass der Anspruchsteller in Deutschland arbeiten dürfe. Dies folge aus dem Zweck der Leistung, eine Alternative zur Erwerbstätigkeit zu bieten (vgl BSG SozR 3-7833 § 1 Nr 1).

22

Durch das Gesetz zur Änderung des BErzGG und anderer Vorschriften vom 30.6.1989 (BGBl I 1297) wurde dem § 1 Abs 1 BErzGG folgender Satz 2 angefügt:

23

"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."

24

Zur Begründung führte der Ausschuss für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit (13. Ausschuss) des Deutschen Bundestages, auf den diese Regelung zurückgeht, aus (BT-Drucks 11/4776 S 2): Die Aufenthaltserlaubnis oder die Aufenthaltsberechtigung solle jetzt ausdrücklich als Voraussetzung für den Anspruch eines Ausländers auf BErzg im Gesetz verankert werden. Dies sei auch deshalb gerechtfertigt, weil Ausländer ohne Aufenthaltserlaubnis in der Regel keine Arbeitserlaubnis hätten. Insoweit könnte der Zweck des BErzg, die Wahlfreiheit zwischen Kindererziehung und Berufstätigkeit zu sichern, nicht erreicht werden.

25

Durch Art 10 Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts vom 9.7.1990 (BGBl I 1354, 1386) wurde § 1 Abs 1 Satz 2 BErzGG an die geänderte Systematik der Aufenthaltstitel nach dem neuen Ausländergesetz (AuslG) angepasst. Die Vorschrift lautete danach:

26

"Für den Anspruch eines Ausländers ist Voraussetzung, dass er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung, Aufenthaltserlaubnis oder Aufenthaltsbefugnis ist."

27

Mit Gesetz über Maßnahmen zur Bewältigung der finanziellen Erblasten im Zusammenhang mit der Herstellung der Einheit Deutschlands, zur langfristigen Sicherung des Aufbaus in den neuen Ländern, zur Neuordnung des bundesstaatlichen Finanzausgleichs und zur Entlastung der öffentlichen Haushalte (Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms (FKPG)) vom 23.6.1993 (BGBl I 944) schloss der Gesetzgeber die Inhaber von Aufenthaltsbefugnissen vom BErzg-Bezug aus. In § 1 BErzGG wurde folgender Absatz 1a eingefügt (im Folgenden: BErzGG 1993):

28

"Für den Anspruch eines Ausländers ist Voraussetzung, dass er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis ist. Auch bei Besitz einer Aufenthaltserlaubnis haben ein Arbeitnehmer, der von seinem im Ausland ansässigen Arbeitgeber zur vorübergehenden Dienstleistung nach Deutschland entsandt ist, und sein Ehepartner keinen Anspruch auf Erziehungsgeld."

29

In der Begründung zu dieser Vorschrift heißt es (BT-Drucks 12/4401 S 74): "Mit dieser Regelung wird der Anspruch auf die Ausländer begrenzt, von denen zu erwarten ist, dass sie auf die Dauer in Deutschland bleiben werden. Das ist allein bei denjenigen der Fall, die im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis sind. Doch auch auf diejenigen, die von ausländischen Arbeitgebern zur vorübergehenden Dienstleistung nach Deutschland entsandt sind und statt einer Aufenthaltsbewilligung eine Aufenthaltserlaubnis erhalten haben, trifft diese Voraussetzung nicht zu. Dasselbe gilt für ihre Ehepartner. Die Regelung entspricht den Regelungen der meisten Länder, bei denen Entsandte im Sozialsystem des Heimatlandes verankert bleiben, so wie Deutsche, die von ihrem Arbeitgeber ins Ausland entsandt sind, und ihre Ehepartner den Anspruch auf BErzg behalten."

30

Über die Verfassungsmäßigkeit des § 1 Abs 1a BErzGG 1993 hatte das BVerfG mit Beschluss vom 6.7.2004 - 1 BvR 2515/95 - (BVerfGE 111, 176 = SozR 4-7833 § 1 Nr 4) zu entscheiden. Es erklärte die Vorschrift für mit Art 3 Abs 1 GG unvereinbar. Zur Begründung führte es aus: Zwar sei es ein legitimes gesetzgeberisches Ziel, nur denjenigen Ausländern BErzg zukommen lassen zu wollen, von denen erwartet werden könne, dass sie auf Dauer in Deutschland blieben. Der generelle Ausschluss von Ausländern mit Aufenthaltsbefugnis sei jedoch kein geeignetes Abgrenzungskriterium. Allein die formale Art des Aufenthaltstitels eigne sich nicht als Grundlage einer Prognose über die Dauer des Aufenthalts in Deutschland. Der weitere Zweck des BErzg, Eltern die eigene Betreuung ihrer Kinder durch Verzicht auf eine Erwerbstätigkeit oder durch deren Einschränkung zu ermöglichen, rechtfertige es zwar, Ausländer vom BErzg auszuschließen, die aus Rechtsgründen nicht erwerbstätig sein dürften. Dies treffe jedoch nicht ohne Weiteres auf alle Inhaber von Aufenthaltsbefugnissen zu, da diese nicht schon aufgrund der Art ihres Aufenthaltstitels vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen seien.

31

Über die Verfassungsmäßigkeit der Nachfolgeregelungen zu § 1 Abs 1a BErzGG 1993 entschied das BVerfG ausdrücklich nicht; es gab jedoch dem Gesetzgeber insoweit auf, diese Bestimmungen nach den aufgezeigten Kriterien ebenfalls auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen.

32

§ 1 Abs 1a BErzGG 1993 war bis zum 31.12.2000 in Kraft. Dann wurde er durch § 1 Abs 6 Satz 2 Nr 3 BErzGG idF des Dritten Gesetzes zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes vom 12.10.2000 (BGBl I 1426; im Folgenden: BErzGG 2001) ersetzt. Nach § 1 Abs 6 Satz 2 Nr 3 BErzGG 2001 waren auch Inhaber von Aufenthaltsbefugnissen anspruchsberechtigt, bei denen "das Vorliegen der Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 des Ausländergesetzes unanfechtbar festgestellt worden ist". Auf diese Weise wollte der Gesetzgeber die

Anspruchsvoraussetzungen für Flüchtlinge klären (vgl BT-Drucks 14/3553 S 12, 15). Im Übrigen blieben Inhaber von Aufenthaltsbefugnissen weiterhin von einem Anspruch auf BErzg ausgeschlossen.

33

Durch das Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz) vom 30.7.2004 (BGBl I 1950) wurde ein neues AufenthG geschaffen, das am 1.1.2005 an die Stelle der früheren Regelungen des AuslG trat. Da dieses als Aufenthaltstitel nur noch die (dauerhaft geltende) Niederlassungserlaubnis und die (befristete) Aufenthaltserlaubnis vorsieht, wurde gleichzeitig auch § 1 Abs 6 Satz 2 BErzGG der neuen ausländerrechtlichen Systematik angepasst (namentlich durch Art 10 Nr 4 Zuwanderungsgesetz; im Folgenden wird diese Fassung des BErzGG als BErzGG 2005 bezeichnet). Nach wie vor wollte der Gesetzgeber BErzg nur denjenigen Ausländern gewähren, die sich dauerhaft, insbesondere zu Erwerbszwecken, in Deutschland aufhalten (vgl BT-Drucks 15/420 S 122). § 1 Abs 6 Satz 2 BErzGG 2005 regelte demnach:

34

"Ein anderer (d.h.: nicht freizügigkeitsberechtigter) Ausländer ist anspruchsberechtigt, wenn er im Besitz 1. einer Niederlassungserlaubnis, 2. einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Erwerbstätigkeit, 3. einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 und 2, den §§ 31, 37, 38 AufenthG oder 4. einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzugs zu einem Deutschen oder zu einer von den Nummern 1 bis 3 erfassten Person ist."

35

Den § 1 Abs 6 BErzGG 2005 stufte der Gesetzgeber nach Veröffentlichung des BVerfG-Beschlusses vom 6.7.2004 (BVerfGE 111, 176 = SozR 4-7833 § 1 Nr 4) zu § 1 Abs 1a BErzGG 1993 selbst als verfassungsrechtlich bedenklich ein (vgl BT-Drucks 16/1368 S 1). Er ersetzte ihn daher mit Art 3 Gesetz zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss (AuslAnsprG) vom 13.12.2006 (BGBl I 2915). Die danach geltende Fassung des § 1 Abs 6 BErzGG 2006 lautet:

36

"(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 des AufenthG wegen eines Krieges in seinem 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."

37

Gemäß Art 6 Satz 2 AuslAnsprG trat die Regelung des § 1 Abs 6 BErzGG 2006 rückwirkend zum 1.1.2006 in Kraft.

38

2. Zum 1.1.2007 wurde das bedürftigkeitsabhängige BErzg durch das verstärkt Einkommenseinbußen ersetzende Elterngeld abgelöst (Art 1 Gesetz zur Einführung des Elterngeldes = Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz - BEEG) vom 5.12.2006 (BGBl I 2748); zur Konzeption des Elterngeldes vgl allgemein BSG, Urteil vom 23.1.2008 - B 10 EG 5/07 R - BSGE 99, 293 = SozR 4-7837 § 27 Nr 1, RdNr 19).

39

Die Einführung des Elterngeldes wurde wie folgt begründet (BT-Drucks 16/1889 S 2): "Die Bundesregierung richtet ihre familienpolitischen Leistungen neu aus, um den veränderten Lebensentwürfen von Frauen und Männern gerecht zu werden, den Menschen mehr Mut zu mehr Kindern zu machen und einen Beitrag zur Sicherung ihrer Zukunft zu leisten. Das Elterngeld löst das Erziehungsgeld mit dem Ziel ab, Familien bei der Sicherung ihrer Lebensgrundlagen zu unterstützen, wenn sich die Eltern vorrangig um die Betreuung ihrer Kinder kümmern. [ ] Als nachhaltige und gezielte finanzielle Stärkung von Familien erfüllt das Elterngeld verschiedene Funktionen: - Das Elterngeld unterstützt Eltern in der Frühphase der Elternschaft und trägt dazu bei, dass sie in diesem Zeitraum selbst für ihr Kind sorgen können ... - Das Elterngeld will dazu beitragen, dass es beiden Elternteilen auf Dauer besser gelingt, ihre wirtschaftliche Existenz zu sichern ... - Das Elterngeld unterstützt Eltern, die nicht voll erwerbstätig sind, durch einen Mindestbetrag in Höhe von 300 Euro, auch wenn vor der Geburt keine Erwerbstätigkeit bestanden hat - Eltern wollen das Leben mit Kindern nach eigenen Vorstellungen und Bedingungen der Vereinbarkeit

mit dem Beruf gestalten ... Mit dem Elterngeld können sie wählen, wer in welchem Umfang und wann in der gesamten möglichen Bezugsdauer von 14 Monaten die Leistung in Anspruch nimmt ..."

40

Als Ziel des Elterngeldes wird in der Gesetzesbegründung wiederholt genannt, "Eltern, die sich im ersten Lebensjahr des Neugeborenen vorrangig der Betreuung ihres Kindes widmen, bei der Sicherung ihrer Lebensgrundlage zu unterstützen" (vgl etwa BT-Drucks 16/1889 S 15, 16).

41

Das BEEG enthält in seinem § 1 Abs 7 eine dem § 1 Abs 6 BErzGG 2006 entsprechende Vorschrift zur Anspruchsberechtigung nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer und Ausländerinnen. § 1 Abs 7 BEEG idF des Art 1 Gesetz zur Einführung des Elterngeldes vom 5.12.2006 lautet:

42

"(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 des AufenthG wegen eines Krieges in seinem 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."

43

Durch Art 6 Abs 8 Nr 2 Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19.8.2007 (BGBl I 1970) wurde Nr 2 um den Buchstaben d erweitert ("nach § 104a AufenthG erteilt oder").

44

In der Begründung zu § 1 Abs 7 BEEG heißt es (BT-Drucks 16/1889 S 19): "Absatz 7 regelt die Anspruchsberechtigung ausländischer Eltern entsprechend dem Grundsatz, dass Familienleistungen nur solchen Eltern gezahlt werden sollen, die sich voraussichtlich dauerhaft im Inland aufhalten werden. Diesem Grundsatz entsprechend und der Rechtsprechung des BVerfG folgend hat der Gesetzgeber in dem Gesetz zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss die von ausländischen Eltern zu erfüllenden Voraussetzungen für den Bezug von Familienleistungen neu geregelt. Diese Regelungen sind auch für das Elterngeld übernommen worden "

45

B. Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage

46

1. Soweit die Gewährung von Elterngeld für den 12. bis 14. Lebensmonat der am 9.3.2007 geborenen Kinder M. und M. im Streit ist, liegen die prozessrechtlichen Voraussetzungen für eine Sachentscheidung durch das BSG vor. Revision, Berufung und kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage gegen den Bescheid vom 3.12.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.6.2008 sind statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Klägerin hat im Klageverfahren die geltend gemachten Ansprüche auf Elterngeld auf den Zeitraum vom 22.8.2007 bis zur Vollendung des 14. Lebensmonats ihrer Kinder (8.5.2008) beschränkt.

47

a) Im Laufe des Gerichtsverfahrens sind auf der 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 f; 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).

48

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.

49

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 beteiligungsfähige 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 nach außen selbstständig dessen Aufgaben 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.

50

b) Vor Erhebung der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs 1 Satz 1 und Abs 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.

51

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, GVBl 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, GVBl 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 (GVBl 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 LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 16.12.2009 - L 10 SB 39/09 - nicht rechtskräftig).

52

2. Auf der Grundlage der einschlägigen Vorschriften wäre die Revision unbegründet, soweit sie die Gewährung von Elterngeld für den 12. bis 14. Lebensmonat der am 9.3.2007 geborenen Kinder M. und M. betrifft.

53

Der Klägerin steht für diese Zeit nach geltendem Recht kein Elterngeld zu. Ihr Anspruch beurteilt sich nach § 1 BEEG idF des Art 1 Gesetz zur Einführung des Elterngeldes vom 5.12.2006 (BGBl I 2748, geändert durch das hier nicht einschlägige Gesetz vom 19.8.2007 - BGBl I 1970).

54

a) Nach den vor dem Senat abgegebenen übereinstimmenden Erklärungen der Beteiligten liegen die in § 1 Abs 1 Satz 1 BEEG geregelten Grundvoraussetzungen für einen Anspruch auf Elterngeld zweifelsfrei vor. Danach kann Elterngeld beanspruchen, wer

1. einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat,

2. mit seinem Kind in einem Haushalt lebt,

3. dieses Kind selbst betreut und erzieht und

4. keine oder keine volle Erwerbstätigkeit ausübt.

55

Die Klägerin lebte im streitigen Zeitraum als ledige Alleinerziehende mit ihren Kindern M. und M. in einem Haushalt, betreute und erzog diese selbst und übte keine Erwerbstätigkeit aus.

56

Schließlich hatte die Klägerin damals auch einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, wie es § 1 Abs 1 Satz 1 Nr 1 BEEG verlangt. Zwar knüpft diese Vorschrift an den im Sozialrecht allgemein geltenden Territorialitätsgrundsatz des § 30 Abs 1 SGB I an (vgl Irmen, in Hambüchen, Elterngeld/Elternzeit/Kindergeld, Stand: April 2007, § 1 BEEG RdNr 21). Danach ist für den Geltungsbereich des SGB ebenfalls ein Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt einer Person in Deutschland maßgeblich. § 1 Abs 1 Satz 1 Nr 1 BEEG ist jedoch nicht in vollem Umfang entsprechend den zu § 30 SGB I entwickelten Auslegungsgrundsätzen zu interpretieren. Vielmehr sind insoweit gemäß § 37 Satz 1 iVm § 68 Nr 15a SGB I die Besonderheiten des BEEG zu berücksichtigen.

57

Wie der Senat bereits ausführlich in seinen Vorlagebeschlüssen vom 3.12.2009 - B 10 EG 5/08 R (= 1 BvL 3/10), B 10 EG 6/08 R (= 1 BvL 4/10) und B 10 EG 7/08 R (= 1 BvL 2/10) - dargelegt hat, liegt bei Ausländern "ein Wohnsitz oder ein gewöhnlicher Aufenthalt in Deutschland" iS des § 1 Abs 1 Satz 1 BErzGG bereits dann vor, wenn sie ein "reales Verhalten in Bezug auf einen Lebensmittelpunkt" gezeigt haben, also ein erkennbarer Wille vorhanden war, an einem bestimmten Ort in Deutschland zu wohnen. Dies gilt auch für die Auslegung der gleichlautenden Vorschrift des § 1 Abs 1 Satz 1 BEEG. Davon, dass diese Voraussetzungen hier vorliegen, ist nach den vor dem Senat abgegebenen, übereinstimmenden Erklärungen der Beteiligten auszugehen. Die Klägerin ist seit dem 10.3.2002 in Deutschland. In dem hier maßgeblichen Zeitraum lebte sie mit ihren Kindern in E ... Sie hat daher erkennbar ihren Lebensmittelpunkt nach Deutschland verlagert und einen Wohnsitz in Deutschland begründet. Ob die Klägerin aus damaliger Sicht auch voraussichtlich dauerhaft hier bleiben würde, ist vorrangig nach § 1 Abs 7 BEEG zu prüfen.

58

b) Die Klägerin erfüllte ab dem 29.1.2008 auch die Voraussetzungen des § 1 Abs 7 Nr 2 Halbs 1 BEEG, denn an diesem Tag wurde die von der Ausländerbehörde erteilte Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs 3 AufenthG mit einer Nebenbestimmung versehen, die ihr die Beschäftigung jeder Art gestattete (zum davorliegenden Zeitraum vgl Teilurteil des vorlegenden Senats vom heutigen Tag).

59

c) Die Klägerin erfüllte im streitigen Zeitraum jedoch nicht beide in § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c iVm Nr 3 BEEG ua für Personen mit einem Aufenthaltstitel nach § 25 Abs 3 AufenthG aufgestellten zusätzlichen Voraussetzungen, nämlich einen erlaubten Mindestaufenthalt sowie einen aktuellen Bezug zum Arbeitsmarkt, der über die Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit hinausgeht. Während sie sich nach den von den Beteiligten übereinstimmend vor dem Senat abgegebenen Erklärungen iS von § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst a BEEG schon seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhielt, liegen die Tatbestandsmerkmale des Buchstaben b dieser Vorschrift zweifelsfrei nicht vor. Sowohl nach den Feststellungen des LSG als auch nach den vor dem Senat abgegebenen, übereinstimmenden Erklärungen der Beteiligten war die Klägerin im hier streitigen Zeitraum weder erwerbstätig noch bezog sie Leistungen nach dem SGB III noch nahm sie Elternzeit in Anspruch.

60

3. Im Falle einer Verfassungswidrigkeit des § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c, Nr 3 Buchst b BEEG müsste der Senat anders entscheiden.

61

Das BVerfG hat klargestellt, dass es für die Entscheidungserheblichkeit in den Fällen, in denen das vorlegende Gericht die Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit eines formellen Gesetzes auf eine Verletzung der in Art 3 Abs 1 GG verbürgten Grundrechte stützt, ausreicht, dass die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Norm dem Grundrechtsträger die Chance offen hält, eine für ihn günstigere Regelung durch den Gesetzgeber zu erreichen (vgl BVerfG Beschluss vom 31.1.1996 - 2 BvL 39, 40/93 - BVerfGE 93, 386, 395; vgl hierzu auch Dollinger, in Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl 2005, § 80 RdNr 66). Eine andere Entscheidung des vorlegenden Gerichts würde bereits in der bei bloßer Unvereinbarkeitserklärung notwendig werdenden Aussetzung des Verfahrens durch dieses Gericht bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber liegen (BVerfG Beschluss vom 29.9.1998 - 2 BvL 64/93 - BVerfGE 99, 69, 77). Etwas anderes gilt nur, wenn die Klägerin oder der Kläger des Ausgangsverfahrens von der im Gesetz angelegten Diskriminierung gar nicht betroffen ist (BVerfG, Beschluss vom 18.7.1984 - 1 BvL 3/81 - BVerfGE 67, 239, 244 = SozR 2200 § 176c Nr 5 S 9 f). Das ist hier jedoch nicht der Fall.

62

Vorliegend würde eine Feststellung der Verfassungswidrigkeit des § 1 Abs 7 BEEG durch das BVerfG gewährleisten, dass eine Neuregelung der Voraussetzungen erfolgen müsste, unter denen jetzt nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer und nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländerinnen mit einem Aufenthaltstitel nach § 23 Abs 1 AufenthG wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach §§ 23a, 24, 25 Abs 3 bis 5 AufenthG Elterngeld beanspruchen können. Es ist nicht auszuschließen, dass die Neuregelung für die Klägerin, die von den

Tatbestandsmerkmalen der jetzigen Fassung nachteilig betroffen ist, günstiger als § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c iVm Nr 3 Buchst b BEEG sein könnte. Insbesondere dann, wenn der Gesetzgeber aus Gründen einer möglichst einfachen Handhabung der Norm beschließen sollte, auf das Kriterium der Arbeitsmarktintegration ganz zu verzichten, kämen für die Klägerin, die sich nach den Feststellungen des LSG seit mehr als drei Jahren gestattet bzw geduldet im Bundesgebiet aufhielt, jedenfalls ab 29.1.2008 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis war, die sie zur Ausübung einer Beschäftigung berechtigt hat, und auch die Voraussetzungen des § 1 Abs 1 BEEG erfüllte, Ansprüche auf Elterngeld für den 12. bis 14. Lebensmonat der am 9.3.2007 geborenen Kinder M. und M. in Betracht.

63

Den Ansprüchen auf Elterngeld für den 13. und 14. Lebensmonat der am 9.3.2007 geborenen Kinder M. und M. steht nicht entgegen, dass die Klägerin als Alleinerziehende wegen fehlender Erwerbstätigkeit die besonderen Voraussetzungen des § 4 Abs 3 Satz 3 und 4 BEEG nicht erfüllt, denn die Klägerin hätte wegen des erst im 9. Lebensmonat der Kinder - am 22.11.2007 - gestellten Antrags die Regelbezugsdauer von 12 Monaten (§ 4 Abs 2 Satz 1, § 4 Abs 3 Satz 1 BEEG) noch nicht ausgeschöpft. Das BEEG lässt es zu, dass der Antragsteller im Rahmen des Bezugszeitraums für leibliche Kinder vom Tag der Geburt bis zum 14. Lebensmonat (§ 4 Abs 1 Satz 1 BEEG) bestimmen kann, für welche Lebensmonate Elterngeld beantragt wird (§ 7 Abs 2 Satz 1 BEEG, hierzu Buchner/Becker, MuSchG - BEEG, 8. Aufl 2008, § 7 BEEG RdNr 5). In diesem Rahmen kann auch, sofern die Regelbezugsdauer von 12 Monaten noch nicht ausgeschöpft ist, Elterngeld für den 13. und 14. Lebensmonat beantragt werden, ohne dass die besonderen Voraussetzungen des § 4 Abs 3 Satz 3 oder Satz 4 BEEG erfüllt sein müssen.

64

C. Verfassungswidrigkeit der vorgelegten Norm

65

1. Für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit des § 1 Abs 7 BEEG ist sowohl die Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit zum gleichlautenden § 1 Abs 6 BErzGG 2006 als auch die finanzgerichtliche Rechtsprechung zu den Parallelvorschriften im Kindergeldrecht von Bedeutung. Entsprechendes gilt für die einschlägigen Literaturmeinungen.

66

a) In der sozialgerichtlichen Rechtsprechung wurde die Frage, ob das AuslAnsprG eine Neuregelung des § 1 Abs 6 BErzGG gebracht hat, die den durch das BVerfG in seiner Entscheidung vom 6.7.2004 - 1 BvR 2515/95 - (BVerfGE 111, 176 = SozR 4-7833 § 1 Nr 4) aufgestellten Vorgaben entspricht, bis zu den Vorlagebeschlüssen des Senats vom 3.12.2009 - B 10 EG 5/08 R (= 1 BvL 3/10), B 10 EG 6/08 R (= 1 BvL 4/10), B 10 EG 7/08 R (= 1 BvL 2/10) - überwiegend bejaht (vgl LSG Nordrhein-Westfalen, Urteile vom 27.2.2009 - L 13 EG 25/08 - und - L 13 EG 42/08 - beide veröffentlicht in juris - derzeit beide beim BSG anhängig unter den Az B 10 EG 8/09 R und B 10 EG 10/09 R; sowie Urteile vom 19.6.2009 - L 13 EG 4/09 - und - L 13 EG 20/08 - beide veröffentlicht in juris, beide derzeit anhängig beim BSG unter den Az B 10 EG 13/09 R und B 10 EG 15/09 R; vgl weiter das LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 23.8.2007 - L 8 EG 12/06 - veröffentlicht in juris; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 10.7.2007 - L 11 EL 2361/07 - veröffentlicht in juris). Vor allem das LSG Nordrhein-Westfalen hat sich dabei mit der Verfassungsmäßigkeit des § 1 Abs 6 Nr 3 BErzGG 2006, insbesondere der dort aufgestellten Voraussetzungen für einen BErzg-Anspruch von nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern, die eine Aufenthaltserlaubnis nach den § 23 Abs 1, §§ 23a, 24 oder 25 Abs 3 bis 5 AufenthG haben, eingehend befasst. Nach seiner Auffassung begegnet § 1 Abs 6 Nr 3 BErzGG 2006 keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

67

Der Gesetzgeber habe seinen Spielraum mit der Entscheidung für eine aktuelle oder nur kurz zurückliegende Erwerbstätigkeit als maßgebliches Prognosekriterium eines Daueraufenthalts nicht überschritten. Arbeit sei ein Schlüssel für Integration. Bei Ausländern, die gearbeitet hätten oder noch arbeiteten, könne der Gesetzgeber deshalb in typisierender Betrachtungsweise eher von einem Daueraufenthalt ausgehen als bei nicht arbeitenden Ausländern. Wer dagegen bloß arbeiten dürfe, aber es nicht tue oder nur zeitweise getan habe, unterscheide sich unter diesem Blickwinkel in seiner Aufenthaltsverfestigung weniger von einem Ausländer, dem die Erwerbstätigkeit verboten sei, als von einem Ausländer, der tatsächlich arbeite und damit ins Erwerbsleben eingegliedert sei. Ebenso wie die aktuelle Erwerbstätigkeit eigne sich aber auch das in § 1 Abs 6 Nr 3 Buchst b Variante 2 BErzGG 2006 genannte Kriterium des Bezugs von Leistungen nach dem SGB III als Grundlage für eine positive Aufenthaltsprognose. Wer Alg I beziehe, habe versicherungspflichtig gearbeitet und sei daher auf Dauer in den Arbeitsmarkt integriert gewesen. Die gesetzgeberische Wertung, nach ausgelaufenem Alg-I-Bezug das Indiz für einen Daueraufenthalt entfallen zu lassen, sei angesichts des weiten gesetzgeberischen Prognosespielraums nicht widerlegbar (LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 27.2.2009 - L 13 EG 25/08 - juris RdNr 37 ff).

68

Der Senat hat in seinen Vorlagebeschlüssen vom 3.12.2009 - B 10 EG 5/08 R (= 1 BvL 3/10), B 10 EG 6/08 R (= 1 BvL 4/10) und B 10 EG 7/08 R (= 1 BvL 2/10) - eine Entscheidung des BVerfG zu der Frage eingeholt, ob § 1 Abs 6 Nr 2 Buchst c iVm Nr 3 Buchst b BerzGG 2006 insoweit mit Art 3 Abs 1 GG vereinbar ist, als danach Ausländern, denen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs 1 AufenthG wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach §§ 23a, 24, 25 Abs 3 bis 5 AufenthG erteilt wurde, ein Anspruch auf BErzg nur dann zusteht, wenn sie im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig sind, laufende Leistungen nach dem SGB III beziehen oder Elternzeit in Anspruch nehmen. Auf die Ausführungen in diesen Beschlüssen, die für die Überzeugung des Senats von der Verfassungswidrigkeit der vorgelegten Norm maßgebend waren, wird verwiesen.

69

b) Auch die Finanzgerichte haben die engen Leistungsvoraussetzungen für Ausländer mit Aufenthaltserlaubnissen nach den § 23 Abs 1, §§ 23a, 24 oder 25 Abs 3 bis 5 AufenthG verfassungsrechtlich geprüft, und zwar bezogen auf eine entsprechende tatbestandliche Begrenzung

im Kindergeldrecht. Nachdem das BVerfG am 6.7.2004 nicht nur § 1 Abs 1a Satz 1 BErzGG 1993 (1 BvR 2515/95 - BVerfGE 111, 176 = SozR 4-7833 § 1 Nr 4), sondern entsprechend auch § 1 Abs 3 Bundeskindergeldgesetz idF vom 21.12.1993 (1 BvL 4/97 ua - BVerfGE 111, 160 = SozR 4-5870 § 1 Nr 1) für mit Art 3 Abs 1 GG unvereinbar erklärt hatte, findet sich nunmehr - durch Art 2 des AuslAnsprG neu geregelt - auch für das Kindergeldrecht in § 62 Abs 2 Einkommensteuergesetz (im Folgenden: EStG 2006) eine dem § 1 Abs 6 BErzGG 2006 bzw § 1 Abs 7 BEEG entsprechende Vorschrift.

70

Der BFH hält die Regelung des § 62 Abs 2 EStG 2006 (also die § 1 Abs 6 BErzGG 2006 entsprechende Vorschrift) für verfassungsrechtlich unbedenklich, und zwar nicht nur, soweit dadurch geduldete Ausländer ohne Aufenthaltstitel von einem Leistungsanspruch von vornherein ausgeschlossen werden (vgl hierzu die Entscheidung des BFH vom 15.3.2007 - III R 93/03 - BFHE 217, 443). Vielmehr hat er in weiteren Entscheidungen auch in Bezug auf Ausländer mit Aufenthaltstiteln nach § 23 Abs 1, §§ 23a, 24 oder 25 Abs 3 bis 5 AufenthG die Auffassung vertreten, dass § 62 Abs 2 Nr 3 Buchst b EStG 2006 keinen verfassungsrechtlichen Bedenken mit Blick darauf begegne, dass der Gesetzgeber für die Prognose über einen voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt "auf die Integration von Ausländern in den deutschen Arbeitsmarkt" abstelle. Mit diesem Kriterium sei der Gesetzgeber den Vorgaben des BVerfG in seiner Rechtsprechung vom 6.7.2004 (aaO) nachgekommen. Der Gesetzgeber habe verfassungskonform und im Rahmen des ihm zustehenden Gestaltungsspielraums gehandelt, soweit er typisierend einen Daueraufenthalt erst bei einem mindestens dreijährigen Aufenthalt im Bundesgebiet und bei Integration in den Arbeitsmarkt unterstelle (vgl zB Urteile des BFH vom 22.11.2007 - III R 60/99 -, BFHE 220, 39 und - III R 54/02 - BFHE 220, 45).

71

Auch nach den Vorlagebeschlüssen des Senats vom 3.12.2009 - B 10 EG 5/08 R (= 1 BvL 3/10), B 10 EG 6/08 R (= 1 BvL 4/10) und B 10 EG 7/08 R (= 1 BvL 2/10) - hat der BFH an seiner Rechtsprechung festgehalten, dass es verfassungsrechtlich unbedenklich sei, dass der Kindergeldanspruch nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer, die im Besitz bestimmter Aufenthaltstitel sind, nach § 62 Abs 2 Nr 2 Buchst c EStG von der Integration in den deutschen Arbeitsmarkt abhängt (vgl BFH Urteil vom 28.4.2010 - III R 1/08, BFHE 229, 262). Der BFH teilt die verfassungsrechtlichen Bedenken des vorlegenden Senats schon deshalb nicht, weil das Kindergeld, anders als das BErzg als Einkommen auf Sozialleistungen angerechnet werde und deshalb den Ausländern durch die Beschränkung der Kindergeldberechtigung typischerweise kein finanzieller Nachteil entstehe, der zu einem Verstoß gegen Art 3 Abs 1 GG führen könnte.

72

Von den Finanzgerichten wird die Auffassung des BFH teilweise geteilt (vgl zB das FG Düsseldorf, Urteil vom 23.1.2007 - 10 K 3095/06 Kg - juris). Vor allem das Finanzgericht (FG) Köln ist jedoch von einer Verfassungswidrigkeit der fraglichen Vorschrift ausgegangen. Es hatte mit Beschluss vom 9.5.2007 die Frage, ob § 62 Abs 2 Nr 3 Buchst b EStG 2006 "insoweit mit dem GG vereinbar ist, als die Gewährung von Kindergeld im Falle eines gestatteten oder geduldeten Aufenthalts aus humanitären Gründen von über drei Jahren noch von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig gemacht wird" gemäß Art 100 Abs 1 GG dem BVerfG zur Entscheidung vorgelegt (10 K 1690/07, juris). Diese Vorlage ist vom BVerfG durch Beschluss vom 6.11.2009 (2 BvL 4/07, juris) als unzulässig verworfen worden.

73

c) In der Literatur wird die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit von § 1 Abs 6 Nr 3 Buchst b BErzGG 2006 bzw von § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG (bzw entsprechend von den vergleichbaren Regelungen des Kindergeldrechts) kaum angesprochen. Wo sie thematisiert wird, werden überwiegend Zweifel an der Vereinbarkeit des § 1 Abs 6 Nr 3 BErzGG 2006 bzw des gleichlautenden § 1 Abs 7 Nr 3 BEEG mit dem GG angemeldet (vgl für die sozialrechtliche Seite insbesondere Werner, InfAuslR 2007, 112, 113; ders auch schon in InfAuslR 2006, 237 ff; Keßler, in Hofmann/Hoffmann, Ausländerrecht, 1. Aufl 2008, Anhang 1 AufenthG, RdNr 77 ff; vgl für die steuerrechtliche Seite entsprechend kritisch Hollatz, NWB Fach 3 (28/2007), 14611 ff; zu den völkerrechtlichen und europarechtlichen Vorgaben: Gutmann, ZESAR 2009, 221). Dabei wird insbesondere die Vereinbarkeit des § 1 Abs 6 Nr 3 Buchst b BErzGG 2006 bzw des § 62 Abs 2 Nr 3 Buchst b EStG 2006 mit Art 3 Abs 1 GG in Frage gestellt. Ein Ausschluss vom Leistungsbezug sei für Ausländer, die sich seit mehr als drei Jahren legal im Inland aufhielten, eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung. Die Leistungsberechtigung könne bei tatsächlich verfestigten Daueraufenthalten von drei und mehr Jahren weder davon abhängen, ob angesichts des Aufenthaltstitels ursprünglich ein Daueraufenthalt zu erwarten gewesen sei, noch könne sie von zusätzlichen Kriterien, wie etwa einer Erwerbstätigkeit, abhängig gemacht werden (vgl Hollatz, aaO, 14611, 14616). Auch dann, wenn ein Arbeitsverhältnis nicht bestehe, sei ein Leistungsausschluss in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen zumindest teilweise bedenklich, weil die Dauerhaftigkeit des Aufenthalts prognostisch auch bei einer solchen Fallgestaltung gegeben sein könne und nicht notwendigerweise an eine konkrete Beschäftigung oder einen nachfolgenden Leistungsbezug in Form von Alg I gebunden sein müsse (so Werner, aaO).

74

2. Der vorlegende Senat ist von der Verfassungswidrigkeit des § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c iVm Nr 3 Buchst b BEEG überzeugt. Diese durch Art 1 Gesetz zur Einführung des Elterngeldes vom 5.12.2006 aus dem BErzGG 2006 übernommene Vorschrift ist mit Art 3 Abs 1 GG unvereinbar. Denn sie behandelt Ausländer, die ein Aufenthaltsrecht nach § 23 Abs 1 AufenthG wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach §§ 23a, 24, 25 Abs 3 bis 5 AufenthG haben, anders als Deutsche und vor allem auch als Ausländer mit anderen Aufenthaltstiteln, ohne dass dies verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. Darüber hinaus bewirkt § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG eine sachwidrige Ungleichbehandlung innerhalb der Gruppe der von § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG erfassten Ausländer und Ausländerinnen. Der Gesetzgeber hat insoweit sachwidrige Kriterien aufgestellt, als er einen aktuellen, eng umschriebenen Arbeitsmarktbezug während des Anspruchszeitraums fordert und zudem nur auf denjenigen abstellt, der Elterngeld beansprucht, also zB nicht eine entsprechende Integration seines Ehegatten ausreichen lässt.

75

a) Der allgemeine Gleichheitssatz gemäß Art 3 Abs 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Dem Gesetzgeber ist

damit aber nicht jede Differenzierung verwehrt. Ihm kommt im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit für die Abgrenzung der begünstigten Personenkreise ein Gestaltungsspielraum zu. Für den Gesetzgeber ergeben sich jedoch aus dem allgemeinen Gleichheitssatz umso engere Grenzen, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (BVerfG Beschluss vom 6.7.2004 - 1 BvR 2515/95 - BVerfGE 111, 176, 184 = SozR 4-7833 § 1 Nr 4 RdNr 26 zur Verfassungswidrigkeit der früheren Ausgrenzung von Ausländern mit einer Aufenthaltsbefugnis nach dem AuslG im Erziehungsgeldrecht; ebenso BVerfG Beschluss vom 6.7.2004 - 1 BvL 4/97, 1 BvL 5/97, 1 BvL 6/97 - BVerfGE 111, 160, 169 = SozR 4-5870 § 1 Nr 1 RdNr 43 f zur Verfassungswidrigkeit einer entsprechend formulierten früheren Ausschlussregel im Kindergeldrecht). Der hierbei zu berücksichtigende Schutz von Ehe und Familie (Art 6 Abs 1 GG) enthält keine Beschränkung auf Deutsche (vgl BVerfG Beschluss vom 4.5.1971 - 1 BvR 636/68 - BVerfGE 31, 58, 67; Beschluss vom 30.11.1982 - 1 BvR 818/81 - BVerfGE 62, 323, 329 = SozR 2200 § 1264 Nr 6 S 15). Ob eine gesetzliche Regelung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz vereinbar ist, hängt davon ab, ob für die getroffene Differenzierung Gründe von solchem Gewicht bestehen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen können (BVerfGE 111, 160, 170 = SozR 4-5870 § 1 Nr 1 RdNr 46).

76

b) Ausgangspunkt des § 1 Abs 7 BEEG ist es, dass ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer nur dann einen Leistungsanspruch auf Elterngeld hat, wenn er eine Niederlassungserlaubnis, also einen nach dem AufenthG unbefristet erteilten und immer auch zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigenden Aufenthaltstitel besitzt (vgl § 9 AufenthG) oder aber stattdessen Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis ist, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat.

77

Diesen Grundsatz, dass jeder (ehemals) zur Arbeit berechtigte Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis auch Anspruch auf Elterngeld haben soll, hat der Gesetzgeber für konkret benannte Fallkonstellationen (vgl § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst a bis c, letzterer 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 bzw 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). Ob diese Einschränkungen mit der Verfassung in Einklang stehen, ist im vorliegenden Fall nicht relevant.

78

Nach dem hier einschlägigen § 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).

79

Durch § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c iVm Nr 3 BEEG werden also Ausländer mit Aufenthaltstiteln nach § 23 Abs 1 AufenthG wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach §§ 23a, 24, 25 Abs 3 bis 5 AufenthG nicht nur schlechter gestellt als Deutsche, sondern vor allem auch als Ausländer mit Aufenthaltstiteln zu anderen als den dort geregelten völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Zwecken. Während grundsätzlich neben einem Aufenthaltstitel lediglich die aktuelle oder frühere Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit hinreichende Voraussetzung für den Bezug von Elterngeld ist, haben Ausländer mit einem der in § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG genannten Aufenthaltstitel nur unter erheblichen zusätzlichen Voraussetzungen einen Anspruch auf Elterngeld. Benachteiligt sind dabei insbesondere Ausländer, die - wie die Klägerin - diese weiteren Anforderungen nicht erfüllen.

80

c) Diese Ungleichbehandlung ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

81

aa) Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit von § 1 Abs 1a Satz 2 BErzGG 1993 betreffend die Frage, ob der Leistungsausschluss, der dort für Ausländer mit einer Aufenthaltsbefugnis vorgesehen war, mit Art 3 Abs 1 GG im Einklang steht, zwei Differenzierungsziele herausgearbeitet, die eine abweichende Behandlung von nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern grundsätzlich verfassungsrechtlich zu rechtfertigen vermögen: Zum einen hat das BVerfG speziell für das Erziehungsgeldrecht ausgeführt, dass der Gesetzgeber im Einklang mit Art 3 Abs 1 GG handele, wenn er diejenigen Ausländer vom BErzg ausschließe, die ohnehin mangels Arbeitserlaubnis einer Erwerbstätigkeit nicht nachgehen dürften (Beschluss vom 6.7.2004 - 1 BvR 2515/95 - BVerfGE 111, 176, 185 = SozR 4-7833 § 1 Nr 4 RdNr 30). Zum anderen hat das BVerfG es als grundsätzlich zulässig erachtet, das BErzg nur denjenigen Ausländern zukommen zu lassen, von denen erwartet werden kann, dass sie auf Dauer in Deutschland bleiben - ein Differenzierungsziel, dass das BVerfG im Übrigen nicht nur für das Erziehungsgeldrecht (BVerfGE, aaO = SozR, aaO, RdNr 29), sondern übergreifend auch im Kindergeldrecht anerkannt hat (vgl BVerfG Beschluss vom 6.7.2004 - 1 BvL 4/97, 5/97 und 6/97, BVerfGE 111, 160, 174 = SozR 4-5870 § 1 Nr 1 RdNr 62).

82

Die Erwägungen, die das BVerfG für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von Ausländern mit und ohne Berechtigung zur Erwerbstätigkeit angeführt hat, gelten ebenso für das Elterngeld, denn auch dies ist eine Sozialleistung, die den Eltern einen Anreiz zum Verzicht auf eine Erwerbstätigkeit geben will (vgl BT-Drucks 16/1889 S 2, 15). Dessen Gewährung würde ebenfalls ihr Ziel verfehlen, wenn

eine Erwerbstätigkeit demjenigen Elternteil, der zur Betreuung des Kindes bereit ist, rechtlich nicht erlaubt ist (vgl BVerfGE 111, 176, 185 f = SozR 4-7833 § 1 Nr 4 RdNr 30).

83

Dieses elterngeldspezifische Differenzierungsziel vermag die Regelung des § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG jedoch von vornherein nicht zu rechtfertigen, weil diese Vorschrift gerade zusätzliche, über die Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit hinausgehende Anforderungen stellt. In Betracht kommt daher von vornherein nur eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung im Hinblick auf das zweite Differenzierungsziel eines voraussichtlichen Daueraufenthalts.

84

Gerade auf dieses zweite Differenzierungsziel hat der Gesetzgeber bei der Fassung des § 1 Abs 7 BEEG offenbar wesentlich abgestellt. In der Begründung zum Entwurf des AuslAnsprG, der zwar noch nicht vollständig, wohl aber im wesentlichen Ansatz der endgültigen Gesetzesfassung des gleichlautenden § 1 Abs 6 BErzGG entspricht, wird insoweit ausgeführt: Das BVerfG habe in seinen Beschlüssen vom 6.7.2004 (BVerfGE 111, 160 = SozR 4-5870 § 1 Nr 1 und BVerfGE 111, 176 = SozR 4-7833 § 1 Nr 4) im Grundsatz die Zielsetzung des Gesetzgebers, Familienleistungen nur für die ausländischen Staatsangehörigen vorzusehen, die sich voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhielten, nicht beanstandet, sondern lediglich die Eignung der damaligen gesetzlichen Regelung zur Erreichung dieses Ziels. Die Zielsetzung der vom BVerfG beanstandeten Regelung werde daher unverändert beibehalten (BT-Drucks 16/1368 S 8). Von einem voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt in Deutschland könne vor allem bei Personen ausgegangen werden, die über eine (unbefristete) Niederlassungserlaubnis verfügten. Da nach Inkrafttreten des AufenthG grundsätzlich jede Aufenthaltserlaubnis einer Verfestigung zugänglich sei, müsse bei Personen, die über eine Aufenthaltserlaubnis verfügten, ein weiteres Indiz hinzukommen, das einen voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt in Deutschland plausibel erscheinen lasse. Dieses werde vor allem die Ausübung einer Erwerbstätigkeit bzw der Umstand sein, dass eine Erwerbstätigkeit erlaubt sei oder erlaubt werden könne. Auch bei ausländischen Staatsangehörigen, die nicht von Gesetzes wegen einer Erwerbstätigkeit nachgehen dürften, seien die Ausübung einer Beschäftigung bzw die Integration in den deutschen Arbeitsmarkt ein Indikator für einen dauernden Verbleib in Deutschland (BT-Drucks, aaO).

85

In der Begründung zu § 1 Abs 7 BEEG wird dargelegt, dass die Anspruchsberechtigung ausländischer Eltern entsprechend dem Grundsatz geregelt worden sei, dass Familienleistungen nur solchen Eltern gezahlt werden sollen, die sich voraussichtlich dauerhaft im Inland aufhalten würden. Diesem Grundsatz entsprechend und der Rechtsprechung des BVerfG folgend seien die Regelungen des AuslAnsprG auch für das Elterngeld übernommen worden (BT-Drucks 16/1889 S 19).

86

Zwar hat der Gesetzgeber damit ein grundsätzlich vom BVerfG gebilligtes, legitimes Differenzierungsziel verfolgt. Das BVerfG hat jedoch gerade in Bezug auf sozialrechtliche Leistungen des Familienlastenausgleichs die Auswahl geeigneter Differenzierungskriterien gefordert. Für den Ausschluss nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer von einem Leistungsanspruch hat es insoweit die Festlegung von Kriterien verlangt, mit denen der Personenkreis der voraussichtlich dauerhaft in Deutschland bleibenden Personen auch tatsächlich adäquat erfasst werden kann (vgl BVerfGE 111, 176, 185 = SozR 4-7833 § 1 Nr 4 RdNr 29; ähnlich auch BVerfGE 111, 160, 174 f = SozR 4-5870 § 1 Nr 1 RdNr 62 ff; auf die besonderen Anforderungen bei der Auswahl geeigneter Differenzierungskriterien für den gänzlichen Ausschluss von Personenkreisen im Bereich der familiären Fürsorgeleistungen verweist auch das BSG in seiner Entscheidung vom 16.12.2008 - B 4 AS 40/07 R - juris RdNr 24).

87

Bezogen auf die damals von ihm zu beurteilende Fassung des § 1 Abs 1a BErzGG 1993 hat das BVerfG die Geeignetheit des gewählten Differenzierungskriteriums, nämlich die Art des Leistungen ausschließenden Aufenthaltstitels nach dem AuslG, verneint. Die formale Art des Aufenthaltstitels allein habe sich nicht als Grundlage einer Prognose über die Dauer des Aufenthalts in Deutschland und damit nicht als Abgrenzungskriterium bei der Gewährung von BErzg geeignet; denn die für die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis maßgeblichen Gründe seien nicht typischerweise von nur vorübergehender Natur gewesen (vgl BVerfG - 1 BvR 2515/95 - aaO unter Verweis auf die Parallelentscheidung vom selben Tage zum Kindergeldrecht - 1 BvL 4/97, 5/97 und 6/97 - aaO).

88

bb) Nach Überzeugung des Senats stellt auch § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c iVm Nr 3 Buchst b BEEG keine geeigneten Abgrenzungskriterien auf; der Kreis der voraussichtlich dauerhaft in Deutschland bleibenden Personen wird durch die dort vorgesehenen Anforderungen nicht sachgerecht bestimmt.

89

aaa) Grundsätzlich ist es nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber bei Aufenthaltstiteln, die ihrer Art nach nicht für einen Daueraufenthalt bestimmt sind, mehr verlangt als die bloße (frühere) Berechtigung zur Erwerbstätigkeit. Es kann auch davon ausgegangen werden, dass die in § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG aufgeführten Titel im Prinzip nur einen vorübergehenden Charakter haben. Dass der Aufenthalt von Ausländern, die aus bestimmten humanitären, völkerrechtlichen oder politischen Gründen eingereist sind, zunächst auf Zeit konzipiert ist, ergibt sich teilweise schon aus den Überschriften der Paragraphen (vgl etwa § 24 AufenthG "Aufenthaltsgewährung zum vorübergehenden Schutz"). Insbesondere aber die Regelung des § 26 Abs 2 AufenthG über die "Dauer des Aufenthalts" macht deutlich, dass der Aufenthalt nach dem 5. Abschnitt des AufenthG vom Grundsatz des nur temporären Schutzes ausgeht (vgl Storr in Storr/Wenger/Eberle/Albrecht/Harms, Kommentar zum Zuwanderungsrecht, 2. Aufl 2008, § 26 RdNr 4). Danach darf eine Aufenthaltserlaubnis nach dem 5. Abschnitt (§§ 22 bis 26 AufenthG) nicht verlängert werden, wenn das Ausreisehindernis oder die sonstigen

einer Aufenthaltsbeendigung entgegenstehenden Gründe entfallen sind. Da auch die anderen im 5. Abschnitt vorgesehenen, aber von § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG nicht erfassten Aufenthaltstitel grundsätzlich derselben Verlängerungsbeschränkung unterliegen, ist allerdings nicht ohne Weiteres ersichtlich, warum die Inhaber solcher Titel nicht die besonderen Voraussetzungen des § 1 Abs 7 Nr 3 BEEG erfüllen müssen. Entsprechendes gilt für Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 30 Abs 2 AufenthG, deren Ehegatte als Student einen Titel nach § 16 AufenthG besitzt und daher selbst unter die Ausschlussregelung des § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst a BEEG fällt.

90

bbb) Der Senat sieht keine Veranlassung, der Frage, ob bereits in der Auswahl der in § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG aufgeführten Aufenthaltserlaubnisse ein Verstoß gegen Art 3 Abs 1 GG liegt, weiter nachzugehen. Denn § 1 Abs 7 BEEG ist schon aus anderen Gründen als verfassungswidrig anzusehen. Die Nr 3 dieser Vorschrift enthält nämlich nicht nur sachgerechte Differenzierungskriterien.

91

Es begegnet allerdings aus Sicht des Senats grundsätzlich keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass der Gesetzgeber nach § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst a BEEG bei Ausländern, deren Aufenthaltserlaubnis von sich aus nicht auf Dauer angelegt ist, eine gewisse Aufenthaltsdauer (mindestens drei Jahre rechtmäßiger, gestatteter oder geduldeter Aufenthalt in Deutschland) als zusätzliche Voraussetzung für den Bezug von Elterngeld verlangt. Die Dauer des bisherigen Aufenthalts ist ein geeignetes Kriterium, um eine Prognose über die voraussichtliche weitere Aufenthaltsdauer zu treffen. Sind die als nur vorübergehend konzipierten Aufenthaltsgründe innerhalb von drei Jahren nicht entfallen, hat sich nämlich die Prognosegrundlage zugunsten der betreffenden Person geändert. Die Wahrscheinlichkeit, dass das Bleiberecht längerfristig bestehen wird, hat sich deutlich erhöht. Der Zeitraum von drei Jahren erscheint dabei als eine angemessene Richtschnur, da eine Aufenthaltserlaubnis nach dem 5. Abschnitt für jeweils längstens drei Jahre erteilt und verlängert werden kann (vgl § 26 Abs 1 AufenthG).

92

Hingegen sind nach Überzeugung des Senats die in § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG verlangten weiteren Merkmale betreffend die Arbeitsmarktsituation des Antragstellers nicht geeignet, Personen mit einer günstigen Aufenthaltsprognose von solchen mit einer ungünstigen sachgerecht abzugrenzen. Zwar kann die Integration in den Arbeitsmarkt ein wesentlicher Faktor für eine Daueraufenthaltsprognose sein (so zu Recht das LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 27.2.2009 - L 13 EG 25/08 - juris RdNr 38; diesen Gedanken hat sich auch das BVerfG zu eigen gemacht, vgl Beschluss vom 6.7.2004 - 1 BvL 4/97 ua - BVerfGE 111, 160, 175 = SozR 4-5870 § 1 Nr 4 RdNr 66). Der Senat lässt offen, ob sich der Gesetzgeber auf diesen Faktor beschränken durfte oder nicht die Möglichkeit hätte eröffnen müssen, auch durch andere Gegebenheiten eine günstige Bleibeprognose zu begründen (vgl dazu § 9 Abs 2 Satz 6 AufenthG). Jedenfalls hat der Gesetzgeber zur Feststellung einer hinreichenden Integration in den Arbeitsmarkt Merkmale festgelegt, deren Anwendung zu sachwidrigen Ergebnissen führt. Indem zur Voraussetzung gemacht wird, dass die BErzg in Anspruch nehmende Person entweder aktuell erwerbstätig ist oder laufende Geldleistungen nach dem SGB III (zB Alg I) bezieht oder aber sich - bei noch bestehendem Arbeitsvertrag - in Elternzeit befindet, wählt der Gesetzgeber zwar Personen aus, für die sich eine günstige Aufenthaltsprognose sicher bejahen lässt. Er grenzt dadurch jedoch unzulässig andere Personen aus, für die im Hinblick auf ihre Beziehung zum Arbeitsmarkt eine entsprechende Aufenthaltsprognose ebenfalls zutrifft.

93

Zu gleichheitswidrigen Ergebnissen führt die vom Gesetzgeber in § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG vorgenommene Abgrenzung zum einen dort, wo die aktuelle Einbindung in den Arbeitsmarkt während der für das Elterngeld in Betracht kommenden Bezugszeit wegfällt oder schon vorher weggefallen ist (dazu unter (1)), zum anderen dort, wo nur der Ehepartner des Antragstellers aktuell nach Maßgabe des § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG in den Arbeitsmarkt integriert ist (dazu unter (2)). Schließlich ist die zusätzliche Voraussetzung des aktuellen Bezugs des Antragstellers zum Arbeitsmarkt auch nicht als verfassungsrechtlich zulässige Typisierung gerechtfertigt (dazu unter (3)).

94

(1) Wertungswidersprüche ergeben sich insbesondere dann, wenn die in § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG aufgeführten Voraussetzungen, anhand derer eine Integration in den Arbeitsmarkt gemessen werden soll, in der betreffenden Person zunächst vorgelegen haben, aber während der Anspruchsdauer oder kurz vor deren Beginn weggefallen sind. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift werden diese Fälle von der Gruppe der Leistungsberechtigten ausgegrenzt; die Regelung ist allein im Präsens formuliert, dh Erwerbstätigkeit, laufender Geldleistungsbezug nach dem SGB III sowie Inanspruchnahme einer Elternzeit müssen aktuell - sogar für die gesamte Dauer des Elterngeld-Bezugs - bestehen. Auch wer einmal erwerbstätig war, wer zB einmal Alg I bezogen hat oder sich in Elternzeit iS des BEEG befand und nach dem Willen des Gesetzgebers daher als voraussichtlich dauerhaft in Deutschland verbleibend zu qualifizieren war, ist von dem Tag an, zu welchem diese Voraussetzungen wegfallen, nicht mehr vom Tatbestand des Buchst b erfasst. Durch diese Grenzziehung wird auch Personen ein Anspruch auf Elterngeld versagt, denen eine positive Bleibeprognose (noch) nicht abgesprochen werden kann.

95

Dass das Abstellen allein auf die aktuelle Arbeitssituation kein sachgerechtes Kriterium sein kann, zeigt sich besonders plastisch dort, wo jemand über mehrere Jahre hinweg beschäftigt gewesen ist und sodann bis zur Anspruchserschöpfung Leistungen nach dem SGB III bezogen hat, eine neue Arbeitsstelle aber (im Sinne einer durch das Elterngeld gerade geförderten Entscheidung für die Erziehung des Kindes) erst nach Ablauf einer ersten Phase der Erziehung suchen will oder kann. In dieser Fallkonstellation fängt auch das alternative Kriterium der Elternzeit die fehlende aktuelle Erwerbstätigkeit nicht auf. Denn ein Arbeitsvertrag besteht gerade nicht. Es ist nicht ersichtlich, warum eine solche Person hinsichtlich der Prognose eines Daueraufenthalts schlechter gestellt sein soll als eine Person, die seit drei Jahren - jedenfalls geduldet - in Deutschland lebt, erst unmittelbar vor der Geburt des Kindes eine erste (Teilzeit-)Tätigkeit aufnimmt und damit die Voraussetzungen des § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG erfüllt.

96

Deutlich wird die fehlende Eignung der gewählten Abgrenzungskriterien auch in Fällen, in denen die beantragende Person bis zum Eintritt des Mutterschutzes gearbeitet hat, die Arbeit dann aber nicht fortführen kann. Die Opposition hat im Gesetzgebungsverfahren zum AuslAnsprG insoweit zutreffend darauf hingewiesen, dass nach vielfach üblicher Praxis oft nur befristete Beschäftigungsverhältnisse begründet werden (vgl den Entschließungsantrag von Mitgliedern und Fraktion DIE LINKE vom 18.10.2006, BT-Drucks 16/3030 S 2) und dass sich die tatsächliche Situation am Arbeitsmarkt mit der Forderung eines durchgängig bestehenden Arbeitsverhältnisses nicht vereinbaren lasse (vgl den Entschließungsantrag von Mitgliedern und Fraktion der FDP vom 18.10.2006, BT-Drucks 16/3029 S 2 f). Personen mit solchen Einstellungsvoraussetzungen fallen dann oft kurzfristig wieder aus einer Beschäftigung heraus, etwa weil ein befristeter Arbeitsvertrag gerade wegen der anstehenden Ausfallzeiten nicht mehr verlängert wird. Auch hier besteht nicht die Möglichkeit einer Elternzeit. Der Senat ist auch in diesen Fällen davon überzeugt, dass die günstige Bleibeprognose nicht von einem Tag auf den anderen mit Wegfall der Arbeit in eine ungünstige umschlagen kann.

97

Noch weniger nachvollziehbar ist die gesetzliche Regelung für eine Person, die bislang Alg I bezogen hat, aber nach der Geburt des Kindes wegen dessen Erziehung dem Arbeitsmarkt nicht mehr zur Verfügung steht und daher auch keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB III mehr hat (vgl § 119 Abs 1 Nr 3, § 122 Abs 2 Nr 1 SGB III), sich nach Ablauf einer Zeit der Erziehung aber für den Arbeitsmarkt zurückmelden (§ 122 Abs 1 Satz 1 SGB III) und folglich von diesem Tag an Restleistungen nach dem SGB III in Anspruch nehmen kann (§ 127 SGB III), soweit die Vierjahresfrist des § 147 Abs 2 SGB III noch nicht überschritten ist. Diese Person wäre nach der Konzeption des § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG vor und nach der Erziehungsphase als voraussichtlich auf Dauer in Deutschland verbleibend zu qualifizieren, während der Erziehungsphase jedoch - vorübergehend - nicht. Auch hier werden Personen vom Anspruch auf BErzg ausgegrenzt, denen eine günstige Prognose auch während der Dauer der Erziehungsphase nicht abgesprochen werden kann. Entsprechendes gilt für denjenigen, der die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Alg I erfüllt, aber von vornherein keinen Antrag stellt, weil er dem Arbeitsmarkt aus Gründen der Kindererziehung nicht zur Verfügung steht. Denn auch für diese Person ist nicht ausgeschlossen, dass sie, zB nach Vollendung des ersten Lebensjahres des Kindes, Alg I bezieht und dann - wieder - als hinreichend in Deutschland integriert gilt.

98

Die aufgeführten Fallkonstellationen zeigen, dass das Kriterium der aktuellen Integration in den Arbeitsmarkt sich insbesondere dort als ungeeignet zur sachgerechten Abgrenzung von Personen mit und ohne günstige Bleibeprognose erweist, wo die in § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG aufgeführten Voraussetzungen, anhand derer eine Integration in den Arbeitsmarkt gemessen werden soll, (vorübergehend) wegfallen, nachdem sie zuvor bereits vorgelegen haben. Die fehlende Berücksichtigung auch solcher Fälle ist umso unverständlicher, als der Gesetzgeber für die Einbeziehung von Personen mit anderen Aufenthaltserlaubnissen als den in § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG aufgeführten Aufenthaltstiteln lediglich zur Voraussetzung gemacht hat, dass eine Erwerbsberechtigung einmal vorgelegen hat (vgl § 1 Abs 7 Nr 2 Halbs 1 BEEG).

99

Warum der Gesetzgeber in dem einen Fall die frühere Erlaubnis genügen lässt, in dem anderen jedoch an die aktuell bestehenden Umstände anknüpft, ergibt sich weder aus der Begründung des Entwurfs zum AuslAnsprG noch aus der Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Einführung des Elterngeldes (vgl BT-Drucks 16/1889). Die Ausführungen im Entwurf zum AuslAnsprG (vgl BT-Drucks 16/1368 S 8), ein repräsentatives Indiz für einen voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt in Deutschland stelle "die Ausübung einer Erwerbstätigkeit bzw. der Umstand dar, dass eine Erwerbstätigkeit erlaubt ist oder erlaubt werden könnte", erwecken vielmehr den falschen Eindruck, als seien hier jeweils ähnliche Kriterien aufgestellt worden. Entsprechendes gilt, wenn dort weiter argumentiert wird (vgl BT-Drucks, aaO), "auch bei ausländischen Staatsangehörigen, die nicht von Gesetzes wegen einer Erwerbstätigkeit nachgehen dürfen, sind die Ausübung einer Beschäftigung bzw. die Integration in den Arbeitsmarkt ein Indikator für einen dauernden Verbleib in Deutschland".

100

In der Gegenäußerung der Bundesregierung auf Änderungsanträge des Bundesrates zum AuslAnsprG wird diese offensichtlich von der später tatsächlich (mit § 1 Abs 7 BEEG gleichlautenden) getroffenen gesetzlichen Regelung abweichende Darstellung sogar noch zugespitzt. So wird darauf verwiesen, für Aufenthaltserlaubnisse beispielsweise nach § 23 Abs 1 und § 25 Abs 5 AufenthG sei zu beachten, dass diese zwar eine Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit bzw eine Zustimmung zur Ausübung einer Beschäftigung enthalten könnten, dies jedoch nicht immer der Fall sei. ( ) "Ist die Person aber berechtigt, so kann nicht mehr davon ausgegangen werden, dass sie keine Perspektive der Aufenthaltsverfestigung in Deutschland hat" (vgl BT-Drucks 16/1368 S 14). Hier wird an einen Maßstab angeknüpft, den der Gesetzgeber weder mit § 1 Abs 6 Nr 3 Buchst b BErzGG 2006 noch mit dem gleichlautenden § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG aufgestellt hat. Auch den Gesetzesmaterialien lassen sich daher keinerlei rechtfertigende Gesichtspunkte für eine Ausgrenzung all jener Ausländer mit zur Erwerbstätigkeit berechtigender Aufenthaltserlaubnis entnehmen, deren Integration in den Arbeitsmarkt jedenfalls noch nicht vor längerer Zeit entfallen ist.

101

(2) Die Regelung des § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG nimmt - ebenso wie zuvor der gleichlautende § 1 Abs 6 Nr 3 Buchst b BErzGG - weiter nicht hinreichend die Gesamtsituation von Familien in den Blick. Unzulässig ausgegrenzt wird insbesondere auch diejenige Elterngeld beantragende Person, deren Ehepartner aktuell eine Erwerbstätigkeit ausübt oder Geldleistungen nach dem SGB III (zB Alg I) bezieht. In einigen solcher Fälle wird die beantragende Person zwar einen Aufenthaltstitel nach § 29 AufenthG aufgrund Familiennachzugs zu einem Ausländer mit Aufenthaltserlaubnis erhalten können. Besitzt der Ehepartner jedoch nur einen Aufenthaltstitel zB nach § 25 Abs 4 oder 5 AufenthG, ist ein Aufenthaltstitel nach § 29 AufenthG wegen Familiennachzugs von vornherein ausgeschlossen (vgl Renner, Ausländerrecht, 8. Aufl 2005, § 29 AufenthG RdNr 10). Nach § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG wird die betreffende Person - soweit sie nicht selbst erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem SGB III bezieht oder sich in Elternzeit befindet - als voraussichtlich nicht auf Dauer in Deutschland

verweilend eingestuft, obwohl der erwerbstätige Ehepartner iS dieser Vorschrift als hinreichend integriert gilt. Diese isolierte Betrachtung der Elterngeld beantragenden Person ist nicht sachgerecht. Auch das BVerfG hat in seiner Entscheidung zum Kindergeld aus dem Jahr 2004 (BVerfG Beschluss vom 6.7.2004 - 1 BvL 4/97, 5/97 und 6/97 - BVerfGE 111, 160, 175 = SozR 4-5870 § 1 Nr 1 RdNr 66) für die Frage, ob eine günstige Prognose für einen dauerhaften Aufenthalt in Deutschland gestellt werden kann, auf beide Elternteile zusammen, nicht dagegen auf die Einzelperson abgestellt. Die Regelung des § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG lässt demgegenüber gänzlich unberücksichtigt, dass aufgrund der familiären Gesamtsituation auch für die Elterngeld beantragende Person von einer günstigen Aufenthaltsprognose auszugehen sein kann, wenn der Ehepartner auf dem Arbeitsmarkt integriert ist. Denn es spricht viel dafür, dass die Familie als Einheit und nicht nur der Erwerbstätige dauerhaft in Deutschland bleiben wird.

102

Gerade im geschilderten familiären Kontext wird zudem deutlich, dass der Gesetzgeber durch die in § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG festgelegten Prognosekriterien letztlich den von ihm selbst mit Einführung des BErzg bzw des Elterngeldes verfolgten Zweck, Eltern die eigene Betreuung ihrer Kinder durch Verzicht auf eine Erwerbstätigkeit zu ermöglichen, konterkariert. Er grenzt mit seinen Anforderungen, dass die die Leistung beantragende Person selbst einen aktuellen Bezug zum Arbeitsmarkt aufweisen muss, gerade diejenigen Elternteile aus, die den gewollten Anreizen dieser Leistungen folgen, und treibt sie - soweit sie die Möglichkeit haben - letztlich doch wieder in Arbeit, um diesen Anreiz überhaupt in Anspruch nehmen zu können. Auch darin zeigt sich - jedenfalls im Rahmen des BErzGG bzw des BEEG (für das Kindergeldrecht trifft dieses Argument nicht zu) - die fehlende Eignung des Abgrenzungskriteriums eines aktuellen Bezugs des Antragstellers zum Arbeitsmarkt. Das BVerfG hat ausdrücklich klargestellt, dass der vom Gesetzgeber mit der Gewährung von BErzg verfolgte Erziehungsanreiz bei Ausländern - unabhängig davon, welchen Aufenthaltstitel sie innehaben - nicht weniger zur Geltung kommt als bei Deutschen, solange die Ausländer zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt sind (BVerfGE 111, 176, 185 f, 187 f = SozR 4-7833 § 1 Nr 4 RdNr 30, 34). Dies gilt gleichermaßen für die Gewährung von Elterngeld.

103

(3) Die durch § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG bewirkte Benachteiligung von Ausländern mit Aufenthaltstiteln nach § 23 Abs 1 AufenthG wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach §§ 23a, 24, 25 Abs 3 bis 5 AufenthG ist auch nicht als verfassungsrechtlich zulässige Typisierung gerechtfertigt.

104

Zwar liegt ein ausreichender Differenzierungsgrund für eine ansonsten nicht gerechtfertigte gesetzgeberische Benachteiligung in der Typisierung und Generalisierung von Sachverhalten, deren der Gesetzgeber anders nur schwer Herr werden kann (vgl so ausdrücklich das BVerfG Beschluss vom 6.7.2004 - 1 BvR 2515/95 - BVerfGE 111, 176, 188 = SozR 4-7833 § 1 Nr 4 RdNr 37; vgl auch BVerfG Beschluss vom 4.4.2001 - 2 BvL 7/98 - BVerfGE 103, 310, 319). Dies gilt insbesondere für Massenerscheinungen im Sozialleistungsrecht, also gerade auch im vorliegend relevanten Leistungsbereich (vgl BVerfG Beschluss vom 3.4.1979 - 1 BvL 30/76 - BVerfGE 51, 115, 122 f = SozR 4100 § 112 Nr 10 S 31). Die mit einer Typisierung verbundene Belastung ist aber nur hinzunehmen, wenn die mit ihr verbundenen Härten nicht besonders schwer wiegen und nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wären (vgl BVerfG Beschluss vom 6.7.2004 - 1 BvR 2515/95 - BVerfGE 111, 176, 188 = SozR 4-7833 § 1 Nr 4 RdNr 37).

105

Nach Überzeugung des Senats ist mit der in § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG getroffenen Regelung schon keine Typisierung gelungen. Der Gesetzgeber hat dort nicht typischerweise alle jene Ausländer erfasst, bei denen - trotz ursprünglich nur als temporär konzipierten Aufenthalts (§ 26 AufenthG) - inzwischen eine günstige Daueraufenthaltsprognose gestellt werden kann. Zwar hat der Gesetzgeber insoweit eine konkrete Gruppe von Ausländern mit humanitärem, völkerrechtlich oder politisch veranlasstem Bleiberecht herausgegriffen, für die sich im Hinblick auf ihre aktuelle Anbindung an den Arbeitsmarkt eine entsprechende Bleibeprognose bejahen lässt. Angesichts der geschilderten Sachverhaltskonstellationen existiert daneben jedoch eine ganz beträchtliche Anzahl von Personen, die aufgrund ihrer bislang vorhandenen Nähe zum Arbeitsmarkt oder aufgrund ihrer familiären Situation ebenso voraussichtlich in Deutschland bleiben werden. Der aktuelle Bezug des Antragstellers zum Arbeitsmarkt ist daher zwar ein möglicher, jedoch in jedem Fall ein zu eng begrenzter Faktor, anhand dessen für Ausländer mit humanitären, völkerrechtlichen oder politisch begründeten Aufenthaltstiteln die Prognose eines Daueraufenthalts gestellt werden kann.

106

Im Übrigen wiegt aus Sicht des Senats der mit einer Versagung von Elterngeld verbundene Nachteil schwer. Das BVerfG hat eine entsprechende Bewertung zur Regelung des § 1 Abs 1a Satz 2 BErzGG 1993 getroffen. Es hat insoweit ausgeführt, dass es damals um einen Geldbetrag von bis zu 14.400 DM pro Kind gegangen sei, der im Hinblick darauf, dass die getroffene Regelung nur in geringem Umfang zur Verwaltungsvereinfachung beigetragen habe, durchaus Gewicht gehabt habe (vgl BVerfGE 111, 176, 189 = SozR 4-7833 § 1 Nr 4 RdNr 38). Dasselbe muss auch für die Regelung des § 1 Abs 7 Nr 3 BEEG gelten. Hier geht es um einen Monatsbetrag von mindestens 300 Euro für in der Regel die ersten zwölf Lebensmonate eines Kindes (vgl § 2 Abs 5 BEEG).

107

Es ist insoweit unzutreffend, wenn im Gesetzgebungsverfahren zum AuslAnsprG - unter Zitierung der Rechtsprechung des BVerfG in Sachen 1 BvL 4/97 ua (BVerfGE 111, 160, 175 = SozR 4-5870 § 1 Nr 1 RdNr 66) zur Verfassungsmäßigkeit begrenzter Zahlungen von Kindergeld an nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer - davon ausgegangen wurde, dass die Vorenthaltung solcher beachtlichen Zahlungen im Wesentlichen Eltern benachteilige, die in den deutschen Arbeitsmarkt integriert gewesen seien, da Eltern, die ausschließlich von Sozialhilfe lebten, nicht betroffen seien (vgl BT-Drucks 16/1368 S 8). Für das Elterngeld gilt diese Annahme nämlich nicht. Anders als das Kindergeld wird das Elterngeld gemäß § 10 Abs 1 BEEG auf Sozialleistungen, deren Zahlung von anderen Einkommen abhängig ist, bis zu einer Höhe von insgesamt 300 Euro im Monat nicht angerechnet, also in dieser Höhe weder auf Alg II noch auf Sozialhilfe (vgl Irmen, in Hambüchen,

Elterngeld/Elternzeit/Kindergeld, Stand April 2007, § 10 BEEG RdNr 8), noch auf Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (vgl Irmen, aaO, RdNr 9). Der Ausschluss von Leistungen nach dem BEEG trifft daher alle erziehenden Personen gleichermaßen in beachtlicher Weise. Die durch das gewählte Abgrenzungskriterium des § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG gegenüber einer ausdifferenzierteren Regelung möglicherweise gewonnene Verwaltungsvereinfachung wiegt diese erhebliche Benachteiligung aus Sicht des Senats nicht auf.

108

3. Der Senat sieht keine Möglichkeit, § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG dahin verfassungskonform auszulegen, dass die Klägerin als anspruchsberechtigt angesehen werden könnte.

109

Zwar ist der Begriff der Erwerbstätigkeit mangels gesetzlicher Einschränkung auf versicherungspflichtige Beschäftigungen weit auszulegen, so dass in § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG auch geringfügige Beschäftigungen ("Mini-Jobs") ausreichen (vgl zu einem umfassenden Erwerbstätigkeitsverständnis auch Irmen, aaO, § 1 BEEG RdNr 85). Das Erfordernis einer aktuellen Erwerbstätigkeit lässt sich jedoch jedenfalls dann nicht mehr bejahen, wenn eine Beschäftigung mehrere Monate vor der Geburt des Kindes beendet war.

110

Die Vorschrift selbst ist ausdrücklich im Präsens formuliert; sie verlangt, dass jemand erwerbstätig "ist". Wenn der Senat versuchen wollte, die gewählte Verbform im Sinne von "ist oder gewesen ist" zu interpretieren, um auf diese Weise auch eine früher erfolgte Erwerbstätigkeit in den Anwendungsbereich mit einzubeziehen, müsste er gleichzeitig bestimmen, welche Mindestanforderungen an eine frühere Erwerbstätigkeit zu stellen sind, damit von einer fortwirkenden Integration auf dem Arbeitsmarkt ausgegangen werden kann. Eine nur wenige Tage dauernde Beschäftigung, die möglicherweise Jahre zurückliegt, wird nach der Konzeption des Gesetzes für eine Integration kaum genügen. Eine solche Festlegung liegt jedenfalls in Fällen, die ein Mindestmaß an Aktualität der Erwerbstätigkeit vermissen lassen, außerhalb der Auslegungsbefugnis eines Gerichts. Sie ist vom Gesetzgeber vorzunehmen.

111

Ebenso wenig lassen sich andere Personen, insbesondere der Ehegatte des Antragstellers, in die Regelung des § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG einbeziehen. Nach dem eindeutigen Wortlaut dieser Vorschriften müssen die Voraussetzungen des Buchst b von demjenigen nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländer selbst erfüllt werden, um dessen Anspruchsberechtigung es geht. Da in § 1 BEEG an verschiedenen Stellen auf die Situation von Ehegatten abgestellt wird (vgl zB § 1 Abs 2 Satz 2, Abs 3 Satz 1 Nr 2, Abs 4 BEEG), ist nicht davon auszugehen, dass in § 1 Abs 7 BEEG eine unbeabsichtigte Regelungslücke vorliegt, die von den Gerichten geschlossen werden könnte. Zu einer dem Wortlaut und der Regelungsabsicht derart widersprechenden Veränderung des Gesetzes hält sich der Senat nicht für befugt.

112

Zwar führte die ersatzlose Streichung des § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG nach Auffassung des Senats zu einer verfassungsmäßigen Regelung. Auch dieses Ergebnis lässt sich jedoch nicht im Wege einer verfassungskonformen Auslegung erreichen, weil eine derartige Änderung ebenfalls nur der Gesetzgeber vornehmen kann.
Rechtskraft
Aus
Login
BRD
Saved
2011-01-19