

## Aus der Beratungspraxis

### Zur Verfassungsmäßigkeit von Erziehungs- und Elterngeld

Kerstin Becker u. Claudia Momm, Deutsches Rotes Kreuz, Berlin\*

*Vorbemerkung:* Im Folgenden wird eine geringfügig überarbeitete Stellungnahme an das Bundesverfassungsgericht (BVerfG)<sup>1</sup> vom 12.8.2010 wiedergegeben. Das DRK kommt – ebenso wie das vorliegende Bundessozialgericht – zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vorliegt, soweit Ausländer, denen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1, 23 a, 24 oder 25 Abs. 3–5 AufenthG erteilt wurde, nur dann einen Anspruch auf Bundeserziehungsgeld haben, wenn sie sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhalten sowie im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig sind, laufende Geldleistungen nach dem SGB II beziehen oder Elternzeit in Anspruch nehmen. Entsprechendes müsse für die Gewährung von Bundeselterngeld und Kindergeld gelten. In der Beratungspraxis ist daher zu beachten, dass zumindest bis zur Entscheidung des BVerfG Anträge auf diese Leistungen gestellt werden und ggf. Widerspruch eingelegt wird, um entsprechende Ansprüche zu wahren.

#### I. Zum Sachverhalt

Die KlägerInnen, die bereits in den neunziger Jahren in die Bundesrepublik Deutschland eingereist sind und im streitgegenständlichen Zeitraum über Aufenthaltserlaubnisse nach den §§ 25 Abs. 3, 23 a und 25 Abs. 4 AufenthG verfügten, begehren Leistungen nach dem BErzGG 2006. Diese Leistungen wurden von der jeweils zuständigen Behörde unter Verweis auf § 1 Abs. 6 BErzGG 2006 (i. V. m. § 24 Abs. 3 BErzGG) abgelehnt. Die hiergegen beim Sozialgericht Potsdam eingelegten Klagen blieben ohne Erfolg. Das Sozialgericht Potsdam verwies zur Begründung darauf, dass die KlägerInnen sich zwar seit mehr als drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhielten, jedoch im umstrittenen Zeitraum weder berechtigt erwerbstätig gewesen seien noch Leistungen nach dem SGB III bezogen oder Elternzeit in Anspruch genommen haben und somit die Voraussetzungen des § 1 Abs. 6 Nr. 3 b BErzGG 2006 nicht erfüllten. Nach Einschätzung des Sozialgerichts Potsdams sei § 1 Abs. 6 BErzGG 2006 auch verfassungsgemäß, da die darin vorgenommene Differenzierung sachgerecht und somit eine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG gerechtfertigt sei.

Im Rahmen der gegen diese Entscheidungen eingelegten Sprungrevisionen beim Bundessozialgericht hat dieses die anhängigen Verfahren gemäß Art. 100 Abs. 1 GG ausgesetzt, um eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu der Frage einzuholen, ob § 1 Abs. 6 Nr. 2 c i. V. m. Nr. 3 b BErzGG 2006 mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar sei.

Das Bundessozialgericht geht davon aus, dass mit dieser

Regelung AusländerInnen mit den genannten Aufenthaltstiteln schlechter gestellt werden als Deutsche und vor allem als AusländerInnen mit anderen Aufenthaltstiteln, ohne dass dies verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann.

#### II. Rechtliche Bewertung

Entscheidungserheblich ist in den anhängigen Verfahren, ob die im Rahmen des § 1 Abs. 6 Nr. 2 c i. V. m. Nr. 3 BErzGG 2006 vorgenommene Schlechterbehandlung von AusländerInnen mit bestimmten Aufenthaltstiteln aus humanitären, völkerrechtlichen oder politischen Gründen gegenüber Deutschen und anderen AusländerInnen mit befristeten und zweckgebundenen Aufenthaltstiteln im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG gerechtfertigt ist.

Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet es zunächst, grundsätzlich alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Damit ist dem Gesetzgeber aber nicht jede Differenzierung verwehrt, sondern ihm steht im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit ein weiterer Spielraum für die Abgrenzung des begünstigten Personenkreises zu. Es ergeben sich aber umso engere Grenzen, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann. Da der hier zu berücksichtigende Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) keine Beschränkung auf Deutsche enthält, müssen für die getroffene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht vorliegen, dass sie die Ungleichbehandlung und den hierdurch erfolgenden Eingriff in Art. 6 Abs. 1 GG rechtfertigen können.<sup>2</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat es in der vorgenannten Entscheidung aus dem Jahr 2004 als grundsätzlich zulässig erachtet, Erziehungsgeld nur denjenigen AusländerInnen zukommen zu lassen, von denen erwartet werden kann, dass sie auf Dauer in Deutschland bleiben.<sup>3</sup> Es hat aber bereits in dieser sowie der dieser Entscheidung vorangegangenen Entscheidung zum Kindergeld<sup>4</sup> klar gestellt, dass es hohe Anforderungen an das Differenzierungskriterium stellt und die Anknüpfung allein an die Art des Aufenthaltstitels nicht dafür ausreicht, um eine Prognose über die Dauer des Verbleibs eines Ausländers in Deutschland zu treffen. Auch der im Vordergrund stehende Zweck des Erziehungsgeldes, Eltern die eigene Betreuung ihrer Kinder durch Verzicht auf eine Erwerbstätigkeit oder durch deren Einschränkung zu ermöglichen, rechtfertigt nicht die in § 1 Abs. 1 a Satz 1 BErzGG 1993 erfolgte Anknüpfung an die Aufenthaltsbefugnis des Antragstellers. Zwar handele der Gesetzgeber im

\* Die Autorinnen arbeiten im Generalsekretariat des DRK, Kerstin Becker als Referentin für Grundsatzfragen europäischer Asyl- und Migrationspolitik, Claudia Momm als Referentin für Sozialrecht.

<sup>1</sup> In den BVerfG-Verfahren – 1 BvL 2/10 – 1 BvL 3/10 – 1 BvL 4/10 –.

<sup>2</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 6.7.2004 – 1 BvR 2515/95 –, Rn. 29 mit weiteren Nachweisen, [www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040706\\_1bvr251595.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040706_1bvr251595.html).

<sup>3</sup> BVerfG a. a. O., Rn. 32.

<sup>4</sup> BVerfG, Beschluss vom 6.7.2004 – 1 BvL 4/97 – 1 BvL 5/97 – 1 BvL 6/97 – ASYLMAGAZIN 1–2/2005, S. 43ff.

Einklang mit Art. 3 Abs. 1 GG, wenn er die AusländerInnen vom Erziehungsgeldbezug ausschließt, die aus Rechtsgründen ohnehin einer Erwerbstätigkeit nicht nachgehen dürften. Aus der Art des Aufenthaltstitels sei aber gerade kein Rückschluss auf die Frage zulässig, ob eine Erwerbstätigkeit bzw. eine Zulassung zum Arbeitsmarkt möglich sei.<sup>5</sup>

Nachdem zwischenzeitlich das Aufenthaltsrecht grundlegend umgestaltet wurde und die zuvor genannte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eine Neuregelung forderte, hat der Gesetzgeber auch die Regelungen zum Kreis der Berechtigten des Erziehungsgeldes sowie anschließend des Elterngeldes neu formuliert.<sup>6</sup> Entscheidend ist neben den allgemeinen Anforderungen nunmehr vor allem, dass nicht nur ein Aufenthaltstitel besteht, sondern auch die Berechtigung zu einer legalen Erwerbstätigkeit vorliegt oder vorlag. Für AusländerInnen, die sich aus unterschiedlichen humanitären, völkerrechtlichen oder politischen Gründen befristet erlaubt in Deutschland aufhalten, wird dann weiter danach differenziert, wie lange der/die AusländerIn sich bereits rechtmäßig, gestattet oder geduldet in Deutschland aufhält (mindestens drei Jahre) und ob er/sie im Bundesgebiet auch bereits tatsächlich erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem SGB III (Arbeitslosengeld) bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt (also ein ruhendes Arbeitsverhältnis besteht).

Sachliche Gründe für diese Ungleichbehandlung gab der Gesetzgeber in der Begründung zum Gesetzesentwurf nur insofern an, als der Arbeitsmarktzugang als Indikator für einen dauernden Verbleib diene. Die Zielsetzung des Gesetzgebers, nur den ausländischen Staatsangehörigen Familienleistungen zu ermöglichen, die sich voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhielten, habe das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen vom 6.7.2004 – 1 BvR 2515/95 – 1 BvL 4, 5, 6/97 – nicht beanstandet, so dass der Gesetzgeber an dieser Intention offensichtlich weiter festhalten wollte. Darüber hinaus sei das Kriterium der Erwerbstätigkeit insofern sachgerecht, als das Erziehungsgeld Eltern die Unterbrechung oder Reduzierung ihrer Erwerbstätigkeit ermöglichen solle, um selbst die Betreuung ihres Kindes übernehmen zu können. Sei der Betreuungsperson die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit rechtlich jedoch nicht erlaubt, so könne das Erziehungsgeld seine beabsichtigte Wirkung von vorneherein nicht entfalten.<sup>7</sup> Eine weitere Begründung für die darüber hinaus in § 1 Abs. 6 Nr. 3 BErzGG 2006 erfolgte Differenzierung findet sich in der Gesetzesbegründung nicht.

### 1. Differenzierungskriterium des Aufenthaltstitels

Nach Auffassung des DRK lässt die Auswahl der in § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 enthaltenen Aufenthaltstitel keine Prognose darüber zu, ob der Aufenthalt der betroffenen AusländerInnen dauerhafter Natur ist. Das Differenzierungskriterium des Aufenthaltstitels ist aus diesem Grund ungeeignet, um eine Schlechterbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG unter den weiteren Voraussetzungen des

§ 1 Abs. 6 Nr. 3 BErzGG 2006 zu rechtfertigen. Auch ist kein anderer Grund als die zu erwartende Aufenthaltsdauer ersichtlich, warum ausgerechnet bei den von § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG betroffenen Personen strengere Anforderungen an den Bezug von Erziehungsgeld gestellt werden sollten als an die InhaberInnen anderer Aufenthaltstitel.

Zwar lässt § 26 Abs. 2 AufenthG, der für alle in § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 vorgesehenen Aufenthaltstitel Anwendung findet, vermuten, dass der Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen grundsätzlich nur vorübergehender Natur sei. Schon § 26 Abs. 4 AufenthG stellt aber klar, dass auch der Aufenthalt nach dem 5. Abschnitt des Aufenthaltsgesetzes grundsätzlich unbefristet möglich ist.

Vor allem können aus der Art der in § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 aufgezählten Aufenthaltstitel keine generellen Rückschlüsse auf die Dauer des Aufenthalts gezogen werden, weil alle dort genannten Aufenthaltstitel des 5. Abschnitts des Aufenthaltsgesetzes aus unterschiedlichen Gründen erteilt werden und unterschiedlichen Anforderungen unterliegen. So setzt z. B. § 23 a AufenthG (Aufenthaltsgewährung in Härtefällen) in der Regel bereits eine von den jeweiligen Landesbestimmungen abhängige Mindestaufenthaltsdauer und eine erfolgreiche Integration in Deutschland voraus. Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG hingegen wird nur erteilt, wenn die Abschiebung seit mehr als 18 Monaten ausgesetzt ist und die Ausreise auf absehbare Zeit unmöglich ist. Diese beiden Beispiele zeigen, dass bereits die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Normen hinreichende Indizien für einen dauerhaften Verbleib in Deutschland liefern und somit ihre Auswahl keinesfalls die Annahme rechtfertigen kann, dass es sich bei den Inhabern dieser Aufenthaltserlaubnisse um AusländerInnen handele, die sich nicht dauerhaft in Deutschland aufhalten werden.

Aber auch die tatsächliche Aufenthaltsdauer spricht in den meisten Fällen für sich: Die Besitzer einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG (subsidiär Geschützte, denen gemäß § 60 Abs. 2, 3, 5 oder 7 AufenthG eine konkrete Gefahr der Folter oder Todesstrafe droht, ein Abschiebungshindernis nach der EMRK besteht oder eine erhebliche konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit droht), halten sich nach Angaben der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration nicht typischerweise nur vorübergehend oder kürzer als anerkannte Flüchtlinge in Deutschland auf. Von 24 839 Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG hielten sich im Januar 2010 21 849 (88 %) länger als fünf Jahre im Bundesgebiet auf.<sup>8</sup> Von den 4984 InhaberInnen einer

<sup>5</sup> BVerfG, a. a. O., Rn. 33.

<sup>6</sup> Vgl. den Gesetzesentwurf eines Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss (AuslAnsprG), BR-Ds. 68/06 und BT-Ds. 16/1368.

<sup>7</sup> BT-Ds. 16/1368, S. 8.

<sup>8</sup> Siehe 8. Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration über die Lage der Ausländerinnen und Ausländer in Deutschland, S. 559.

Aufenthaltsurlaubnis nach § 23 a AufenthG lebten zum 31. Dezember 2009 4495 Personen seit mehr als sechs Jahren in Deutschland, von den 51 637 InhaberInnen einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG lebten zu diesem Zeitpunkt 46 730 Personen länger als sechs Jahre in Deutschland.<sup>9</sup>

Die Erfahrungen des DRK in der Beratung mit MigrantenInnen zeigen, dass unabhängig von Statistiken auch in anderen Fällen eine Vielzahl von Menschen mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären, völkerrechtlichen oder politischen Gründen dauerhaft in Deutschland bleibt. Bürgerkriegsflüchtlinge, die in der Regel zunächst nur vorübergehend nach Deutschland kommen, bleiben oftmals dauerhaft und integrieren sich in die deutsche Gesellschaft. Die Geburt von Kindern, Eheschließungen und eine Vielzahl weiterer, aus der Art des Aufenthaltstitels nicht ersichtliche Gründe können zu einem dauerhaften Aufenthalt in Deutschland führen. Eine abschließende Prognose, ob eine Person dauerhaft in Deutschland bleibt, kann aus diesem Grund niemand allein anhand des Aufenthaltstitels treffen.

Darüber hinaus kann man bei der Dauer der schlimmsten weltweiten Konflikte der letzten Jahre (ehemaliges Jugoslawien, Irak, Afghanistan) selbst bei den Menschen, die schließlich in ihr Ursprungsland zurückkehren, nicht mehr von einem »vorübergehenden« Aufenthalt sprechen, da dieser oft länger als zehn Jahre währt.

Auch das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss aus dem Jahr 2004 festgestellt, dass die für die Erteilung des Aufenthaltstitels »Aufenthaltsbefugnis« maßgeblichen Gründe nicht typischerweise nur vorübergehender Natur seien, sondern der Wegfall und der Zeitpunkt des Aufenthaltszweckes ungewiss seien. Da die Aufenthaltsbefugnis eine mögliche Vorstufe zum Daueraufenthalt sei, eigne sie sich nicht als Grundlage einer Prognose über die Dauer des Aufenthalts in Deutschland.<sup>10</sup> Diese Auffassung hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bestätigt und festgestellt, dass durch die unterschiedliche Behandlung von Ausländern im Rahmen des Kindergeldbezugs aufgrund der Art der Aufenthaltsgenehmigung Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 der EMRK verletzt werde. Wie das Bundesverfassungsgericht erkennt der EGMR keine hinreichenden Gründe zur Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung von Ausländern beim Kindergeldbezug in Abhängigkeit davon, ob sie über eine dauerhafte Aufenthaltsgenehmigung verfügen oder nicht.<sup>11</sup>

Das Gleiche gilt für die in § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 genannten Aufenthaltstitel, die neben anderen Aufenthaltstiteln des Aufenthaltsgesetzes die Aufenthaltsbefugnis des Ausländergesetzes ersetzt haben.<sup>12</sup>

Das Unterscheidungskriterium des Aufenthaltstitels, wie es in § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 enthalten ist, ist aus diesen Gründen ungeeignet für eine grundsätzlich zulässige Differenzierung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG. Da keiner der genannten Aufenthaltstitel einen dauerhaften Aufenthalt ausschließt, gleichzeitig das deutsche Aufenthaltsrecht aber generell – auch bei den Aufenthaltszwecken, die ohne

Weiteres zum Erziehungsgeldbezug berechtigen – zunächst nur einen befristeten Aufenthaltstitel vorsieht, gibt es für eine Differenzierung mit so weit reichenden Folgen für die Betroffenen keinen hinreichenden Grund. In der durch § 1 Abs. 6 Nr. 2 c i. V. m. Abs. 3 BErzGG 2006 vorgenommenen Differenzierung liegt aus Sicht des DRK bereits aus diesem Grund ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

## 2. Ausschluss von DuldungsinhaberInnen vom Erziehungsgeld

Das DRK kritisiert darüber hinaus den völligen Ausschluss von DuldungsinhaberInnen durch die Regelung des § 1 Abs. 6 BErzGG sowie den wortgleichen Nachfolgeregelungen des BEEG und der entsprechenden Regelung zum Kindergeld in § 62 Abs. 2 EStG. Durch die verschiedenen Bleiberechts- und Altfallregelungen der Vergangenheit ist deutlich geworden, dass eine Vielzahl der Menschen mit einer Duldung dauerhaft in Deutschland bleibt. Auch § 10 Abs. 2 Beschäftigungsverordnung, wonach geduldeten AusländerInnen die Beschäftigung erlaubt werden kann, wenn er/sie sich seit mehr als vier Jahren ununterbrochen erlaubt, geduldet oder gestattet im Bundesgebiet aufgehalten hat, macht deutlich, dass ein mehr als vierjähriger Aufenthalt von Geduldeten keinesfalls die Ausnahme, sondern einen gesetzlich regelungsbedürftigen Normalfall bildet. Nach Auskunft der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Linken waren zum Stichtag 31. Dezember 2009 89 498 Personen mit einer Duldung erfasst, von denen sich 63 384 Personen länger als fünf Jahre in Deutschland aufhielten.<sup>13</sup>

Der Ausschluss dieser Personengruppe vom Bezug von Erziehungsgeld ist insofern ebenso wenig geeignet, um Rückschlüsse auf die Dauer des Aufenthalts zu erlauben, wie das Anknüpfen an die Art des Aufenthaltstitels im Rahmen des § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006, so dass auch hierin ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG zu sehen ist.

## 3. Differenzierungskriterium des mindestens dreijährigen Aufenthalts

Auch wenn sich in den zur Entscheidung anstehenden Fällen die AntragstellerInnen allesamt länger als drei Jahre rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufgehalten haben, möchten wir darauf hinweisen, dass aus den zuvor genannten Gründen auch die Voraussetzung des mindestens dreijährigen Voraufenthaltes nach Ansicht des DRK kein geeignetes Kriterium für eine Prognose darüber ist, ob sich die betreffende Person dauerhaft in Deutschland aufhalten wird. Denn zum einen lässt das deutsche Aufent-

<sup>9</sup> Vgl. BT-Ds. 17/642 m. w. N. zur Aufenthaltsdauer.

<sup>10</sup> BVerfG, Beschluss vom 6.7.2004 (siehe Fn. 4), Rnr. 65.

<sup>11</sup> EGMR, Niedzwiecki / Deutschland, 58453/00, §§ 29ff, [www.coe.int/t/d/menschenrechtsgerichtshof/dokumente\\_auf\\_deutsch/volltext/urteile/20051025-N.asp](http://www.coe.int/t/d/menschenrechtsgerichtshof/dokumente_auf_deutsch/volltext/urteile/20051025-N.asp).

<sup>12</sup> Vgl. Nr. 101.2.3.4 Allg. Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz.

<sup>13</sup> BT-Ds. 17/642, S. 14.

haltsrecht auch nach drei Jahren noch eine Beendigung des Aufenthaltes zu, wenn die Voraussetzungen für die Gewährung des Aufenthaltsrechts entfallen. Zum anderen zeigen die zuvor genannten Zahlen und Beispiele, dass sich die Mehrheit der betroffenen Personen fünf Jahre und länger in Deutschland aufhält. Wenn sich eine Person aber voraussichtlich dauerhaft in Deutschland aufhalten wird, so ist nicht ersichtlich, warum sie in den ersten drei Jahren ihres Aufenthaltes vom Bezug des Erziehungsgeldes (bzw. Eltern- und Kindergeldes) ausgeschlossen sein sollte.

### 4. Differenzierungskriterium der Arbeitsmarktintegration

Aber auch die weiteren Kriterien des § 1 Abs. 6 Nr. 3 b BErzGG 2006 hinsichtlich der Arbeitsmarktintegration der betroffenen Personengruppen sind nach Ansicht des DRK nicht geeignet, um eine Prognose über die Dauerhaftigkeit des Aufenthalts des/der AusländerIn zu ermöglichen. Denn ob ein dauerhafter Aufenthalt möglich ist und angestrebt wird, hängt nicht allein von den Erwerbsmöglichkeiten und erst Recht nicht von der tatsächlichen Erwerbstätigkeit im Zeitpunkt der Anspruchsentstehung ab. Alleine den Blick darauf zu richten, lässt eine Fülle wesentlicher Bedingungen für eine dauerhafte Integration außer Betracht.

Wesentliche Faktoren für eine dauerhafte Aufenthaltsperspektive sind darüber hinaus auch

- die familiäre Integration
- die schulische Integration
- deutsche Sprachkenntnisse
- die Teilnahme am Gesellschafts- und Vereinsleben
- in wirtschaftlicher Hinsicht evtl. gebildetes Vermögen
- bestehende Versicherungen.

Es ist äußerst fraglich – und im Ergebnis zu verneinen – ob ein *einzig* Indikator für eine angemessene Prognose ausreicht.

Bei wertenden Entscheidungen – und eine Prognose ist dies zwangsläufig – sind stets verschiedene Kriterien zu beachten und zu gewichten (vgl. z. B. die Problematik der Scheinselbstständigkeit in § 7 Abs. 1 SGB IV und die Entwicklung der Gesetzgebung oder die komplexe Situation bei Entscheidungen im Strafvollzug). Vorliegend ist die Regelungstechnik des Gesetzgebers problematisch, der nur einen, wenn auch einen gewiss wesentlichen, Indikator herausgreift, um eine Verbleibensprognose anzustellen. Mit Blick auf die Gesetzeshistorie entsteht der Eindruck, dass der Gesetzgeber der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 6.7.2004 betreffend die Differenzierung nach der Art des Aufenthaltstitels gerecht werden will, aber nicht die dahinter stehende ratio aufgreift. Die Möglichkeit der Erwerbstätigkeit bezeichnet das Bundesverfassungsgericht – gemäß der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts bis dato – als zulässiges Kriterium, weil das Erziehungsgeld (wie jetzt auch das Elterngeld) die Entscheidung der Eltern für einen vorübergehenden Verzicht auf eine oder eine Verminderung der bestehenden Erwerbstätig-

keit zugunsten von Kindererziehung und Familienleben erleichtern und die damit verbundenen finanziellen Nachteile mildern soll.<sup>14</sup> Dieser Gesetzeszweck würde verfehlt, wenn gar keine Möglichkeit zur Aufnahme oder Fortsetzung einer Erwerbstätigkeit bestünde.

Es gibt aber keinen nachvollziehbaren Grund, nur bei einem Teil der aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen zum Aufenthalt berechtigten AusländerInnen die Verbleibensprognose von einer tatsächlich bereits bestehenden oder in engem zeitlichen Zusammenhang bestanden habenden Erwerbstätigkeit abhängig zu machen, bei allen anderen Gruppen, deren Aufenthaltstitel im Wesentlichen unter den gleichen Bedingungen zu verlängern ist, aber nicht. Entsprechend zeigt die Gesetzesbegründung<sup>15</sup> auch keine tragenden Motive hierfür auf.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass gemäß § 5 Abs. 3 AufenthG gerade im Rahmen des humanitären Aufenthalts Ausnahmen von dem Grundsatz gemacht werden können, dass die Erteilung bzw. Verlängerung des Aufenthalts nur möglich ist, wenn der Lebensunterhalt gesichert ist. Das bedeutet, dass gerade in einer Vielzahl der in § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 genannten Fällen ein dauerhafter Aufenthalt auch ohne eine aktuelle Erwerbstätigkeit möglich ist.

Bereits die Ausführungen des Bundessozialgerichts zu den Fällen, in denen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 6 Nr. 3 b BErzGG zunächst bestanden haben, aber kurz vor dem Anspruchsbeginn entfallen sind, zeigen, dass nur eine Gesamtbetrachtung der für einen perspektivisch dauerhaften Aufenthalt zu erfüllenden Voraussetzungen zu einer sachgerechten Prognoseentscheidung führen kann. Selbst wenn der Gesetzgeber die Formulierung an dieser Stelle so abändern würde, dass auch diese Fälle erfasst werden könnten (z. B. »... oder dies in einem Zeitraum vor Eintritt der Anspruchsvoraussetzungen der Fall war, der nicht so lange zurück liegt, dass von einer erheblich verschlechterten Perspektive für eine erneute Erwerbstätigkeit auszugehen ist«), würde dies unbestimmte, da wertende Rechtsbegriffe erfordern. Ist eine Wertung erforderlich, kann aber nicht allein bei dem Kriterium der Erwerbsperspektive verharret werden, erst recht nicht in der bestehenden Gestalt.

Auch eine zurückliegende Erwerbstätigkeit, die noch laufende Leistungen nach dem SGB III zur Folge hat (§ 1 Abs. 6 Nr. 3 b 2. Alt. BErzGG 2006), oder eine aktuell andauernde Erwerbstätigkeit (§ 1 Abs. 6 Nr. 3 b 3. Alt. BErzGG 2006) als Indikator für das Maß der Arbeitsmarktintegration und daran anknüpfend die Aufenthaltsperspektive zu wählen, ist keinesfalls sachgerecht. Denn der Gesetzgeber hat in der Vergangenheit sehr weitgehend geringfügige und befristete Beschäftigungen gefördert, die inzwischen für einen ganz erheblichen Teil der Erwerbstätigen eine (wenn auch oft problematische) Realität sind. So ist es ein gewöhnliches Phänomen, dass Arbeitnehmer mehrere befristete Kurzbeschäftigungen haben, ohne eine Anwartschaft auf Leistungen des SGB III zu erreichen (hierauf weist auch Röhl

<sup>14</sup> Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Ds. 16/1368, S. 8.

<sup>15</sup> BT-Ds. 16/1368, S. 8.

in NJW 2010, 1418, 1423 f., hin), denn hierfür sind nach §§ 123 f. SGB III 12 Monate versicherungspflichtige Beschäftigung in einer Grundrahmenfrist von 24 Monaten erforderlich. Auch wenn eine Beschäftigung in einem Minijob erfolgt, werden keine Versicherungsbeiträge zur Arbeitslosenversicherung abgeführt (vgl. auch Rn. 113 des Vorlagebeschlusses).

Die Erfahrungen des DRK zeigen aber, dass gerade Menschen mit einer befristeten Aufenthaltserlaubnis (unabhängig von dem Zweck des Aufenthalts) oftmals nur befristete, geringfügige oder prekäre Arbeitsverhältnisse finden, da viele Arbeitgeber hinsichtlich der Aufenthaltsperspektive des Arbeitnehmers unsicher sind bzw. vermeintliche Unsicherheiten ausnutzen. Gerade von dieser Personengruppe zu verlangen, nur langfristigen, sozialversicherungspflichtigen Tätigkeiten nachzugehen, entspricht nicht der Realität des deutschen Arbeitsmarktes.

Eine aktuelle Beschäftigung bzw. ein fortdauerndes (wenn auch ruhendes) Arbeitsverhältnis oder den Bezug von Arbeitslosengeld I zu fordern, ist auch aus einem weiteren Grund nicht sachgerecht: Es handelt sich beim Erziehungsgeld nicht um eine Sozialversicherungsleistung, für die man gleichsam eine Anwartschaft erwerben müsste, sondern um eine zukunftsgerichtete Transferleistung, die bei Deutschen und Ausländern mit anderen Aufenthaltstiteln generell auch ohne vorgehende Erwerbstätigkeit des Berechtigten gewährt wird.

Nicht zu rechtfertigen ist ferner, dass auch AusländerInnen, die selbstständig tätig sind und somit in der Regel keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB III haben, schlechter behandelt werden als angestellte AusländerInnen. Nicht jeder Selbstständige ist freiwilliges Mitglied der Arbeitslosenversicherung. Da das Aufenthaltsrecht ansonsten durchaus eigene und private Vorsorgeleistungen von Selbstständigen anerkennt,<sup>16</sup> ist dies ein Wertungswiderspruch, der die sachwidrige Differenzierung umso mehr verdeutlicht.

Auch soll das Gesetz seinem Zweck nach gewiss auch solche Familien von den Nachteilen der Erwerbstätigkeit nur eines Elternteils entlasten, in denen der aktuell erwerbstätige Elternteil an seiner Tätigkeit festhält, während derjenige, der arbeitslos, aber nicht mehr nach dem SGB III leistungsberechtigt ist, sich zunächst für die Familienarbeit und gegen eine Erwerbstätigkeit entscheidet. Gerade in diesen Fällen ist die Aufenthaltsperspektive einer ausländischen Familie wesentlich besser, als wenn der/die PartnerIn mit dem anderen, i. S. d. Argumentation der Bundesregierung »festen« als in § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BerzGG 2006 genannten Titeln, seine Erwerbstätigkeit zugunsten der Familienarbeit aufgibt und der andere Elternteil weiter nach einem Erwerb sucht. Das Gesetz provoziert hier geradezu eine Fehlsteuerung, die § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG zuwiderläuft. Um Erziehungsgeld (bzw. Eltern- und Kindergeld) beziehen zu können, müsste der Familienerwerb und damit auch der Aufenthalt gefährdet werden. In der Tat führt der Gesetzeswortlaut also zu evident zweckwidrigen Ergebnissen.

Auch die Tatsache, dass (bisher) weder das Erziehungsgeld nach § 8 BERzGG 2006, noch das aktuelle Eltern-geld nach § 10 BEEG (in Höhe von bis zu 300 Euro) auf weitere Sozialleistungen angerechnet werden, verdeutlicht einen weiteren Zweck dieser Leistungen: Diese sollen laut dem Willen des Gesetzgebers gerade in den ersten, besonders betreuungsintensiven Lebensmonaten eines Kindes das verfügbare Haushaltseinkommen einer Familie erhöhen<sup>17</sup> und dienen neben dem Ausgleich finanzieller Einschränkungen auch der Anerkennung für die Betreuungs- und Erziehungsleistungen der Eltern. Eltern erbringen mit ihren Unterhalts, Pflege- und Erziehungsleistungen einen eigenständigen Beitrag zum Allgemeinwohl, der in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verfassungsrechtlich eingefordert wird, mit dem sie umgekehrt aber auch staatlicherseits, d. h. insbesondere legislativ anzuerkennende Verdienste erwerben.<sup>18</sup>

Es ist nicht ersichtlich, warum AusländerInnen, für die Art. 6 GG uneingeschränkte Anwendung findet, zwar verpflichtet sind, durch ihre Erziehungs- und Betreuungsleistungen dem Allgemeinwohl zu dienen, ihnen aber die hierfür gesetzlich vorgesehene Anerkennung verwehrt bleiben soll. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass Menschen – und insbesondere Kinder – mit Migrationshintergrund in besonderem Maße einem Armutsrisiko unterliegen. So liegt die Armutsrisikoquote von Kindern und Jugendlichen unter 15 Jahren mit Migrationshintergrund bei 32,6 %, während diese Quote bei der Vergleichsgruppe ohne Migrationshintergrund nur bei 13,7 % liegt.<sup>19</sup> Gerade dieser Personengruppe, die einem besonders hohen Armutsrisiko unterliegt, staatliche Leistungen, die dieses Risiko mindern könnten, zu entziehen, ohne dass hierfür ein rechtfertigender Grund vorliegt, ist aus Sicht des DRK auch aus humanitären Gründen nicht hinnehmbar.

Nach Auffassung des DRK kann aus diesen – neben den bereits vom Bundessozialgericht in seinen Vorlagebeschlüssen aufgeführten – Gründen in § 1 Abs. 6 Nr. 2 c i. V. m. Nr. 3 BerzGG 2006 sowie den nachfolgenden Regelungen des BEEG und des § 62 Abs. 2 EStG keine verfassungsrechtlich gerechtfertigte Differenzierung gesehen werden.

Die entsprechende Norm verstößt aus diesem Grund aus unserer Sicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

Entsprechendes gilt auch für die gleich lautende aktuelle Regelung des Bundeseltern-geld- und Elternzeitgesetzes (§ 1 Abs. 7 Nr. 3 BEEG) sowie für den Anspruch auf Kindergeld gemäß § 62 Abs. 2 Einkommenssteuergesetz.

<sup>16</sup> Vgl. § 9 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG zur Niederlassungserlaubnis.

<sup>17</sup> BT-Ds. 16/1889, S. 17.

<sup>18</sup> Christian Seiler, Handbuch des Staatsrechts IV, 3. Aufl., § 81 Rnr. 15.

<sup>19</sup> 3. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung 2008, BT-Ds. 16/9915, S. 104.