

## **B 10 EG 15/10 R**

Land

Bundesrepublik Deutschland

Sozialgericht

Bundessozialgericht

Sachgebiet

Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten

Abteilung

10

1. Instanz

SG Koblenz (RPF)

Aktenzeichen

S 10 EG 3/09

Datum

26.03.2010

2. Instanz

LSG Rheinland-Pfalz

Aktenzeichen

L 5 EG 3/10

Datum

02.12.2010

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 10 EG 15/10 R

Datum

15.12.2011

Kategorie

Beschluss

Das Verfahren wird ausgesetzt und eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu folgender Frage eingeholt: Ist [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz](#) vom 5. Dezember 2006 ([BGBl I 2748](#)) in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19. August 2007 ([BGBl I 1970](#)) insoweit mit [Art 3 Abs 1 Grundgesetz](#) vereinbar, als danach Ausländer, denen eine Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a Aufenthaltsgesetz](#) erteilt ist, keinen Anspruch auf Elterngeld haben?

Gründe:

I

1

Die Beteiligten streiten über einen Anspruch der Klägerin auf Elterngeld für das erste Lebensjahr ihrer am 10.11.2008 geborenen Tochter N ...

2

Die 1988 geborene Klägerin ist - wie auch ihre Tochter - serbisch-montenegrinische Staatsangehörige. Sie reiste im Jahre 1992 als Minderjährige mit ihren Eltern nach Deutschland ein. Am 9.7.2008 wurde ihr eine Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a Abs 1 Satz 1 Aufenthaltsgesetz](#) (AufenthG) erteilt, die bis zum 31.12.2009 befristet war und die Klägerin zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigte. Seit dem 1.1.2010 besitzt die Klägerin eine Aufenthaltserlaubnis nach [§ 23 AufenthG](#).

3

Den von der Klägerin im Dezember 2008 gestellten Antrag auf Gewährung von Elterngeld für die ersten zwölf Lebensmonate ihrer Tochter lehnte das beklagte Land mit Bescheid vom 27.1.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 4.3.2009 ab. Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Elterngeld, weil sie (nur) im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a AufenthG](#) sei.

4

Klage und Berufung der Klägerin, mit denen sie verfassungsrechtliche Einwände gegen [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz](#) (BEEG) erhob, sind ohne Erfolg geblieben (Urteil des Sozialgerichts Koblenz (SG) vom 26.3.2010; Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz (LSG) vom 2.12.2010). Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG im Wesentlichen ausgeführt:

5

Die Klägerin sei als nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländerin gemäß [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG](#) nicht anspruchsberechtigt, weil sie nur im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a AufenthG](#) gewesen sei. Der Senat habe keine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung des BEEG, die durch Art 6 Abs 8 Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19.8.2007 eingeführt worden sei. [§ 104a AufenthG](#) treffe eine gesetzliche Altfallregelung für dem Grunde nach ausreisepflichtige, aber langjährig geduldete Ausländer. Eine Aufenthaltsverfestigung sei im Falle der Aufenthaltserlaubnis nach dieser Vorschrift ausgeschlossen,

um den Anreiz zur Arbeitsplatzsuche aufrechtzuerhalten und eine Zuwanderung in die Sozialsysteme zu vermeiden (vgl. [BT-Drucks 16/5065 S 202](#)). Vor diesem Hintergrund verstoße [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG](#) insbesondere nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des [Art 3 Grundgesetz \(GG\)](#). Eine andere Beurteilung lasse sich auch nicht aus dem Vorlagebeschluss des Bundessozialgerichts (BSG) vom 30.9.2010 - [B 10 EG 9/09 R](#) - herleiten. Die Entscheidung des BSG betreffe die Regelung des [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c iVm Nr 3 Buchst b BEEG](#), wonach ein Anspruch auf Elterngeld für nicht freizügigkeitsberechtigzte Ausländer an einen eng umschriebenen Arbeitsmarktbezug anknüpfe.

6

Mit der - vom LSG zugelassenen Revision - rügt die Klägerin eine Verletzung des [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG](#). Diese Norm sei verfassungswidrig. Langjährig in Deutschland lebende Ausländer, deren Aufenthaltstitel nicht verfestigt erschienen bzw bei denen diese Verfestigung aus gesetzlichen Gründen nicht eintreten solle, obwohl nach einer gewissen Dauer absehbar sei, dass aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht mehr ergriffen werden könnten, dürften von staatlich gewährten Leistungen der Familienhilfe nicht ausgeschlossen werden. Hinzuweisen sei auch darauf, dass sie im Jahre 1992 mit ihren Eltern als minderjähriger Bürgerkriegsflüchtling aus dem ehemaligen Jugoslawien in die Bundesrepublik Deutschland eingereist sei, sich seitdem hier aufgehalten habe und erst ab dem 9.7.2008 eine Aufenthaltserlaubnis erhalten habe, die unter dem 1.1.2010 als Aufenthaltserlaubnis nach [§ 23 Abs 1 AufenthG](#) verlängert worden sei. Jedenfalls sei festzustellen, dass spätestens mit Einführung des AufenthG absehbar gewesen sei, dass sie nicht mehr habe verpflichtet werden können, die Bundesrepublik Deutschland zu verlassen. Sie sei praktisch "Inländerin nichtdeutscher Staatsangehörigkeit". Entsprechendes gelte auch im Hinblick auf Art 8 Europäische Menschenrechtskonvention.

7

Die Klägerin beantragt, die Urteile des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 2. Dezember 2010 und des Sozialgerichts Koblenz vom 26. März 2010 sowie den Bescheid des Beklagten vom 27. Januar 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 4. März 2009 aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen, ihr Elterngeld für die ersten zwölf Lebensmonate ihrer am 10. November 2008 geborenen Tochter zu gewähren.

8

Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

9

Er schließt sich dem angefochtenen Urteil an und erklärt: Er habe gegen [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG](#) keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Der Ausschluss von Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a AufenthG](#) vom Anspruch auf Elterngeld sei unbedenklich. Zwar hätten diese Personen gegenüber lediglich geduldeten Personen einen "leicht verbesserten" Aufenthaltsstatus. Es handele sich jedoch um dem Grunde nach ausreisepflichtige, langjährig geduldete Ausländer. Eine Klarstellung dieser Rechtslage sei gerade durch die Einführung des Buchst d in Nr 2 des [§ 1 Abs 7 BEEG](#) erfolgt.

10

Die Beteiligten haben vor dem Senat übereinstimmend erklärt, dass die Klägerin in tatsächlicher Hinsicht die Tatbestandsvoraussetzungen des [§ 1 Abs 1 BEEG](#) zweifelsfrei erfüllt.

II

11

Das Verfahren ist gemäß [Art 100 Abs 1 GG](#) auszusetzen. Der Senat sieht sich an einer Entscheidung des Rechtsstreits gehindert. Er ist überzeugt, dass der in [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG](#) bestimmte Ausschluss nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer vom Anspruch auf Elterngeld mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des [Art 3 Abs 1 GG](#) unvereinbar ist.

12

Durch [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG](#) werden Ausländer mit einem Aufenthaltstitel nach [§ 104a AufenthG](#) schlechter gestellt als nicht freizügigkeitsberechtigzte Ausländer mit anderen Aufenthaltstiteln, ohne dass diese Unterscheidung gerechtfertigt ist. Innerhalb der Gruppe nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer lassen sich sachwidrige Gleichbehandlungen und Ungleichbehandlungen feststellen. Über die Verfassungswidrigkeit des [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG](#) zu entscheiden, ist gemäß [Art 100 Abs 1 GG](#) dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) vorbehalten.

13

A. Entwicklung der für den Rechtsstreit bedeutsamen Vorschriften.

14

Das BEEG hat in seinem [§ 1 Abs 7](#) hinsichtlich der Anspruchsberechtigung nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer mit Wirkung vom 1.1.2007 die nahezu übereinstimmende, 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 180](#)) 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).

15

1. Das Bundeserziehungsgeld (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.

16

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; BSG [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](#)).

17

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:

"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."

18

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.

19

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:

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

20

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) 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):

"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."

21

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 Erziehungsgeld behalten."

22

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.

23

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 Aufenthaltserlaubnissen zu, da diese nicht schon aufgrund der Art ihres Aufenthaltstitels vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen seien.

24

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.

25

§ 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 Aufenthaltserlaubnissen 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 Aufenthaltserlaubnissen weiterhin von einem Anspruch auf BErzG ausgeschlossen.

26

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:

27

"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."

28

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:

"(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 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."

29

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

30

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).

31

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 Lebensgrundlage 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 den 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 ..."

32

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](#)).

33

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:

"(7) Ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer oder eine nicht freizügigkeitsberechtigende Ausländerin ist nur anspruchsberechtigt, wenn diese Person,

1. eine Niederlassungserlaubnis besitzt,

2. eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat, es sei denn, die Aufenthaltserlaubnis wurde

a) nach [§ 16](#) oder [§ 17 AufenthG](#) erteilt,

b) nach [§ 18 Abs. 2 AufenthG](#) erteilt und die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit darf nach der Beschäftigungsverordnung nur für einen bestimmten Höchstzeitraum erteilt werden,

c) nach [§ 23 Abs. 1 AufenthG](#) wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach den [§§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG](#) erteilt oder

3. eine in Nummer 2 Buchstabe c genannte Aufenthaltserlaubnis besitzt und

a) sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und

b) im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem SGB III bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt."

34

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".

35

Durch Art 1 Nr 82 Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19.8.2007 ([BGBl I 1970](#)) wurde mit Wirkung zum 28.8.2007 [§ 104a in das AufenthG](#) eingefügt. Nach [§ 104a Abs 1 Satz 1 AufenthG](#) soll einem geduldeten Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn er sich am 1.7.2007 seit mindestens acht Jahren oder ununterbrochen geduldet, gestattet oder mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen im Bundesgebiet aufgehalten hat und er über ausreichenden Wohnraum sowie hinreichende mündliche Deutschkenntnisse verfügt, die Ausländerbehörde nicht vorsätzlich über aufenthaltsrechtlich relevante Umstände getäuscht oder behördliche Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung nicht vorsätzlich hinausgezögert oder behindert hat, keine Bezüge zu extremistischen oder terroristischen Organisationen hat und diese auch nicht unterstützt sowie nicht wegen einer im Bundesgebiet begangenen - näher beschriebenen - vorsätzlichen Straftat verurteilt wurde. Nach [§ 104a Abs 1 Satz 2 AufenthG](#) wird die Aufenthaltserlaubnis nach [§ 23 Abs 1 Satz 1 AufenthG](#) erteilt, wenn der Ausländer seinen Lebensunterhalt eigenständig durch Erwerbstätigkeit sichert. [§ 104a Abs 4 Satz 2 AufenthG](#) bestimmt, dass die Aufenthaltserlaubnis - nach [§ 104a AufenthG](#) - zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt. Gemäß [§ 104a Abs 5 Satz 1 AufenthG](#) wird die Aufenthaltserlaubnis mit einer Gültigkeit bis zum 31.12.2009 erteilt und soll nach Satz 2 unter bestimmten Voraussetzungen als Aufenthaltserlaubnis nach [§ 23 Abs 1 Satz 1 AufenthG](#) verlängert werden. Schließlich kann nach Maßgabe des [§ 104a Abs 6 AufenthG](#) bei der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis zur Vermeidung von Härtefällen von Abs 5 abgewichen werden.

36

In der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zu [§ 104a AufenthG](#) ([BR-Drucks 224/07 S 366](#), 367 = [BT-Drucks 16/5065 S 201](#), 202) heißt es: "Die Frage einer Altfall- oder Bleiberechtsregelung für ausreisepflichtige Ausländer, die seit Jahren im Bundesgebiet geduldet und hier wirtschaftlich und sozial integriert sind" und deren "Abschiebung nach aller Voraussicht auch in nächster Zeit nicht möglich sein wird, stand seit längerer Zeit zur Diskussion. Mit der gesetzlichen Altfallregelung des § 104a wird dem Bedürfnis der seit Jahren im Bundesgebiet geduldeten und hier integrierten Ausländer nach einer dauerhaften Perspektive in Deutschland Rechnung getragen. Die Voraussetzungen und Ausschlussgründe für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 104a sind zum großen Teil eng an die des Bleiberechtsbeschlusses der Innenministerkonferenz vom 17.11.2006 angelehnt. Die Voraussetzungen für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ergeben sich aus Abs 1. Die Kriterien sollen diejenigen begünstigen, die faktisch und wirtschaftlich ... integriert sind und sich rechtstreu verhalten haben. Erteilt wird die Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs 1 Satz 1, wenn die Betroffenen ihren Lebensunterhalt eigenständig durch Erwerbstätigkeit sichern. Geduldete, die ihren Lebensunterhalt noch nicht eigenständig durch Erwerbstätigkeit sichern, jedoch die übrigen Voraussetzungen des § 104a erfüllen, erhalten eine Aufenthaltserlaubnis auf Probe. Eine Aufenthaltsverfestigung ist im Falle der Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 1 Satz 1 ausgeschlossen, um den Anreiz zur Arbeitsplatzsuche aufrechtzuerhalten und eine Zuwanderung in die Sozialsysteme zu vermeiden."

37

Durch Art 6 Abs 8 Nr 2 Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union wurde ebenfalls mit Wirkung zum 28.8.2007 [§ 1 Abs 7 Nr 2 BEEG Nr 2](#) um den Buchstaben d erweitert ("nach [§ 104a](#) des Aufenthaltsgesetzes erteilt oder"). Dies wurde wie folgt begründet ([BR-Drucks 224/07 S 448](#) = [BT-Drucks 16/5065 S 234](#)): "Die Änderung steht in Zusammenhang mit der gesetzlichen Altfallregelung des [§ 104a AufenthG](#). Die auf Probe erteilte Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a AufenthG](#) ist, wie die anderen in Absatz 7 Nr. 2 genannten Aufenthaltstitel, ein Aufenthaltstitel, der nicht zu einem Daueraufenthalt führt. Die Aufenthaltserlaubnis wird längstens bis zum 31.12.2009 erteilt. Eine Verlängerung dieses Aufenthaltstitels erfolgt nicht. Während des Besitzes dieses Aufenthaltstitels ist die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach [§ 104a Abs. 1 Satz 2 AufenthG](#) ausgeschlossen".

38

B. Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage

39

1. Die Revision der Klägerin ist zulässig. Sie ist kraft Zulassung durch das LSG statthaft und von der Klägerin unter Einhaltung von Formen und Fristen ([§ 164 SGG](#)) eingelegt und begründet worden. Die Begründung genügt den Anforderungen des [§ 164 Abs 2 Satz 3 SGG](#). Obwohl die Revisionsbegründung (Schriftsatz vom 29.12.2010) keinen gesondert formulierten Revisionsantrag enthält, ist durch die dortige Formulierung "das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland Pfalz wird hiermit durch Revision angefochten" hinreichend deutlich, dass das Urteil in vollem Umfang angegriffen wird. Auch das Ziel der Revision wird hinreichend deutlich (vgl. Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, § 164 RdNr 10 bis 10c mwN).

40

Die Berufung der Klägerin sowie die kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage gegen den Bescheid vom 27.1.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 4.3.2009 sind statthaft und auch im Übrigen zulässig, sodass insgesamt die prozessrechtlichen Voraussetzungen für eine Sachentscheidung durch das BSG vorliegen.

41

2. Auf der Grundlage der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften wäre die Revision unbegründet.

42

Der Klägerin steht danach für die ersten zwölf Lebensmonate ihrer am 10.11.2008 geborenen Tochter, also für die Zeit vom 10.11.2008 bis 9.11.2009, kein Elterngeld zu. Ihr Anspruch beurteilt sich nach [§ 1 BEEG](#) vom 5.12.2006 ([BGBl I 2748](#)) idF des Gesetzes vom 19.8.2007 ([BGBl I 1970](#)).

43

a) Nach den vor dem Senat abgegebenen übereinstimmenden Erklärungen der Beteiligten liegen die in [§ 1 Abs 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.

44

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

45

Schließlich hatte die Klägerin damals auch einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, wie es [§ 1 Abs 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 ein Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt einer Person in Deutschland maßgeblich. [§ 1 Abs 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.

46

Wie der Senat bereits ausführlich in seinen Vorlagebeschlüssen vom 3.12.2009 - [B 10 EG 5/08 R](#) (RdNr 50 ff), [B 10 EG 6/08 R](#) (RdNr 50 ff) und [B 10 EG 7/08 R](#) (RdNr 48 ff) - und vom 30.9.2010 - [B 10 EG 9/09 R](#) - (RdNr 56 f) dargelegt hat, liegt bei Ausländern ein Wohnsitz oder ein gewöhnlicher Aufenthalt in Deutschland iS des [§ 1 Abs 1 Satz 1 BVerzGG](#) sowie des [§ 1 Abs 1 BEEG](#) 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. Davon, dass diese Voraussetzungen hier vorliegen, ist nach den vor dem Senat abgegebenen, übereinstimmenden Erklärungen der Beteiligten auszugehen. Die Klägerin ist seit 1992 in Deutschland und lebte hier in dem hier maßgeblichen Zeitraum mit ihrem Kind. Sie hatte erkennbar ihren Lebensmittelpunkt in Deutschland. Ob die Klägerin aus damaliger Sicht auch voraussichtlich dauerhaft hier bleiben würde, ist vorrangig nach [§ 1 Abs 7 BEEG](#) zu prüfen.

47

b) Die Klägerin erfüllte im streitigen Zeitraum (10.11.2008 bis 9.11.2009) nicht die weiteren Anspruchsvoraussetzungen des [§ 1 Abs 7 BEEG](#). Zwar besaß sie eine Aufenthaltserlaubnis, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigte ([§ 1 Abs 7 Nr 2 BEEG](#)). Es handelte sich jedoch um eine Aufenthaltserlaubnis "nach [§ 104a](#) des Aufenthaltsgesetzes" ([§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG](#)), die dem Erwerb eines Anspruchs auf Elterngeld ausdrücklich entgegensteht ("es sei denn").

48

3. Im Falle einer Verfassungswidrigkeit des [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG](#) müsste der Senat anders entscheiden.

49

Das BVerfG hat klargestellt, dass es 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, für die Entscheidungserheblichkeit ausreicht, dass die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Norm dem Grundrechtsträger die Chance offenhält, eine für ihn günstigere Regelung durch den Gesetzgeber zu erreichen (vgl. BVerfG Beschluss vom 31.1.1996 - 2 BvL 39 und 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.

50

Vorliegend würde eine Feststellung der Verfassungswidrigkeit des [§ 1 Abs 7 BEEG](#) durch das BVerfG bewirken, dass eine Neuregelung der Anspruchsvoraussetzungen erfolgen müsste, unter denen jetzt nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer und nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländerinnen mit einem Aufenthaltstitel nach [§ 104a 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 sein könnte. Insbesondere dann, wenn der Gesetzgeber aus Gründen einer möglichst einfachen Handhabung der Norm und angesichts möglicherweise nur geringer Fallzahlen beschließen sollte, auf [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG](#) ganz zu verzichten, käme für die Klägerin, die in Bezug auf den für die Leistungsgewährung relevanten Zeitraum die Voraussetzungen des [§ 1 Abs 1 BEEG](#) erfüllt und ab 9.7.2008 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis war, die sie zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt hat, ein Anspruch auf Elterngeld in Betracht. Entsprechendes gilt, wenn der Gesetzgeber - als weitere Gestaltungsmöglichkeit - die Rückausnahmvorschrift des [§ 1 Abs 7 Nr 3 BEEG](#) - unter Beachtung der möglicherweise aufgrund der Vorlagebeschlüsse des Senats vom 3.12.2009 und 30.9.2010 erfolgenden Maßgaben des BVerfG - auf den Tatbestand nach [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG](#) erstrecken würde.

51

C. Verfassungswidrigkeit der vorgelegten Norm

52

Der vorliegende Senat hat in mehreren Beschlüssen nach [Art 100 Abs 1 GG](#) dem BVerfG die Regelung des [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c iVm Nr 3 Buchst b BEEG](#) sowie deren weitgehend übereinstimmende Vorläufervorschrift in [§ 1 Abs 6 Nr 2 Buchst c iVm Nr 3 Buchst b BErzGG 2006](#) zur verfassungsgerichtlichen Entscheidung vorgelegt (zur letztgenannten Vorschrift: Beschlüsse vom 3.12.2009 - B 10 EG 5 bis 7/08 R - beim BVerfG anhängig unter 1 BvL 2 bis 4/10; zur erstgenannten Vorschrift Beschluss vom 30.9.2010 - [B 10 EG 9/09 R](#) - beim BVerfG anhängig unter [1 BvL 3/11](#)). Im Rahmen dieser Vorlagebeschlüsse hat der Senat - auf der Grundlage der Entscheidungen des BVerfG vom 6.7.2004 (- [1 BvR 2515/95](#) - [BVerfGE 111, 176](#) = [SozR 4-7833 § 1 Nr 4](#) zum BErzG sowie - 1 BvL 4 bis 6/97 - [BVerfGE 111, 160](#) = [SozR 4-5870 § 1 Nr 1](#) zum Kindergeld) - den vom Gesetzgeber des BErzGG und des BEEG verfolgten und verfassungsrechtlich unbedenklichen Grundsatz herausgestellt, dass BErzG und Elterngeld nur denjenigen nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern und Ausländerinnen zukommen sollen, von denen erwartet werden kann, dass sie auf Dauer in Deutschland bleiben werden und hier einer Erwerbstätigkeit nachgehen dürfen (s nur BSG Beschluss vom 30.9.2010, [aaO](#), RdNr 81, 84). [§ 1 Abs 7 BEEG](#) verdeutlicht dieses gesetzgeberische Ziel in seiner Nr 1 und 2 dadurch, dass - jedenfalls grundsätzlich - nur diejenigen nicht freizügigkeitsberechtigten ausländischen Personen einen Anspruch auf Elterngeld haben sollen, die eine Niederlassungserlaubnis, also einen nach dem AufenthG unbefristet erteilten und immer auch zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigenden Aufenthaltstitel, besitzen (vgl [§ 9 AufenthG](#)) oder aber stattdessen Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis sind, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat.

53

Der Besitz bestimmter Arten von Aufenthaltserlaubnissen wurde allerdings von Anfang an mittels der Ausnahmeregelung im 2. Halbsatz ("es sei denn") des [§ 1 Abs 7 Nr 2 BEEG](#) als nicht ausreichend für den Anspruchserwerb bezeichnet. Dabei handelt es sich um Aufenthaltserlaubnisse nach [§§ 16, 17 AufenthG](#) zum Zweck eines Studiums oder zum Zweck betrieblicher Aus- und Weiterbildung ([§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst a BEEG](#)) und solche nach [§ 18 Abs 2 AufenthG](#) zur Ausübung einer auf einen Höchstzeitraum befristeten Beschäftigung ([§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst b BEEG](#)). Für die weiteren von der Ausschlussregelung erfassten Aufenthaltserlaubnisse nach [§ 23 Abs 1 AufenthG](#) wegen eines Krieges im Heimatland oder nach den [§§ 23a, 24, 25 Abs 3 bis 5 AufenthG](#) ([§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG](#)) hat der Gesetzgeber im Wege einer Rückausnahmebestimmung in [§ 1 Abs 7 Nr 3 Buchst a](#) und b BEEG unter den dort genannten, für eine günstige Daueraufenthaltsprognose bedeutsamen Voraussetzungen eine Anspruchsberechtigung vorgesehen.

54

Während der erkennende Senat in den genannten Vorlagebeschlüssen vom 3.12.2009 ([aaO](#)) und 30.9.2010 ([aaO](#)) die in [§ 1 Abs 7 Nr 3 Buchst a BEEG](#) normierte Voraussetzung eines mindestens dreijährigen rechtmäßigen, gestatteten oder geduldeten Aufenthalts im Bundesgebiet als geeignetes Kriterium für die Beurteilung eines voraussichtlich dauerhaften Aufenthalts in Deutschland angesehen hat (Beschluss vom 30.9.2010, [aaO](#), RdNr 91), hat er die in [§ 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG](#) enthaltenen Voraussetzungen eines bei der Geburt des Kindes bestehenden Arbeitsmarktbezuges des Ausländers ("erwerbstätig ist", "laufende Geldleistungen bezieht" oder "Elternzeit in Anspruch nimmt") als nicht geeignete Kriterien beurteilt, Personen mit einer günstigen Aufenthaltsprognose von solchen mit einer ungünstigen sachgerecht abzugrenzen (Beschluss vom 30.9.2010, [aaO](#), RdNr 92 ff).

55

Anders als Personen mit einer der in [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG](#) aufgezählten Aufenthaltserlaubnisse hat der Gesetzgeber - zeitgleich mit der Schaffung des [§ 104a AufenthG](#) - in [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG](#) Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a AufenthG](#) ausnahmslos vom Anspruch auf Elterngeld ausgeschlossen. Angesichts des klaren Wortlauts der Vorschrift sieht der Senat keine Möglichkeit, sie dahin verfassungskonform auszulegen, dass die Klägerin als anspruchsberechtigt angesehen werden könnte. Vielmehr hält der Senat den Ausschluss der Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a AufenthG](#) vom Anspruch auf Elterngeld für einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des [Art 3 Abs 1 GG](#).

56

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 AusIG im Erziehungsgeldrecht; ebenso BVerfG Beschluss

vom 6.7.2004 - 1 BvL 4 bis 6/97 - [BVerfGE 111, 160](#), 169 = [SozR 4-5870 § 1 Nr 1](#) RdNr 42 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; BVerfG 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). Entsprechendes gilt bei einer sachwidrigen Gleichbehandlung. Derartige gewichtige Gründe sind für den ausnahmslosen Ausschluss nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer und Ausländerinnen mit Aufenthaltserlaubnissen nach [§ 104a AufenthG](#) vom Anspruch auf Elterngeld nicht ersichtlich.

57

Aus [§ 1 Abs 7 BEEG](#) ist zwar durchaus das Bestreben des Gesetzgebers ablesbar, entsprechend den vom BVerfG vorgegebenen bzw als verfassungsrechtlich unbedenklich bezeichneten Grundsätzen ausländischen Staatsangehörigen nur dann Elterngeld zu gewähren, wenn sie sich voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhalten werden und hier einer Erwerbstätigkeit nachgehen dürfen. Die Einschätzung des Gesetzgebers, dass Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a AufenthG](#) diese Kriterien von vornherein nicht erfüllten, ist jedoch schon angesichts der gesetzlichen Ausgestaltung der Voraussetzungen nach [§ 104a Abs 1 AufenthG](#) nicht ohne Weiteres nachvollziehbar. Hinzu kommen die durch dessen Abs 4 verliehene Befugnis zur Ausübung jeglicher Erwerbstätigkeit sowie die nach dessen Abs 5 und 6 eröffnete Verlängerung als Aufenthaltserlaubnis nach [§ 23 Abs 1 AufenthG](#). Unter Berücksichtigung aller erkennbaren Gesichtspunkte hält es der Senat nicht für plausibel, dass die Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a AufenthG](#) von vornherein keine dem Ausländer oder der Ausländerin günstige Bleibeprognose erlaube (dazu unter a). Jedenfalls ist kein sachlicher Grund dafür erkennbar, dass den Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a AufenthG](#) - anders als den Inhabern der in [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG](#) genannten Aufenthaltserlaubnisse - nicht zumindest im Wege einer Rückausnahme entsprechend dem [§ 1 Abs 7 Nr 3 BEEG](#) ein Anspruch auf Elterngeld ermöglicht worden ist (dazu unter b).

58

a) Indem die Klägerin als Inhaberin einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a AufenthG](#) ausnahmslos vom Zugang zum Elterngeld ausgeschlossen ist, wird sie mit den in [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst a](#) und b BEEG genannten Personen gleich behandelt, die eine Aufenthaltserlaubnis nach [§§ 16, 17](#) oder [18 Abs 2 AufenthG](#) (zum Zwecke des Studiums, einer betrieblichen Aus- oder Weiterbildung oder zur Ausübung einer auf einen Höchstzeitraum begrenzten Beschäftigung) besitzen. Gegenüber ausländischen Elternteilen, die eine andere zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigte Aufenthaltserlaubnis (zB nach [§ 22 AufenthG](#) aus humanitären Gründen) erteilt bekommen haben und nach [§ 1 Abs 7 BEEG](#) ohne Weiteres anspruchsberechtigt sind, wird die Klägerin ungleich behandelt. Für diese gesetzlichen Regelungen ist ein sachlicher Grund nicht vorhanden.

59

Der Gesetzgeber darf zwar - wie das BVerfG bereits zum BErzg entschieden hat (Beschluss vom 6.7.2004 - 1 BvR 2515/05 - [BVerfGE 111, 176](#), 185 = [SozR 4-7833 § 1 Nr 4](#) RdNr 30) - die Gewährung von Elterngeld davon abhängig machen, dass der zur Betreuung eines Kindes bereite Elternteil an der Aufnahme oder Fortsetzung einer Erwerbstätigkeit rechtlich nicht gehindert ist. Ebenso ist es als ein legitimes Ziel anzusehen, wenn der Gesetzgeber das Elterngeld nur denjenigen ausländischen Elternteilen zukommen lassen will, von denen erwartet werden kann, dass sie auf Dauer in Deutschland bleiben (so auch das BVerfG zum BErzg, aaO, [BVerfGE 111, 176](#), 185 = [SozR 4-7833 § 1 Nr 4](#) RdNr 29). Auch wenn der Gesetzgeber diese Ziele bei der Einfügung des Buchst d in [§ 1 Abs 7 Nr 2 BEEG](#) verfolgt haben mag, hat er damit kein geeignetes Differenzierungskriterium gewählt, indem er ausschließlich an den Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a AufenthG](#) angeknüpft hat (vgl dazu [BR-Drucks 224/07 S 448](#) = [BT-Drucks 16/5065 S 234](#) zu Art 6 Abs 8).

60

Die Absicht, solche ausländischen Elternteile vom Elterngeld auszuschließen, die in Deutschland keiner Erwerbstätigkeit nachgehen dürfen, konnte durch das Abstellen auf den Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a AufenthG](#) von vornherein nicht verwirklicht werden, weil dieser Aufenthaltstitel bereits kraft Gesetzes zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt (vgl [§ 104a Abs 4 Satz 2 AufenthG](#)). Aber auch das Ziel, die Anspruchsberechtigung für Elterngeld auf Elternteile zu beschränken, die voraussichtlich auf Dauer in Deutschland bleiben, lässt sich mit einer Bezugnahme auf den Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a AufenthG](#) allein nicht erreichen.

61

Jede Aufenthaltserlaubnis ist nach [§ 7 Abs 1 Satz 1 AufenthG](#) ein befristeter Aufenthaltstitel. [§ 7 Abs 2 Satz 1 AufenthG](#) schreibt hierzu besonders vor, dass die Aufenthaltserlaubnis unter Berücksichtigung des beabsichtigten Aufenthaltszwecks (s [§ 7 Abs 1 Satz 2 AufenthG](#)) "zu befristen ist". Während [§ 1 Abs 7 BEEG](#) zB bei der Aufenthaltserlaubnis nach [§ 22 AufenthG](#), die im zweiten Halbsatz der Nr 2 (also nach dem "es sei denn") nicht aufgeführt ist, offenbar davon ausgeht, dass deren Inhaber sich trotz der Befristung dauerhaft in Deutschland aufhalten werden, soll nicht nur für Ausländer mit Aufenthaltserlaubnissen nach [§§ 16, 17](#) und [18 Abs 2 AufenthG](#), sondern auch für Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a AufenthG](#) die gegenteilige Prognose gelten. Eine derartige Annahme, wie sie der Senat etwa bei einer bloßen aufenthaltsrechtlichen Duldung nachvollzogen hat (Teilurteil vom 3.12.2009 - [B 10 EG 6/08 R](#) - [BSGE 105, 70](#) = [SozR 4-7833 § 1 Nr 10](#)), ist jedoch für Aufenthaltserlaubnisse nach [§ 104a AufenthG](#) nicht ohne Weiteres gerechtfertigt. Denn nach ihrer rechtlichen Tragweite und ihrer Struktur ist diese Vorschrift so angelegt, dass den ausländischen Staatsangehörigen, denen eine Aufenthaltserlaubnis nach dieser Bestimmung erteilt wird, durchaus die Möglichkeit eines dauernden Aufenthalts in Deutschland eröffnet ist.

62

Entgegen der Auffassung des Beklagten sind Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a AufenthG](#) bereits nicht zur Ausreise verpflichtet. Gemäß [§ 50 Abs 1 AufenthG](#) ist ein Ausländer zur Ausreise verpflichtet, wenn er einen erforderlichen Aufenthaltstitel nicht oder nicht mehr besitzt. Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a AufenthG](#) besitzen indes einen Aufenthaltstitel, denn eine

Aufenthaltsurlaubnis ist allgemein nach [§ 7 Abs 1 Satz 1 AufenthG](#) ein befristeter Aufenthaltstitel. Darüber hinaus bestimmt [§ 104a Abs 1 Satz 3 Halbs 2 AufenthG](#) ausdrücklich, dass die Aufenthaltserlaubnis nach Satz 1 dieser Vorschrift als Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 AufenthG gilt.

63

Die Merkmale, die für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a Abs 1 Satz 1 AufenthG](#) erfüllt sein müssen, setzen bereits ein gewisses Maß an Integration voraus. So muss sich der bisher geduldete Ausländer am 1.7.2007 grundsätzlich seit mindestens acht Jahren ununterbrochen geduldet, gestattet oder mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen im Bundesgebiet aufhalten. Er muss ferner über ausreichenden Wohnraum verfügen, hinreichende mündliche Deutschkenntnisse besitzen, darf die Ausländerbehörde nicht vorsätzlich getäuscht haben, keine Bezüge zu extremistischen oder terroristischen Organisationen haben und muss sich im Wesentlichen straffrei geführt haben. Darüber hinaus ist die gemäß [§ 104a AufenthG](#) erteilte Aufenthaltserlaubnis nach Maßgabe der Abs 5 und 6 durchaus einer Verlängerung über den 31.12.2009 hinaus zugänglich. Dabei sind im vorliegenden Zusammenhang insbesondere die Härtefallregelungen in [§ 104a Abs 6 AufenthG](#) von Bedeutung, die sich ua auf Alleinerziehende mit Kindern beziehen. Das zeigt gerade auch der Fall der Klägerin, die ab 1.1.2010 eine Aufenthaltserlaubnis nach [§ 23 Abs 1 Satz 1 AufenthG](#) erhalten hat. Angesichts dieser gesetzlichen Ausgestaltung und praktischen Handhabung des [§ 104a AufenthG](#) kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach dieser Vorschrift die Innehabung eines hinreichend verfestigten Aufenthaltsstatus von vornherein ausschließt.

64

Soweit in den Materialien zur Einführung des [§ 104a AufenthG](#) als sog Altfallregelung für langjährig geduldete Ausländer zum Ausdruck gebracht wurde, dass es sich um eine "Aufenthaltserlaubnis auf Probe" handele und eine "Aufenthaltsverfestigung ausgeschlossen" sei ([BR-Drucks 224/07 S 367 = BT-Drucks 16/5065 S 202](#)), rechtfertigt dies schon angesichts der geschilderten Struktur des [§ 104a AufenthG](#) nicht die Beurteilung, dass die Aufenthaltserlaubnis nach dieser Vorschrift nur als "bessere" Duldung anzusehen und der Ausschluss vom Anspruch auf Elterngeld wie bei (nur) geduldeten Ausländern damit gerechtfertigt sei. Zudem sind die Gesetzesmaterialien insoweit in sich widersprüchlich, als darin auch ausgeführt ist, mit der gesetzlichen Altfallregelung des [§ 104a AufenthG](#) werde dem Bedürfnis der seit Jahren im Bundesgebiet geduldeten und "hier integrierten" Ausländer nach einer "dauerhaften Perspektive" in Deutschland Rechnung getragen ([BR-Drucks 224/07 S 366](#)). Der Gesetzgeber selbst sieht danach Ausländer, die die Voraussetzungen für die Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a Abs 1 AufenthG](#) erfüllen, als "integriert" und die Aufenthaltserlaubnis selbst als "dauerhafte Perspektive" an. Insgesamt lässt sich damit aus dem Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a AufenthG](#) nicht schließen, dass der betreffende ausländische Elternteil nicht auf Dauer in Deutschland bleiben wird. Eher das Gegenteil ist der Fall, insbesondere wenn die Voraussetzungen der Härtefallregelung vorliegen.

65

In dieser Einschätzung sieht sich der Senat durch die Entscheidung des BVerfG vom 6.7.2004 (- [1 BvR 2515/95 - BVerfGE 111, 176 = SozR 4-7833 § 1 Nr 4](#)) bestätigt. Darin hat das BVerfG das im Rahmen des damaligen § 1 Abs 1a BErzGG 1993 gewählte Differenzierungskriterium der Anknüpfung an die Art des Aufenthaltstitels (wobei eine Aufenthaltsbefugnis nicht ausreichte) als nicht geeignet qualifiziert, um diejenigen ausländischen Personen adäquat zu erfassen, die voraussichtlich nicht auf Dauer in Deutschland bleiben. Maßgebend war der Umstand, dass Ausländer mit einer bloßen Aufenthaltsbefugnis aus anderen Rechtsgründen durchaus ein Bleiberecht in Deutschland haben konnten. Wenn allein dieser Gesichtspunkt ausgereicht hat, § 1 Abs 1a BErzGG 1993 als verfassungswidrig anzusehen, muss das Gleiche auch für [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG](#) gelten. Denn ausländischen Elternteilen, die eine Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a AufenthG](#) besitzen, kann eine positive Aufenthaltsprognose in Deutschland nicht ohne Weiteres abgesprochen werden.

66

b) Auch gegenüber den von [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG](#) erfassten Elternteilen wird die Klägerin nach Überzeugung des Senats sachwidrig benachteiligt. Dabei handelt es sich um ausländische Personen, denen eine Aufenthaltserlaubnis nach [§ 23 Abs 1 AufenthG](#) wegen eines Krieges in ihrem Heimatland, nach [§§ 23a, 24](#) oder [25 Abs 3 bis 5 AufenthG](#) erteilt worden ist. Diese sind zwar grundsätzlich auch - wie die Klägerin - von der Anspruchsberechtigung für Elterngeld ausgeschlossen, ihnen kommt jedoch die Rückausnahme in [§ 1 Abs 7 Nr 3 BEEG](#) zugute.

67

Es ist nicht erkennbar, dass die Aufenthaltserlaubnisse nach § 23 Abs 1 wegen eines Krieges im Heimatland und nach den [§§ 23a, 24, 25 Abs 3 bis 5 AufenthG](#) eine gegenüber der Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a AufenthG](#) deutlich günstigere Aufenthaltsprognose erlauben. Dabei ist zu berücksichtigen, dass [§ 1 Abs 7 Nr 3 Buchst a BEEG](#) für die von [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG](#) erfassten Elternteile nur einen rechtmäßigen, gestatteten oder geduldeten Mindestaufenthalt von drei Jahren voraussetzt, während [§ 104a Abs 1 Satz 1 AufenthG](#) einen solchen Mindestaufenthalt von grundsätzlich acht Jahren verlangt. Zudem verleihen die Aufenthaltserlaubnisse nach [§ 23 Abs 1, § 23a, 24, 25 Abs 3 bis 5 AufenthG](#) der betroffenen Person nicht unmittelbar die Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in abhängiger oder selbstständiger Form (s [§ 4 Abs 2 AufenthG](#); vgl HK-AusIR/Hoffmann, [§ 4 AufenthG](#) RdNr 22). Über eine solche Berechtigung entscheidet die Ausländerbehörde zugleich mit der Entscheidung über die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis (HK-AusIR/Hoffmann, [§ 4 AufenthG](#) RdNr 20). Demgegenüber sind Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a AufenthG](#) schon kraft Gesetzes befugt, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Der Vermerk über diese Berechtigung im Aufenthaltstitel selbst (s [§ 4 Abs 1 AufenthG](#)) hat nur deklaratorische Bedeutung (HK-AusIR/Hoffmann, aaO, RdNr 22). [§ 104a Abs 2 Satz 2 AufenthG](#) lässt die selbstständige und nicht selbstständige Tätigkeit uneingeschränkt und ohne Beteiligung der Bundesagentur für Arbeit zu, und zwar unabhängig davon, ob die Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a Abs 1 Satz 2 iVm § 23 Abs 1 Satz 1](#) oder nach [§ 104a Abs 1 Satz 3 AufenthG](#) erteilt wurde (HK-AusIR/Fränkell, [§ 104a AufenthG](#) RdNr 26).

68

Entscheidend ist auch in diesem Zusammenhang, dass es sich bei der Aufenthaltserlaubnis "auf Probe" nach [§ 104a AufenthG](#) um ein Merkmal handelt, das jedenfalls für sich allein keine ungünstige Daueraufenthaltsprognose zulässt. Es wäre deshalb sicher unbedenklich gewesen, wenn der Gesetzgeber die Anspruchsberechtigung für das Elterngeld insoweit an zusätzliche Voraussetzungen geknüpft hätte, wie er sie für den von [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG](#) erfassten Personenkreis in [§ 1 Abs 7 Nr 3 BEEG](#) vorgesehen hat. Dass die gegenwärtige Ausgestaltung des [§ 1 Abs 7 Nr 3 BEEG](#) nach der Überzeugung des erkennenden Senats gegen [Art 3 Abs 1 GG](#) verstößt, ist in diesem Zusammenhang nicht relevant. Wesentlich ist allein der Umstand, dass der Gesetzgeber Personen mit Aufenthaltserlaubnissen nach [§ 104a AufenthG](#) selbst diese Möglichkeit des Erwerbs eines Anspruchs auf Elterngeld verwehrt hat.

69

Das Unterlassen einer solchen Gleichbehandlung mit den von [§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG](#) betroffenen Personen ist umso unverständlicher, als Elternteile mit einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 104a AufenthG](#) im Kindergeldrecht sogar günstiger behandelt werden als Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 23 Abs 1 AufenthG](#) wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach [§§ 23a, 24, 25 Abs 3 bis 5 AufenthG](#). Dort werden sie nämlich von vornherein nicht von der Anspruchsberechtigung ausgenommen (vgl. [§ 62 Abs 2 Einkommensteuergesetz](#), [§ 1 Abs 3 Bundeskindergeldgesetz](#)). Auch Personen mit einem Aufenthaltstitel nach [§ 104a AufenthG](#), die ihren Lebensunterhalt nicht selbst sichern können, steht damit ein Anspruch auf Kindergeld zu. Der Bundesfinanzhof (BFH) hat insoweit bereits entschieden, dass die dortige Bevorzugung (Ungleichbehandlung) gegenüber Besitzern von Aufenthaltserlaubnissen nach [§ 23 Abs 1 AufenthG](#) wegen eines Krieges in deren Heimatland oder nach den [§§ 23a, 24, 25 Abs 3 bis 5 AufenthG](#) ([§ 62 Abs 2 Nr 2 Buchst c EStG](#)) nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des [Art 3 Abs 1 GG](#) verstoße. Der Umstand, dass von Sozialleistungen lebende Ausländer, die von der Altfallregelung des [§ 104a AufenthG](#) profitieren, kindergeldberechtigt seien, führe wegen der Anrechnung des Kindergeldes auf die Sozialleistungen nicht zu einer Benachteiligung von Ausländern mit einem Aufenthaltstitel, der keinen Anspruch auf Kindergeld begründe (BFH Urteil vom 17.6.2010 - [III R 72/08](#) - [BFH/NV 2010, 2242](#)). Ob diese Begründung hinreichend trägt, ist hier nicht zu entscheiden (vgl. dazu auch die durch Art 14 Nr 4 Haushaltsbegleitgesetz 2011 vom 9.12.2010 ([BGBl I 1885](#)) mit Wirkung zum 1.1.2011 erfolgte Anfügung des Abs 5 in [§ 10 BEEG](#), wonach der monatliche Grundbetrag des Elterngeldes von 300 Euro vollständig auf die Leistungen nach dem SGB II und dem SGB XII anzurechnen ist).

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2012-02-08