B 10 EG 6/08 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten
Abteilung
10
1. Instanz
SG Potsdam (BRB)
Aktenzeichen
S 29 EG 1/07
Datum
07.03.2008
2. Instanz
-
Aktenzeichen
-
Datum
-
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 10 EG 6/08 R
Datum
03.12.2009
Kategorie
Urteil
Leitsätze

Es ist mit dem Grundgesetz vereinbar, dass Ausländer, deren Aufenthalt lediglich im Sinne von [§ 60a](#) Aufenthaltsgesetz geduldet ist, nach § 1 Abs 6 Bundeserziehungsgeldgesetz in der Fassung vom 13.12.2006 keinen Anspruch auf Bundeserziehungsgeld haben.
Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Potsdam vom 7. März 2008 wird zurückgewiesen, soweit sie die Gewährung von Bundeserziehungsgeld für die Zeit vom 18. Mai bis 10. Juli 2006 betrifft.

Gründe:

I

1

Die Beteiligten streiten über einen Anspruch der Klägerin auf Bundeserziehungsgeld (BERzg) für die Zeit vom 18.5.2006 bis zum 4.3.2007.

2

Die 1972 geborene Klägerin ist serbisch-montenegrinische oder kosovarische Staatsangehörige. Sie reiste im Dezember 1997 in das Bundesgebiet ein. Ihren Antrag auf Anerkennung als Asylberechtigte lehnte das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge mit Bescheid vom 5.7.1998 ab. In der Folgezeit wurde ihre Abschiebung ausgesetzt und ihr Aufenthalt befristet geduldet, zuletzt bis zum 15.7.2006. Am 11.7.2006 erhielten die Klägerin, ihr Ehemann und ihre vier Kinder eine befristete Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen gemäß [§ 23a Abs 1](#) Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern (Aufenthaltsgesetz - AufenthG), die zwischenzeitlich bis zum 9.1.2011 verlängert wurde. Zugleich erhielt die Klägerin eine Arbeitserlaubnis. Daraufhin bewilligte die Arbeitsgemeinschaft der Stadt Br. der Klägerin und ihrer Familie für die Zeit vom 1.8.2006 bis zum 31.1.2007 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II.

3

Das (damals) jüngste Kind der Klägerin, A., wurde am 18.5.2006 geboren. Ihren am 8.8.2006 gestellten Antrag auf Bewilligung von BERzg für das erste Lebensjahr dieses Kindes lehnte die beklagte Stadt Br. mit Bescheid vom 18.10.2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12.12.2006 ab. Die Klägerin erfülle nach Mitteilung der Ausländerbehörde nicht die in § 1 Abs 6 Bundeserziehungsgeldgesetz (BERzGG) genannten Voraussetzungen.

4

Gegen diesen Verwaltungsakt hat die Klägerin bei dem Sozialgericht Potsdam (SG) Klage erhoben. Am 5.3.2007 (Anmeldedatum) verzog sie mit Zustimmung der Ausländerbehörde von Br. nach B ... Die daraufhin auf die Zeit bis zum 4.3.2007 beschränkte Klage hat das SG mit Urteil vom 7.3.2008 abgewiesen. Zur Begründung hat das Gericht im Wesentlichen ausgeführt:

Zwar erfülle die Klägerin die in § 1 Abs 1 Satz 1 BERzGG statuierten Voraussetzungen für die Bewilligung von BERzg. Jedoch lägen die weiteren Voraussetzungen des § 1 Abs 6 BERzGG idF des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss (AuslAnsprG) vom 13.12.2006 ([BGBl I 2915](#)), der gemäß Art 6 dieses Gesetzes mit Wirkung vom

1.1.2006 in Kraft getreten sei (im Folgenden: BErzGG 2006), nicht vor. Für die Zeit vom 18.5.2006 bis zum 10.7.2006 verfüge die Klägerin über keine der in dieser Vorschrift genannten aufenthaltsrechtlichen Erlaubnisse. Die ihr am 11.7.2006 zuerkannte Aufenthaltserlaubnis gemäß [§ 23a AufenthG](#) schließe gemäß § 1 Abs 6 Nr 2 Buchstabe c BErzGG 2006 einen Anspruch auf BErzg aus. Auch die Voraussetzungen nach § 1 Abs 6 Nr 3 BErzGG 2006 lägen für den Zeitraum vom 11.7.2006 bis zum 4.3.2007 nicht vor. Zwar halte sich die Klägerin seit mehr als drei Jahren geduldet im Bundesgebiet auf (Buchstabe a der Vorschrift). Sie sei jedoch während des gesamten noch umstrittenen Zeitraums weder berechtigt erwerbstätig gewesen noch habe sie laufende Leistungen nach dem SGB III bezogen oder Elternzeit in Anspruch genommen (Buchstabe b).

5

Auch die Anwendung von § 24 Abs 3 BErzGG 2006 ver helfe der Klägerin nicht zu einem Anspruch auf BErzg. Nach dieser Vorschrift sei § 1 Abs 6 BErzGG in der am 19.12.2006 geltenden Fassung in Fällen, in denen wie vorliegend eine Entscheidung über den Anspruch auf BErzg für einen Bezugszeitraum zwischen dem 27.1.1993 und dem 18.4.2006 noch nicht bestandskräftig geworden sei, anzuwenden, wenn dies für die BErzg beantragende Person günstiger sei. Da die Klägerin im fraglichen Zeitraum über keinen der in Satz 2 dieser Vorschrift genannten Aufenthaltstitel verfügt habe, lägen auch insoweit die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Anspruch auf BErzg nicht vor.

6

§ 1 Abs 6 BErzGG 2006 sei verfassungsgemäß. Zwar würden durch § 1 Abs 6 BErzGG 2006 nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 25 Abs 3 AufenthG](#) auch dann gegenüber nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern mit einer auf anderen Vorschriften beruhenden Aufenthaltserlaubnis benachteiligt, wenn sie - wie die Klägerin - über eine Arbeitserlaubnis verfügten. Diese Differenzierung sei jedoch sachgerecht. Der Gesetzgeber dürfe nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 6.7.2004 - [1 BvR 2515/95](#) - zwar die Gewährung von BErzg davon abhängig machen, dass der zur Betreuung eines Kindes bereite Elternteil an der Aufnahme oder Fortsetzung einer Erwerbstätigkeit rechtlich nicht gehindert sei. Verpflichtet sei der Gesetzgeber hierzu jedoch nicht. Insbesondere lasse sich aus der Entscheidung des BVerfG nicht ableiten, dass die Berechtigung, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, einen Anspruch auf BErzg nach sich ziehen müsse. Insoweit habe der Gesetzgeber den Anspruch auf BErzg nicht nur an die Berechtigung zur Aufnahme oder Fortsetzung einer Erwerbstätigkeit, sondern auch an die Voraussetzung knüpfen dürfen, dass der zur Betreuung des Kindes bereite Elternteil zu einem nicht allzu lange zurückliegenden Zeitpunkt vor der Geburt des Kindes eine Erwerbstätigkeit auch tatsächlich ausgeübt habe.

7

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin mit Zustimmung der Beklagten die vom SG zugelassene Revision eingelegt, die sie wie folgt begründet:

Zu Unrecht gehe das SG davon aus, sie habe im streitgegenständlichen Zeitraum keine Elternzeit in Anspruch genommen. Diese Annahme beruhe auf einer unrichtigen Anwendung des § 1 Abs 6 Nr 2 Buchstabe c iVm Nr 3 Buchstabe b BErzGG 2006. Die Vorschrift müsse dahingehend ausgelegt werden, dass Elternzeit immer schon dann vorliege, wenn der Antragsteller zu Gunsten der Kindererziehung auf die Ausübung einer Erwerbstätigkeit verzichte. Danach stehe ihr ein Anspruch auf BErzg ohne Weiteres zu.

8

Eine andere Auslegung des § 1 Abs 6 Nr 2 Buchstabe c iVm Nr 3 Buchstabe b BErzGG 2006 sei mit [Art 3 Abs 1 GG](#) nicht vereinbar. Sie führe zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung von unter § 1 Abs 6 Nr 3 Buchstabe b BErzGG 2006 fallenden ausländischen Eltern einerseits und deutschen Eltern sowie ausländischen Eltern mit auf anderen Vorschriften des AufenthG beruhenden Aufenthaltserlaubnissen andererseits. Letztere seien auch ohne die weiteren Voraussetzungen des § 1 Abs 6 Nr 3 Buchstabe b BErzGG 2006 erziehungsgeldberechtigt, während erstere zB erwerbstätig sein müssten. Für diese Ungleichbehandlung sei ein legitimer Zweck oder ein sachlicher Grund nicht erkennbar.

9

Die Anknüpfung an die tatsächliche Ausübung einer Erwerbstätigkeit bei bestimmten Ausländern mit Aufenthaltserlaubnissen iS von § 1 Abs 6 Nr 2 Buchstabe c BErzGG 2006 stelle kein sachliches Differenzierungskriterium dar. Ein solches ergebe sich auch nicht aus dem gesetzgeberischen Ziel, das BErzg nur denjenigen Ausländern zukommen zu lassen, von denen erwartet werden könne, dass sie auf Dauer in Deutschland blieben. Zum einen werde der Dauerhaftigkeit des Aufenthalts bereits durch das Erfordernis von § 1 Abs 6 Nr 3 Buchstabe a BErzGG 2006 Rechnung getragen. Zum anderen seien die in § 1 Abs 6 Nr 2 Buchstabe c BErzGG 2006 genannten Aufenthaltstitel gerade nicht typischerweise stets dann oder eher dann auf Dauer angelegt, wenn der Inhaber tatsächlich einer Erwerbstätigkeit nachgehe.

10

Grundsätzlich gelte, dass die Sicherung des Lebensunterhalts durch eigene Erwerbstätigkeit bei der Erteilung und Verlängerung von Aufenthaltserlaubnissen eine große Rolle spiele. Dies sei jedoch nicht typischerweise gerade bei den in § 1 Abs 6 Nr 2 Buchstabe c BErzGG 2006 genannten Aufenthaltstiteln der Fall, sondern gelte mindestens im gleichen Maße für die gemäß § 1 Abs 6 Nr 2 Halbsatz 1 BErzGG 2006 privilegierten Aufenthaltstitel. Es lasse sich vielmehr sogar umgekehrt feststellen, dass gemäß [§ 5 Abs 3 AufenthG](#) gerade bei humanitären Aufenthaltstiteln für die Erteilung und Verlängerung des Titels gesetzliche Ausnahmen von der allgemeinen Erteilungsvoraussetzung des [§ 5 Abs 1 Nr 1 AufenthG](#), nämlich dem Erfordernis eines gesicherten Lebensunterhalts, normiert seien. Insofern habe der Gesetzgeber bei den in § 1 Abs 6 Nr 2 Buchstabe c BErzGG 2006 aufgeführten Aufenthaltstiteln keine sachgerechte Auswahl getroffen.

11

Auch der generelle Ausschluss von geduldeten Ausländern vom Bezug des BErzg stehe mit [Art 3 Abs 1 GG](#) nicht im Einklang. Die

Differenzierung zwischen Ausländern mit und solchen ohne Aufenthaltstitel sei jedenfalls nicht adäquat, um das legitime Ziel zu erreichen, Ausländer von Leistungen nach dem BErzGG auszuschließen, die sich voraussichtlich nicht dauerhaft im Bundesgebiet aufhielten. Allein die Tatsache, dass ein Ausländer lediglich im Besitz einer Duldung gewesen sei, habe keine Gewähr dafür bieten können, dass er sich nicht auf Dauer in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten werde. Zwar habe der Gesetzgeber im Zuwanderungsgesetz durch Schaffung des Aufenthaltstitels nach [§ 25 Abs 5 AufenthG](#) beabsichtigt, die bislang übliche Praxis von langjährigen Kettenduldungen abzuschaffen. In der Praxis sei jedoch nach wie vor das Phänomen von Kettenduldungen sehr verbreitet. Gerade bei Familien mit Kindern könne der Aufenthalt trotz bloßer Duldung im Sinne einer langfristigen Verbleibeprognose verfestigt sein.

12

Das SG habe zudem die Vorschrift des § 24 Abs 3 BErzGG 2006 falsch interpretiert. Im Beschluss vom 6.7.2004 habe das BVerfG die für ausländische Staatsangehörige geltenden besonderen Regelungen des § 1 Abs 1a Satz 1 BErzGG idF des Gesetzes vom 26.6.1993 für verfassungswidrig erklärt, soweit dadurch Ausländer, die lediglich eine Aufenthaltsbefugnis besessen hätten, generell von der Gewährung von BErzG ausgeschlossen worden seien. Das BVerfG habe dem Gesetzgeber anheimgestellt, diese Vorschriften bis spätestens zum 1.1.2006 durch verfassungskonforme Neuregelungen zu ersetzen. In der Entscheidungsformel unter Tenorierungspunkt 2 heiße es, dass auf noch nicht abgeschlossene Verfahren das bis zum 26.6.1993 geltende Recht anzuwenden sei, soweit der Gesetzgeber diesen Auftrag nicht fristgerecht erfülle. Gemäß [§ 31 Abs 2 Bundesverfassungsgerichtsgesetz \(BVerfGG\)](#) habe die Entscheidungsformel Gesetzeskraft. Tatsächlich sei der Gesetzgeber seinem Neuregelungsauftrag jedoch erst am 13.12.2006 nachgekommen. Für sie, die Klägerin, sei daher das bis zum 26.6.1993 geltende Recht maßgeblich. Dieses sei für sie günstiger als das am 19.12.2006 geltende neue Recht, weil sich danach in ihrem Fall ein Anspruch auf BErzG ergebe.

13

Die Klägerin beantragt, das Urteil des SG Potsdam vom 7.3.2008 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihr unter Aufhebung des Bescheides vom 18.10.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12.12.2006 BErzG für die Zeit vom 18.5.2006 bis zum 4.3.2007 zu gewähren.

14

Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

15

Sie hält das angefochtene Urteil im Ergebnis für zutreffend. Ein Anspruch der Klägerin auf BErzG bestehe nicht. Allerdings seien aus ihrer Sicht - anders als durch das SG ausgeführt - schon die Voraussetzungen des § 1 Abs 1 Satz 1 Nr 1 BErzGG nicht gegeben. Insoweit werde eine Gegenrüge erhoben. Denn die erteilte Aufenthaltserlaubnis sei zwar bis zum 9.1.2011 verlängert, gleichwohl aber nur befristet erteilt worden. Daher könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland habe (unter Verweis auf das Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 27.9.1990 - [4 REg 27/89](#) - [BSGE 67, 238](#) = [SozR 3-7833 § 1 Nr 1](#)). Im Übrigen werde dem SG darin gefolgt, dass die Klägerin auch die Voraussetzungen des § 1 Abs 6 BErzGG 2006 nicht erfülle, diese Vorschrift keinerlei verfassungsrechtlichen Bedenken begegne und auch § 24 Abs 3 BErzGG 2006 zutreffend angewandt worden sei.

II

16

Soweit die Klägerin BErzG für die Zeit vom 18.5.2006 bis zum 10.7.2006 begehrt, entscheidet der Senat gemäß [§ 202 SGG](#) iVm [§ 301 ZPO](#) durch Teilurteil. Dieser Anspruch ist von der übrigen Klageforderung (betreffend BErzG für die Zeit vom 11.7.2006 bis 4.3.2007) abtrennbar, großemäßig bestimmbar und von dem weiteren Prozessverlauf nicht betroffen (Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, § 125 RdNr 3a). Während die Sache hinsichtlich der Zeit vom 18.5. bis 10.7.2006 entscheidungsreif ist, bedarf es im Übrigen einer Vorlage an das BVerfG (siehe den Senatsbeschluss vom heutigen Tage).

17

Soweit die Revision der Klägerin die Gewährung von BErzG für die Zeit vom 18.5. bis 10.7.2006 betrifft, ist sie zwar zulässig, jedoch unbegründet.

18

Trotz des Umzuges der Klägerin nach B. am 5.3.2007 und des dadurch gemäß § 10 BErzGG bedingten Wechsels der Zuständigkeit für die Gewährung von BErzG ist die beklagte Stadt Br. weiter passiv legitimiert. Allerdings tritt nach der Rechtsprechung des BSG in solch einem Fall bei Leistungs- oder Verpflichtungsbegehren grundsätzlich ein Beteiligtenwechsel auf der Beklagtenseite ein (vgl zB [BSGE 99, 9](#) = [SozR 4-3250 § 69 Nr 6](#), jeweils RdNr 13 mwN). Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos. Vielmehr ist eine Fortführung des Gerichtsverfahrens durch die früher zuständig gewesene Behörde unter Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten mit Zustimmung der zuständig gewordenen Behörde möglich. Dies folgt aus [§ 2 Abs 2 SGB X](#). Nach dieser Vorschrift kann die bisher zuständige Behörde das Verwaltungsverfahren fortführen, wenn dies unter Wahrung der Interessen der Beteiligten der einfachen und zweckmäßigen Durchführung des Verfahrens dient und die nunmehr zuständige Behörde zustimmt.

19

Geht man davon aus, dass ein Verwaltungsverfahren iS des [§ 8 SGB X](#) noch nicht abgeschlossen ist, solange der erteilte Verwaltungsakt im Rechtsweg angefochten wird (vgl dazu BSG SozR 1200 § 44 Nr 1; [BSGE 54, 223](#) = [SozR 1300 § 44 Nr 3](#); [BVerwGE 98, 313](#); aA zB Schnapp in

GK-SGB X, § 2 RdNr 40), ist [§ 2 Abs 2 SGB X](#) unmittelbar anwendbar. Ansonsten ist eine entsprechende Anwendung angebracht, weil sie den betroffenen Interessen in sachgerechter Weise prozessökonomisch Rechnung trägt. Die weiteren Voraussetzungen des [§ 2 Abs 2 SGB X](#) sind gegeben. Eine Zustimmung des Landes B. ist im Revisionsverfahren erfolgt. Die Klägerin hat keine Einwände gegen die weitere Verfahrensbeteiligung der Stadt Br. erhoben. Der Verzicht auf einen Beteiligtenwechsel ist auch sonst interessengerecht, zumal nur noch Leistungen für die Zeit bis zum Umzug der Klägerin streitig sind.

20

Materiell-rechtlich zutreffend und ohne Verstoß gegen Verfassungsrecht hat das SG für den Zeitraum vom 18.5. bis 10.7.2006 einen Anspruch der Klägerin auf BErzg verneint. Zwar sind in der Person der Klägerin die Voraussetzungen des § 1 Abs 1 BErzGG 2006 gegeben (dazu unter 1.a), nicht jedoch diejenigen des § 1 Abs 6 BErzGG 2006, der für nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer zusätzliche Voraussetzungen aufstellt; denn die Klägerin war in der Zeit vom 18.5. bis zum 10.7.2006 lediglich aufenthaltsrechtlich geduldet (dazu unter 1.b). Die Anwendung des § 1 Abs 6 BErzGG 2006 lässt sich nicht aus verfassungsrechtlichen Erwägungen vermeiden, um der Klägerin zu einem Anspruch zu verhelfen (dazu unter 1.c). Aus Sicht des Senats begegnet es auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass § 1 Abs 6 BErzGG geduldete Ausländer generell von einem Anspruch auf BErzg ausschließt (dazu unter 2.).

21

1. Der Anspruch der Klägerin auf BErzg beurteilt sich nach § 1 BErzGG, in der zum 1.1.2006 in Kraft getretenen Fassung vom 13.12.2006 (BErzGG 2006), der in dem hier streitigen Zeitraum gegolten hat.

a) Die allgemeinen Leistungsvoraussetzungen werden durch Abs 1 Seite 1 dieser Vorschrift vorgegeben. BErzg kann danach beanspruchen, wer

1. einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat,
2. mit einem Kind, für das ihm die Personensorge zusteht, in einem Haushalt lebt,
3. dieses Kind selbst betreut und erzieht und
4. keine oder keine volle Erwerbstätigkeit ausübt.

22

Diese Voraussetzungen erfüllt die Klägerin. Nach den für den Senat bindenden Feststellungen des SG ([§ 163 SGG](#)), die in der Sprungrevision mit Verfahrensrügen nicht angegriffen werden können ([§ 161 Abs 4 SGG](#)), hatte die Klägerin im hier streitigen Zeitraum für ihren Sohn A. , für dessen erstes Lebensjahr sie BErzg beantragt hat, die Personensorge, lebte mit ihm in einem Haushalt zusammen (§ 1 Abs 1 Satz 1 Nr 2 BErzGG 2006) und erzog und betreute dieses Kind selbst (§ 1 Abs 1 Satz 1 Nr 3 BErzGG 2006). Eine Erwerbstätigkeit übte sie zu der Zeit nicht aus (§ 1 Abs 1 Satz 1 Nr 4 BErzGG 2006).

23

Anders als von der Beklagten geltend gemacht, hatte die Klägerin im Zeitraum vom 18.5.2006 bis zum 10.7.2006 auch ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, wie es § 1 Abs 1 Nr 1 BErzGG 2006 verlangt. Der Argumentation der Beklagten, dass die Klägerin dafür voraussichtlich dauerhaft in Deutschland verweilen müsste, sie diese Voraussetzung jedoch nicht erfülle, vermag der Senat nicht zu folgen. Die Beklagte geht rechtsfehlerhaft davon aus, dass § 1 Abs 1 Satz 1 Nr 1 BErzGG 2006 entsprechend den zum Territorialitätsprinzip des [§ 30 Abs 1 SGB I](#) entwickelten Grundsätzen auszulegen sei.

24

Zwar schließt § 1 Abs 1 Satz 1 Nr 1 BErzGG 2006 mit seiner Formulierung an den in [§ 30 Abs 1 SGB I](#) aufgestellten Territorialitätsgrundsatz an (vgl Irmen in Hambüchen, Kindergeld, Erziehungsgeld, Elternzeit, Stand: Mai 2005, § 1 BErzGG RdNr 26). Nach dieser Vorschrift ist für den Geltungsbereich des SGB I ebenfalls der Wohnsitz oder gewöhnliche Aufenthalt einer Person maßgeblich. § 1 Abs 1 Satz 1 Nr 1 BErzGG 2006 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 15 SGB I](#) die Besonderheiten des BErzGG zu berücksichtigen.

25

Nach [§ 30 Abs 3 Satz 1 SGB I](#) hat jemand einen Wohnsitz dort, wo er eine Wohnung unter Umständen inne hat, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird. Dabei ist entscheidend, ob ein an den objektiven Verhältnissen zu messender realisierbarer Wille vorhanden ist, an einem bestimmten Ort zu wohnen (vgl hierzu Irmen in Hambüchen, Kindergeld, Erziehungsgeld, Elternzeit, Stand: Juni 2001, § 1 BErzGG RdNr 29). Die polizeiliche Meldung allein reicht nicht aus (vgl BSG, Urteil vom 10.12.1985 - [10 RKg 14/85 - SozR 5870 § 2 Nr 44](#)). Den gewöhnlichen Aufenthalt hat demgegenüber jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt ([§ 30 Abs 3 Satz 2 SGB I](#)).

26

Die Rechtsprechung des BSG bezieht in die Beantwortung der Frage, wann diese Voraussetzungen vorliegen, auch ein prognostisches Element mit ein. Die Bejahung eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts in Deutschland nach [§ 30 SGB I](#) soll daher auch abhängen von einer Prognose über die Dauer des Aufenthalts einer Person in Deutschland (vgl hierzu Schlegel in: jurisPK-SGB I, 1. Aufl 2005, § 30 RdNr 55). Dementsprechend hatte das BSG auch im Rahmen der Auslegung von § 1 Abs 1 Satz 1 BErzGG (in den bis 1989 geltenden Fassungen)

das Vorliegen eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts in Deutschland - neben weiteren Kriterien - im Wege der vorausschauenden Betrachtung (Prognose) beurteilt (vgl etwa BSG, Urteil vom 17.5.1989 - [10 RKg 19/88](#) - [BSGE 65, 84](#) ff = SozR 1200 § 30 Nr 17). Ein Erziehungsgeldanspruch sei daher für solche Personen ausgeschlossen, die zwar faktisch ihren Lebensmittelpunkt nach Deutschland verlegt hätten, deren Verbleib während des entscheidungserheblichen Zeitraums nach materiellem Gesetz jedoch nur als vorübergehend gebilligt, dh auf Beendigung ausgerichtet, also rechtlich nicht beständig war (vgl BSG, Urteil vom 27.9.1990 - [4 REg 30/89](#) - [BSGE 67, 243](#) ff = [SozR 3-7833 § 1 Nr 2](#)).

27

Mit Anfügung eines Satzes 2 in § 1 Abs 1 BErzGG durch das Gesetz zur Änderung des BErzGG und anderer Vorschriften vom 30.6.1989 ([BGBl I 1297](#)) wurde dann die Absicht des Gesetzgebers erkennbar, für Ausländer einen spezialgesetzlichen Prognosetatbestand zu entwickeln, indem nunmehr für den Anspruch eines Ausländers auf den Besitz bestimmter Aufenthaltstitel abgestellt wurde. Zur Begründung wurde ausgeführt ([BT-Drucks 11/4776 S 2](#)): Der neue Satz 2 ziehe die erforderlichen Konsequenzen aus der Rechtsprechung des BSG zu den Wohnsitzvoraussetzungen. Die in den Richtlinien zur Durchführung des Gesetzes aufgeführte Voraussetzung, dass sich der Antragsteller in diesen Fällen mindestens ein Jahr im Geltungsbereich des Gesetzes aufgehalten haben müsse, sei nicht anerkannt worden. Deshalb sollten die Aufenthaltserlaubnis oder die Aufenthaltsberechtigung jetzt ausdrücklich als Voraussetzung für den Anspruch eines Ausländers auf BErzG im Gesetz verankert werden.

28

Durch das Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms (FKPG) vom 23.6.1993 ([BGBl I 944](#)) trat diese Tendenz noch deutlicher hervor. Es wurde in § 1 BErzGG ein Abs 1a eingefügt. Die dadurch bedingte Verschärfung der Voraussetzungen eines Anspruchs auf BErzG für Ausländer begründete man dahingehend, dass damit der Anspruch auf die Ausländer begrenzt werde, von denen zu erwarten sei, dass sie auf Dauer in Deutschland bleiben würden ([BT-Drucks 12/4401 S 74](#)). Diese Ausführungen belegen das gesetzgeberische Ziel, das auf die rechtliche Situation von Ausländern bezogene Prognoseelement aus den allgemeinen Begriffen des Wohnsitzes sowie des gewöhnlichen Aufenthalts herauszunehmen und insoweit besondere Tatbestandsmerkmale zu entwickeln.

29

Auch in den folgenden Gesetzesfassungen hat der Gesetzgeber an eigenständigen Vorgaben zur Beurteilung des weiteren Verbleibs eines nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländers in Deutschland festgehalten. Seit dem 1.1.2001 (zunächst aufgrund des Dritten Gesetzes zur Änderung des BErzGG vom 12.10.2000, [BGBl I 1426](#), geändert durch das Zuwanderungsgesetz vom 30.7.2004, [BGBl I 1950](#), sowie das AuslAnsprG vom 13.12.2006) findet sich eine entsprechende Regelung in § 1 Abs 6 BErzGG. Auch damit hat der Gesetzgeber sicherstellen wollen, dass nur diejenigen Ausländer, die voraussichtlich dauerhaft in Deutschland bleiben, anspruchsberechtigt sind (vgl hierzu beispielhaft die Begründung zum Gesetzentwurf des § 1 Abs 6 BErzGG 2006, [BT-Drucks 16/1368 S 8](#)).

30

Hat der Gesetzgeber in diesem Sinne konkrete Maßstäbe zur Beurteilung der Bleibeprognose eines Ausländers anhand einer eigenen Vorschrift vorgegeben, ist die Klärung der Frage, ob ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer voraussichtlich auf Dauer in Deutschland bleibt, nicht mehr Bestandteil der im Rahmen des § 1 Abs 1 Satz 1 Nr 1 BErzGG vorzunehmenden Prüfung des Vorliegens von Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt im Bundesgebiet. Sie ist vielmehr allein anhand der Maßstäbe zu beurteilen, die sich in der hierzu erlassenen spezielleren Regelung (hier § 1 Abs 6 BErzGG 2006) finden.

31

Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 Abs 1 Satz 1 Nr 1 BErzGG 2006 ist folglich bezogen auf die Klägerin nur danach zu beurteilen, ob sie ein "reales Verhalten in Bezug auf einen Lebensmittelpunkt" gezeigt hat, also ein erkennbarer Wille vorhanden war, an einem bestimmten Ort in Deutschland zu wohnen. Davon ist nach den Feststellungen des SG auszugehen. Die Klägerin ist seit vielen Jahren in Deutschland; 1998 wurde ihr Asylantrag abgelehnt. In dem für den konkreten Fall maßgeblichen Zeitraum lebte sie zusammen mit ihrer insgesamt sechsköpfigen Familie bis zu ihrem Umzug nach B. im März 2007 in Br ... Sie hatte daher mit ihrer Familie ihren Lebensmittelpunkt nach Deutschland verlagert und - wie das SG insoweit zu Recht schlussfolgert hat - ihren Wohnsitz in Deutschland begründet. Ob die Klägerin aus damaliger Sicht auch voraussichtlich dauerhaft hier bleiben würde, ist vorrangig nach Maßgabe des § 1 Abs 6 BErzGG 2006 zu prüfen.

32

b) Die Voraussetzungen des § 1 Abs 6 BErzGG 2006 sind in der Person der Klägerin für die Zeit vom 18.5.2006 bis zum 10.7.2006 nicht gegeben. Die Klägerin kann BErzG nicht beanspruchen, weil sie in dem betreffenden Zeitraum keinen Aufenthaltstitel besaß, sondern aufenthaltsrechtlich nur iS von [§ 60a AufenthG](#) geduldet war. § 1 Abs 6 BErzGG 2006 schließt bloß geduldete Ausländer von vornherein von einem Leistungsanspruch aus. Er macht nämlich zur unabdingbaren Leistungsvoraussetzung, dass ein bestimmter Aufenthaltstitel vorliegt.

33

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob dem einzelnen Ausländer gegenüber die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu Recht abgelehnt wurde oder ob diese früher hätte erteilt werden können bzw müssen. Dies ist allein im Verhältnis zwischen Ausländer und Ausländerbehörde zu klären und für die Frage, ob und ggf ab wann BErzG zu gewähren ist, unerheblich. Denn § 1 Abs 6 BErzGG verlangt den Besitz, also das tatsächliche Innehaben, eines der genannten Aufenthaltstitel (s dazu allg BSG, Urteil vom 28.2.1996 - [14 REg 8/95](#) - [SozR 3-7833 § 1 Nr 18](#)).

34

c) Das damit gefundene Ergebnis, dass die Klägerin die einschlägigen Voraussetzungen des § 1 Abs 6 BVerzGG 2006 nicht erfüllt, lässt sich nicht dadurch vermeiden, dass die Anwendbarkeit dieser Vorschrift aus verfassungsrechtlichen Erwägungen verneint wird. Jedenfalls führen entsprechende Versuche nicht zu einer Anspruchsberechtigung der Klägerin für die Zeit vom 18.5. bis 10.7.2006.

35

An der Anwendbarkeit von § 1 Abs 6 BVerzGG 2006 ändert sich zunächst nichts durch die vom BVerfG in seiner Entscheidung vom 6.7.2004 ([BVerfGE 111, 176](#) = [SozR 4-7833 § 1 Nr 4](#)) ausgesprochene Erklärung der Unvereinbarkeit von § 1 Abs 1a BVerzGG 1993 mit [Art 3 Abs 1 GG](#). Der Senat vermag der Auffassung der Klägerin nicht zu folgen, dass die Entscheidung des BVerfG vom 6.7.2004 ([aaO](#)) auch für ihren Fall Gesetzeskraft beanspruche und ihr daher BVerz auf der Grundlage des § 1 BVerzGG in der bis zum 26.6.1993 geltenden Fassung zustehe, weil der Gesetzgeber seinem Regelungsauftrag nicht innerhalb der ihm vom BVerfG gesetzten Frist nachgekommen sei. Ihre Argumentation wird zwar in der finanzgerichtlichen Rechtsprechung zum Kindergeldrecht jedenfalls insoweit geteilt, als Zeiträume bis zum 1.1.2005 betroffen sind (vgl etwa zur gleich gelagerten Problematik im Kindergeldrecht das Finanzgericht (FG) Köln, Urteil vom 9.5.2007 - [10 K 6473/03](#) - juris RdNr 21 ff, sowie das Niedersächsische FG, Urteil vom 23.1.2006 - [16 K 12/04](#) - juris RdNr 28). Sie überzeugt den Senat indes nicht (siehe dazu den Vorlagebeschluss des Senats vom heutigen Tage an das BVerfG).

36

In der Rechtsprechung wird vereinzelt die Auffassung vertreten, mit § 24 Abs 3 BVerzGG 2006 habe der Gesetzgeber keine explizite Neuregelung des Erziehungsgeldrechts für die vom 1.1.2001 bis zum 18.12.2006 geltenden Fassungen getroffen. Unter Beachtung der Entscheidung des BVerfG verweise der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift vielmehr indirekt auf die alte Rechtslage des BVerzGG in der bis zum 26.6.1993 geltenden Fassung und verfüge deren weitere Gültigkeit für alle am 19.12.2006 noch anhängigen Erziehungsgeldfälle von nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern iS des § 1 Abs 6 BVerzGG 2006, soweit nicht die am 19.12.2006 gültige Fassung für den Anspruchsteller günstiger sei (so das SG Düsseldorf, Urteil vom 11.9.2008 - S 32 EG 14/07 - unveröffentlicht).

37

Diese Ansicht beruht - wie die Argumentation der Klägerin - auf einem fehlerhaften Verständnis der Entscheidung des BVerfG vom 6.7.2004 (Az [1 BvR 2515/95](#), aaO). Die Sanktionsanordnung des BVerfG unter 2. des Beschlusstextes ist nur maßgeblich für Fälle, auf welche die mit [Art 3 Abs 1 GG](#) für unvereinbar erklärte Vorschrift des § 1 Abs 1a Satz 2 BVerzGG 1993 Anwendung gefunden hätte, im Übrigen, also bei Geltung der zeitlich nachfolgenden Fassungen des BVerzGG, dagegen nicht. Abgesehen davon, dass § 24 Abs 3 BVerzGG 2006 im vorliegenden Fall schon deshalb nicht zur Anwendung kommt, weil der streitige Leistungszeitraum unmittelbar von dem rückwirkend in Kraft getretenen § 1 Abs 6 BVerzGG 2006 erfasst wird, lässt sich die genannte Ansicht darüber hinaus mit Wortlaut, Systematik und Regelungszweck des § 24 Abs 3 BVerzGG 2006 offenkundig nicht vereinbaren (siehe dazu den Vorlagebeschluss des Senats vom heutigen Tage).

38

Nach einer weiteren Auffassung ist dann, wenn aus § 1 Abs 6 BVerzGG 2006 ein Leistungsanspruch nicht resultiert, weil der BVerz beantragende Ausländer nicht die Voraussetzungen von Nr 3 Buchstabe b der Vorschrift erfüllt, ein verfassungskonform ausgelegter § 1 Abs 6 BVerzGG in der Fassung vom 30.7.2004 ([BGBl I 1950](#); im Folgenden BVerzGG 2005) als die iS des § 24 Abs 3 BVerzGG 2006 günstigere Vorschrift anzusehen (so das SG Aachen, Urteil vom 12.2.2008 - [S 13 EG 16/07](#) - juris). Auch diese Ansicht führt im vorliegenden Fall schon deshalb nicht weiter, weil § 24 Abs 3 BVerzGG 2006 nicht einschlägig ist. Im Übrigen teilt der Senat auch diese Ansicht nicht. § 1 Abs 6 BVerzGG 2005 lässt eine verfassungskonforme Auslegung unter Einbeziehung auch von Personen - wie die Klägerin - mit einer bloßen Duldung nicht zu.

39

Das SG Aachen (aaO, RdNr 21) hat die von ihm vorgenommene verfassungskonforme Auslegung des § 1 Abs 6 BVerzGG 2005 im Wesentlichen wie folgt begründet: Das Zuwanderungsgesetz sei nur knapp vier Wochen nach der Entscheidung des BVerfG in der [Rechtssache 1 BvR 2515/95](#) ([BVerfGE 111, 176](#) = [SozR 4-7833 § 1 Nr 4](#)) verabschiedet worden. Der Gesetzgeber habe daher die Vorgaben aus dem Beschluss des BVerfG vom 6.7.2004 zwar kennen, aber nicht mehr rechtzeitig umsetzen können. Denn das Gesetzgebungsverfahren sei zu diesem Zeitpunkt bereits im Wesentlichen abgeschlossen gewesen. Nachdem der Gesetzgeber aber zwischenzeitlich selbst erkannt habe, dass § 1 Abs 6 BVerzGG 2005 nicht den Vorgaben des BVerfG entsprochen habe, sei die einschlägige Bestimmung "verfassungskonform im Sinne der Entscheidung des BVerfG vom 6.7.2004" auszulegen, ohne dass es insoweit einer erneuten Vorlage an das BVerfG bedürfe. Dieser Argumentation ist nicht zu folgen (siehe den Vorlagebeschluss des Senats vom heutigen Tage).

40

Abgesehen davon können alle diese Interpretationsversuche der Klägerin nicht zu einem Anspruch auf BVerz verhelfen, solange sie aufenthaltsrechtlich nur geduldet war. Sie sind nämlich lediglich auf eine Anwendung des § 1 BVerzGG in der bis zum 26.6.1993 geltenden Fassung gerichtet. Nach dem danach maßgeblichen § 1 Abs 1 Satz 2 BVerzGG idF der Bekanntmachung vom 21.1.1992 ([BGBl I 68](#)) war für den Anspruch eines Ausländers Voraussetzung, dass er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung, Aufenthaltserlaubnis oder Aufenthaltsbefugnis war. Eine bloße Duldung, wie sie bei der Klägerin in der Zeit bis zum 10.7.2006 vorlag, reichte mithin auch nach der alten Rechtslage nicht aus.

41

2. § 1 Abs 6 BVerzGG 2006 begegnet nach Auffassung des Senats keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Es ist mit dem GG vereinbar, dass Ausländer, deren Aufenthalt lediglich iS von [§ 60a AufenthG](#) geduldet ist, nach § 1 Abs 6 BVerzGG 2006 keinen Anspruch auf BVerz haben. Insbesondere verletzt es nicht [Art 3 Abs 1 GG](#), dass diese Ausländer generell nicht zu dem berechtigten Personenkreis gehören.

42

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). 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 (vgl [BVerfGE 111, 160](#), 170 = [SozR 4-5870 § 1 Nr 1](#) RdNr 46).

43

Durch den generellen Ausschluss lediglich geduldeter Ausländer von Leistungen nach dem BErzGG werden diese gegenüber Deutschen sowie insbesondere allen nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern, die gemäß § 1 Abs 6 BErzGG 2006 anspruchsberechtigt sind, schlechter gestellt. Der Gesetzgeber verfolgt jedoch mit dieser Unterscheidung ein rechtlich zulässiges Differenzierungsziel (dazu unter a). Zudem orientiert sich der Ausschluss nur geduldeter Ausländer an einem geeigneten Differenzierungskriterium, um dieses Differenzierungsziel zu erreichen (dazu unter b).

44

a) Sinn und Zweck zusätzlicher Anforderungen für die Gewährung von BErzG an nicht freizügigkeitsberechtigte Eltern ist es, diese Leistung des Familienlastenausgleichs nur solchen Personen zukommen zu lassen, die sich auch voraussichtlich dauerhaft in Deutschland aufhalten werden (vgl zur Änderung des BErzGG vom 13.12.2006 etwa [BT-Drucks 16/1368, S 8](#)). Der Gesetzgeber verfolgt damit ein verfassungsrechtlich zulässiges Differenzierungsziel. Dies ergibt sich aus der Entscheidung des BVerfG vom 6.7.2004 ([1 BvR 2515/95](#) - [BVerfGE 111, 176](#), 185 = [SozR 4-7833 § 1 Nr 4](#) RdNr 29), in der die Verfassungsmäßigkeit von § 1 Abs 1a BErzGG 1993 zur Entscheidung stand. Mit § 1 Abs 1a BErzGG 1993 hatte der Gesetzgeber Ausländer mit Aufenthaltsbefugnissen in der Absicht von einem Leistungsbezug ausgeschlossen, nur langfristig in Deutschland verweilende Ausländer zu begünstigen. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung ausdrücklich klargestellt, dass der Gesetzgeber grundsätzlich im Einklang mit [Art 3 Abs 1 GG](#) handelt, wenn er nur solchen Ausländern einen Anspruch auf BErzG eröffnet, von denen erwartet werden kann, dass sie sich dauerhaft in Deutschland aufhalten werden. Weil allerdings in § 1 Abs 1a BErzGG 1993 kein geeignetes Differenzierungskriterium zum Erreichen dieses Ziels aufgestellt worden war, hat das BVerfG die Regelung für mit [Art 3 Abs 1 GG](#) unvereinbar erklärt (vgl BVerfG, Beschluss vom 6.7.2004, [aaO](#); vgl in entsprechender Argumentation zum Kindergeldrecht auch Beschluss vom 6.7.2004 - [1 BvL 4/97](#), 5/97 und 6/97 - [BVerfGE 111, 160](#), 174 f = [SozR 4-5870 § 1 Nr 1](#) RdNr 62 ff). Das Anknüpfen allein an den Aufenthaltstitel der Aufenthaltsbefugnis nach dem AuslG eignete sich danach nicht als Grundlage einer Prognose über die Dauer des Aufenthalts in Deutschland.

45

b) Indem § 1 Abs 6 BErzGG 2006 eine aufenthaltsrechtliche Duldung nicht für einen Anspruch auf BErzG ausreichen lässt, stellt er nach Auffassung des Senats ein geeignetes Kriterium zur Erreichung des gewählten Differenzierungsziels auf. Die verfassungsrechtlichen Bedenken, die das FG Köln in seinem Vorlagebeschluss vom 9.5.2007 ([10 K 1690/07](#), juris; inzwischen durch Beschluss des BVerfG vom 6.11.2009 - [2 BvL 4/07](#) - als unzulässig verworfen) bezogen auf eine dem § 1 Abs 6 BErzGG 2006 entsprechend formulierte Vorschrift des Kindergeldrechts zum Ausdruck gebracht hat, vermag der Senat bezogen auf die Personengruppe der nur geduldeten Ausländer nicht zu teilen. Durch § 1 Abs 6 BErzGG 2006 wird nämlich insoweit, als geduldete Ausländer von Leistungen des BErzG ausgeschlossen werden, gerade solchen Personen ein Leistungsanspruch verwehrt, für die sich die Prognose, dass sie sich voraussichtlich dauerhaft in Deutschland aufhalten werden, typischerweise nicht bejahen lässt.

46

aa) Die ausländerrechtliche Duldung ist nach [§ 60a AufenthG](#) eine vorübergehende Aussetzung der Abschiebung eines Ausländers. Sie beseitigt weder die Ausreisepflicht noch deren Vollziehbarkeit (vgl Renner, Ausländerrecht, 8. Aufl 2005, § 60a RdNr 14). Ein rechtmäßiger Aufenthalt in der Bundesrepublik wird durch sie daher nicht erreicht. Die Duldung führt zwar zur Straflosigkeit des Aufenthalts (vgl [§ 95 Abs 1 Nr 2 AufenthG](#)), der Aufenthalt selbst bleibt jedoch illegal (vgl [§ 60a Abs 3 AufenthG](#); vgl hierzu auch Wenger, in: Storr/Wenger/Eberle/Albrecht/Harms, Kommentar zum Zuwanderungsrecht, 2. Aufl 2008, § 60a RdNr 3). Mithin erschöpft sich die Duldung in dem zeitlich befristeten Verzicht der Behörde auf die an sich gebotene Durchsetzung der Ausreisepflicht mittels Abschiebung (vgl Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 2. Aufl 2008, RdNr 625). Nach Ablauf der Duldung ist die unverzügliche Abschiebung daher zwingend vorgeschrieben (vgl Renner, [aaO](#), RdNr 29; Huber/Göbel-Zimmermann, Ausländer- und Asylrecht, 2. Aufl 2008, [§ 60a AufenthG](#), RdNr 1243).

47

Im Hinblick auf den Zweck der Duldung, einen nur vorübergehenden Abschiebestopp einzurichten, ist die Geltungsdauer der Duldung zeitlich zu beschränken. Für die generelle Aussetzungsregelung nach § 60a Abs 1 geht das AufenthG grundsätzlich von einer Dauer bis zu sechs Monaten aus (vgl Satz 2 der Vorschrift). Auch bezogen auf den individuellen Abschiebestopp ([§ 60a Abs 2 AufenthG](#)) ist eine verhältnismäßig kurze Befristung auszusprechen. Eine Dauer von über sechs Monaten widerspricht regelmäßig dem Charakter der Duldung als nur vorübergehende Vollstreckungsaussetzung (vgl Wenger, in: Storr/Wenger/Eberle/Albrecht/Harms, Kommentar zum Zuwanderungsrecht, 2. Aufl 2008, § 60a RdNr 13).

48

Der Sache nach kommt eine Duldung grundsätzlich nur als Reaktion auf das Auftreten vorübergehender Abschiebehindernisse in Betracht. Sie wird gewährt, solange die Abschiebung unmöglich ist und auch nur, soweit keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird ([§ 60a Abs 2 Satz 1 AufenthG](#)).

49

Ausgehend von dieser gesetzlichen Ausgestaltung der Duldung nach dem Aufenthaltsrecht lässt sich für einen lediglich in Deutschland geduldeten Ausländer eine Prognose dahin, dass er sich voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhalten werde, nicht treffen (ebenso im Ergebnis BFH, Urteil vom 15.3.2007 - III R 93/03 - [BFHE 217, 443](#), 448). Der geduldete Ausländer befindet sich in einer Situation, in welcher er nach Ablauf der Duldung jederzeit mit einer Abschiebung rechnen muss. An dieser Beurteilung ändert sich auch dann nichts, wenn über mehrere Jahre hinweg die Duldung immer wieder verlängert wurde (sog Kettenduldungen), sich der Ausländer also mittlerweile faktisch seit langem in Deutschland aufhält. Durch Erreichen einer gewissen Aufenthaltsdauer wird das nur provisorische Element seines Aufenthalts nicht beseitigt. Der geduldete Ausländer bleibt auch nach langjährigem Aufenthalt weiterhin zur Ausreise verpflichtet. Dies rechtfertigt auch im Falle von Kettenduldungen die Einschätzung des Gesetzgebers, dass im Rahmen des BERzg-Rechts für einen nur geduldeten Ausländer davon auszugehen ist, er werde nicht dauerhaft in Deutschland bleiben.

50

bb) Auch sonst stellt der Leistungsausschluss für geduldete Ausländer in § 1 BERzGG 2006 nach Ansicht des Senats keine unzulässige Ausgrenzung von erziehenden Personen dar. Duldungen werden der Sache nach erteilt in Fällen, in denen sich die Unmöglichkeit der Ausreise zunächst als vorübergehend darstellt. Das Gesetz nimmt Fälle rechtlicher oder tatsächlicher Unmöglichkeit in den Blick. Darunter sind folgende Fallkonstellationen zu fassen:

Rechtliche Abschiebungshindernisse sind insbesondere in den [§ 60 Abs 2 bis 5 und 7 AufenthG](#) niedergelegt, die inlandsbezogene und zielstaatsbezogene Gegebenheiten erfassen (vgl Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 2. Aufl 2008, RdNr 632). Inlandsbezogene Abschiebehindernisse sind gegeben in Fällen, in denen die Vollstreckung der Ausreisepflicht nicht in Betracht kommt, weil aus Grundrechten (insbesondere [Art 2](#) oder [Art 6 GG](#)) Einwände gegen die Art und Weise oder den Zeitpunkt der Abschiebung erhoben werden. Eine Gruppe von Abschiebehindernissen betrifft dabei das Recht auf Wahrung oder Herstellung des Ehe- und Familienlebens mit einem in Deutschland zum Aufenthalt berechtigten Familienangehörigen, das durch die Abschiebung beeinträchtigt würde (vgl Hailbronner, aaO, RdNr 633). Eine zweite Gruppe von Tatbeständen umfasst die Geltendmachung gesundheitlicher Gefahren, wie Reiseunfähigkeit wegen Krankheit oder bei Schwangerschaft (vgl Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 6.2.2008 - [11 S 2439/07](#) - juris; vgl hierzu auch Hailbronner, aaO, RdNr 633). Zielstaatsbezogene Abschiebungshindernisse beziehen sich dagegen auf Gefahren, die dem Ausländer im Zielstaat der Abschiebung drohen (vgl [§ 60 Abs 2 bis 7 AufenthG](#)). Gefahren, die sich im dortigen Sinne erst im Zielland der Abschiebung konkretisieren, können ebenfalls zB krankheitsbedingte Umstände sein, wenn die im Abschiebungszielstaat zu erwartende Rechtsgutbeeinträchtigung in der Verschlimmerung einer Krankheit wegen unzureichender medizinischer Versorgung besteht (vgl Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil vom 28.4.1998 - [9 C 1/97](#) - [BVerwGE 106, 339-345](#)).

51

Die Abschiebung ist tatsächlich unmöglich, wenn feststeht, dass ein Abschiebeversuch bereits gescheitert ist oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zum Scheitern verurteilt wäre (vgl Wenger in Storr/Wenger/Eberle/Albrecht/Harms, Kommentar zum Zuwanderungsrecht, 2. Aufl 2008, [§ 60a AufenthG](#) RdNr 8). Das ist zB bei Passlosigkeit oder weitgehend ungeklärter Identität des Ausländers der Fall. Auch Einreiseverweigerungen seitens des Zielstaats, fehlende Flugverbindungen uÄ sind hierzu zu zählen (vgl etwa BVerwG, Beschluss vom 29.6.1998 - [9 B 604/98](#), juris; vgl hierzu auch Hailbronner, aaO, RdNr 635).

52

In all diesen Fällen ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Abschiebehindernisse nicht längerfristig bestehen bleiben. Bestätigt sich diese Einschätzung im Tatsächlichen nicht, so kann sich seit Einführung des AufenthG ein nur geduldeter Aufenthalt zu einem erlaubten verfestigen. [§ 60a AufenthG](#) steht insoweit in engem Sachzusammenhang mit [§ 25 Abs 5 Satz 1 AufenthG](#), demzufolge einem Ausländer, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann, wenn seine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist und mit dem Wegfall des Ausreisehindernisses in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist. Nach [§ 25 Abs 5 Satz 2 AufenthG](#) tritt anstelle dieser Ermessensvorschrift sogar eine Soll-Bestimmung, wenn die Abschiebung seit 18 Monaten ausgesetzt ist. Der Gesetzgeber hat hier einen Regelanspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis geschaffen, sofern eine Duldungsdauer von eineinhalb Jahren erreicht ist, die Erteilungsvoraussetzungen des Satzes 1 der Vorschrift erfüllt sind und kein atypischer Ausnahmefall vorliegt. Er hat mit dieser Vorschrift beabsichtigt, Ausländern mit Abschiebehindernissen zu einem verfestigten Status zu verhelfen (vgl hierzu den Hinweis von Bruns in HK-AuslR, 1. Aufl 2008, [§ 60a AufenthG](#) RdNr 2, zur Entstehungsgeschichte des AufenthG, wonach die Fälle bloßer Duldung als Zwischenphase zur Aufenthaltsgewährung reduziert werden sollten).

53

Zwar mögen von [§ 25 Abs 5 Satz 2 AufenthG](#) in der Praxis viele Fälle nach wie vor nicht erfasst werden (vgl hierzu Cernota, Der Evaluierungsbericht zum Zuwanderungsgesetz, ZAR 2006, 388, 389, der davon berichtet, dass lediglich 20 % der geduldeten Ausländer über [§ 25 Abs 5 AufenthG](#) einen gesicherten Aufenthaltsstatus erlangt hätten). Dies ist jedoch darauf zurückzuführen, dass das Bestehen eines Abschiebehindernisses häufig durch den Ausländer selbst verschuldet ist (vgl hierzu den Bericht des Bundesministeriums des Innern zur Evaluierung des Gesetzes zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern - Zuwanderungsgesetz - aus Juli 2006 - im Folgenden: Evaluierungsbericht -, S 91 f). Die Ausländerbehörde kann nämlich dem geltend gemachten Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 25 Abs 5 AufenthG](#) entgegenhalten, dass den Antragsteller ein Verschulden am Bestehen eines Ausreisehindernisses treffe (vgl [§ 25 Abs 5 Satz 3 AufenthG](#)). Ein derartiger Einwand

ist nur in Fällen gerechtfertigt, in denen etwa der Antragsteller falsche Angaben zu Identität und Herkunft macht, über seine Identität oder Staatsangehörigkeit täuscht oder zumutbare Anforderungen zur Beseitigung eines Ausreisehindernisses nicht erfüllt ([§ 25 Abs 5 Satz 4 AufenthG](#)). Wirkt der Antragsteller demgegenüber aktiv an der Aufklärung seiner Identität oder Staatsangehörigkeit mit und bleiben diese Bemühungen erfolglos, ist der behördliche Einwand hinfällig. Dann entsteht nach 18 Monaten ununterbrochener Duldung zu seinen Gunsten der Sollensanspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach [§ 25 Abs 5 Satz 2 AufenthG](#) (vgl ebenso Marx, Ausländer- und Asylrecht, 2. Aufl 2005, § 2 RdNr 16).

54

Selbst Ausländern, die das bestehende Abschiebehindernis schuldhaft herbeigeführt haben, steht mit [§ 23a Abs 1 AufenthG](#) eine Möglichkeit offen, ihren Aufenthalt durch Erhalt einer Aufenthaltserlaubnis zu verfestigen, soweit die oberste Landesbehörde den konkreten Einzelfall als Härtefall beurteilt (vgl zur weitgehend positiven Bewertung dieser Regelung zB Cernota, aaO, 390). Von einem solchen Härtefall kann gerade in Fällen ungewöhnlich langer Aufenthaltsdauer ohne gesicherten Status ausgegangen werden (vgl Renner, aaO, [§ 23a AufenthG](#) RdNr 10), wie im übrigen auch der Fall der Klägerin belegt. Diese Vorschrift ist nämlich im Fall der Klägerin angewendet worden. Der ihr ab dem 11.7.2006 erteilten Aufenthaltserlaubnis lag die Anerkennung als Härtefall durch das Ministerium des Innern des Landes Br. vom 4.7.2006 zu Grunde.

55

Nach alledem hat der Gesetzgeber auch Personen, bei denen sich die Erteilung von Duldungen mehrfach wiederholt hat, hinreichende Möglichkeiten eröffnet, ihren Aufenthaltsstatus zu verfestigen. Für die übrigen Personen ist selbst im Falle mehrjähriger Duldungen vom unveränderten Fortbestehen eines nicht gefestigten Bleibestatus auszugehen. Gerade diese Personen müssen jederzeit weiterhin damit rechnen, abgeschoben zu werden, soweit es den Behörden gelingt, das Abschiebehindernis durch eigene Ermittlungen zu beseitigen (etwa die Identität einer Person herauszufinden) und für die betreffende Person das Vorliegen eines Härtefalls iS des [§ 23a Abs 1 AufenthG](#) durch die oberste Landesbehörde nicht bejaht wurde (vgl hierzu die Angaben des Evaluierungsberichts, aaO, S 93, im Gesetzgebungsverfahren habe Einigkeit darüber bestanden, man wolle die Rückführung von Personen, die sich ihrer Ausreisepflicht absichtlich zu entziehen versuchten, strikt durchsetzen). Bei ihnen kann mithin (noch) nicht angenommen werden, dass sie auf Dauer in Deutschland bleiben.

56

cc) Problematisch sind allenfalls diejenigen Fälle, in denen Duldungen zur Wahrung oder Herstellung des Ehe- oder Familienlebens ausgesprochen werden. [Art 6 Abs 1 GG](#) kann unter dem Aspekt der Eheschließungsfreiheit Vorwirkungen entfalten, sodass eine Abschiebung rechtlich unmöglich ist, wenn die beabsichtigte Eheschließung mit einer im Bundesgebiet zum Aufenthalt berechtigten Person - anhand äußerer Kriterien erkennbar - unmittelbar bevorsteht (vgl etwa das Oberverwaltungsgericht Saarland, [NVwZ 2006, 718](#)). Ebenso kann etwa die Geltendmachung eines Umgangs- oder Sorgerechts in Bezug auf ein Kind mit Berechtigung zum Aufenthalt in Deutschland zu einem Abschiebehindernis führen (vgl hierzu Bruns, in HK-AuslR, 1. Aufl 2008, [§ 60a AufenthG](#) RdNr 14 f). Insbesondere dann, wenn eine Eheschließung in Kürze erfolgen wird, kann möglicherweise schon bei Vorliegen einer Duldung von einem voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt in Deutschland auszugehen sein.

57

Der Ausschluss der betreffenden Personen vom Leistungsbezug nach dem BErzGG ist aus Gründen der Typisierung gerechtfertigt (vgl zu den Anforderungen einer verfassungsrechtlichen Typisierung BVerfG, Beschluss vom 6.7.2004 - [1 BvR 2515/95](#) - aaO).

58

In diesen Fällen stellt sich der Nachteil des geduldeten Ausländers als verhältnismäßig gering dar. Ein Abschiebehindernis wird ohnehin nur ausgesprochen, soweit die Eheschließung anhand erkennbarer Indizien (Vorliegen aller Unterlagen beim Standesamt uÄ) unmittelbar bevorsteht. Sobald die Eheschließung erfolgt ist, ergibt sich im Regelfall ein Anspruch auf Verfestigung des Aufenthalts durch Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen ([§§ 27 ff AufenthG](#)) mit der Folge, dass bei Berechtigung zur Erwerbstätigkeit von diesem Zeitpunkt an auch ein Anspruch auf BErzg besteht (vgl § 1 Abs 6 Nr 2 BErzGG 2006). Die Zeit entgangenen BErzg ist daher verhältnismäßig kurz und damit der finanzielle Ausfall nicht groß. Dem steht ein erheblicher Verwaltungsaufwand gegenüber, der hinzukäme, erwartete man von den BErzg-Stellen eine Ermittlung der tatbestandlichen Hintergründe einer Duldung.

59

Entsprechendes gilt auch im Zusammenhang mit der Ausübung eines Umgangs- oder Sorgerechts. In diesen Fällen dürfte nach der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG ohnehin schon regelmäßig, soweit es die Interessen des Kindes gebieten, eine Aufenthaltserlaubnis nach [§ 28 AufenthG](#) zu gewähren sein (vgl hierzu BVerfG, Beschluss vom 8.12.2005, [InfAuslR 2006, 122](#); vgl auch den Beschluss des BVerfG im Rahmen eines Eilverfahrens vom 7.3.2001, [InfAuslR 2001, 431](#); vgl iÜ auch Eberle, in Storr/Wenger/Eberle/Albrecht/Harms, Kommentar zum Zuwanderungsrecht, 2. Aufl 2008, [§ 28 AufenthG](#) RdNr 27 ff mwN auch aus der instanzgerichtlichen Rechtsprechung). Wo im Einzelfall anders verfahren wird, ist der sich dann ergebende (vorübergehende) Nachteil ebenfalls aus Gründen einer verfassungsrechtlich zulässigen Typisierung hinzunehmen.

60

dd) Weitere Gesichtspunkte, aus denen sich eine Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses von geduldeten Ausländern nach § 1 Abs 6 BErzGG 2006 ergeben könnte, liegen nach Auffassung des Senats nicht vor.

61

Dass aus politischen Gründen zwischenzeitlich zum 28.8.2007 in [§ 104a AufenthG](#) ein zusätzlicher Aufenthaltstitel zur Regelung von Altfällen mit Kettenduldungen geschaffen wurde (Bekanntmachung vom 25.2.2008, [BGBl I 162](#)), gebietet keine andere Beurteilung. Diese auf den Bleiberechtsbeschluss der Innenministerkonferenz vom 17.11.2006 zurückgehende gesetzgeberische Entscheidung belegt vielmehr umgekehrt, dass der Gesetzgeber den Status auch langjährig Geduldeter als unsicher eingeschätzt und es daher für politisch erforderlich gehalten hat, unter bestimmten Voraussetzungen auch bei selbstverschuldet nur geduldet gebliebenen Ausländern eine Verfestigung des Bleibestatus herbeizuführen. Eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit, Personen mit einem langjährig geduldeten Aufenthalt in den Kreis der nach dem BErzGG berechtigten Personen einzubeziehen, ergibt sich daraus nicht. Anderenfalls würden nämlich doch Personen zum Bezug von BErzg berechtigt, die nach dem AufenthG nur einen vorübergehenden Bleibestatus haben und auf die das - verfassungsrechtlich zulässige - Ausschlusskriterium einer günstigen Bleibeprognose nicht zutrifft.

62

Anhaltspunkte dafür, dass der Ausschluss geduldeter Ausländer von einem Anspruch auf BErzg verfassungsrechtlichen Bedenken begegnete, lassen sich schließlich auch der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG nicht entnehmen. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 6.7.2004 ([1 BvR 2515/95](#)) die Norm des § 1 Abs 1a Satz 1 BErzGG 1993 für mit dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz unvereinbar erklärt und gleichzeitig für den Fall, dass der Gesetzgeber nicht bis zum 1.1.2006 eine verfassungsgemäße Neuregelung schafft, die Anwendung von § 1 BErzGG in der bis zum 26.6.1993 geltenden Fassung auf noch nicht abgeschlossene Verfahren angeordnet. Daraus kann geschlossen werden (vgl dazu jetzt auch BVerfG (1. Kammer des 2. Senats), Nichtannahmebeschluss vom 9.12.2009 - [2 BvR 1957/08](#) - juris, RdNr 15), dass das BVerfG diese frühere Rechtslage insgesamt für verfassungsrechtlich unbedenklich gehalten hat, obwohl auch damals schon Ausländer mit einer bloßen Duldung von einem Anspruch auf BErzg ausgeschlossen waren (vgl § 1 Abs 1 Satz 2 BErzGG in der bis zum 26.6.1993 geltenden Fassung vom 9.7.1990, [BGBl I 1354](#): "Für den Anspruch eines Ausländers ist Voraussetzung, dass er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung, Aufenthaltserlaubnis oder Aufenthaltsbefugnis ist"). Mit Beschluss vom 6.11.2009 hat das BVerfG (1. Kammer des 2. Senats) zudem die Vorlage des FG Köln vom 9.5.2007 ([10 K 1690/07](#), juris) nach [Art 100 Abs 1 GG](#), die jedenfalls auch die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit von [§ 62 Abs 2 Einkommenssteuergesetz](#) und den darin (entsprechend § 1 Abs 6 BErzGG 2006 geregelten) Ausschluss geduldeter Ausländer von einem Anspruch auf Kindergeld betraf, für unzulässig erklärt ([2 BvL 4/07](#), juris). Dabei hat es zu erkennen gegeben, dass es die vom Verwaltungsgericht Köln angenommene Möglichkeit eines faktisch legalen Aufenthalts bei geduldeten Ausländern nicht ohne Weiteres nachvollziehen kann (aaO, RdNr 29).

63

Die Kostenentscheidung wird bis zum Abschluss des restlichen Revisionsverfahrens zurückgestellt.

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2010-05-25