

Bundessozialgericht  
Entscheidung vom 3.12.2009

Tatbestand

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

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.

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.

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 (AusAnsprG) 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).

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.

§ 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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

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 zwar sei die erteilte Aufenthaltserlaubnis 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.

Der Senat hat die Revision der Klägerin durch Teilurteil vom 3.12.2009 zurückgewiesen, soweit sie die Gewährung von BERzg für die Zeit vom 18.5. bis 10.7.2006 betrifft. Denn er hält es für mit dem GG vereinbar, dass Ausländer, deren Aufenthalt lediglich iS von § 60a AufenthG geduldet ist, nach § 1 Abs. 6 BERzGG 2006 generell keinen Anspruch auf BERzg haben.

### Entscheidungsgründe

Das Verfahren ist, soweit es die Gewährung von BERzg für die Zeit vom 11.7.2006 bis 4.3.2007 betrifft, gemäß Art 100 Abs. 1 GG auszusetzen. Der Senat sieht sich an einer Entscheidung des Rechtsstreits gehindert. Er ist überzeugt, dass die durch das AuslAnsprG in § 1 Abs. 6 BERzGG 2006 erfolgte Neuregelung der Voraussetzungen, nach denen ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer einen Anspruch auf BERzg geltend machen kann, insoweit mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art 3 Abs. 1 GG unvereinbar ist, als danach Ausländer, denen ein Aufenthaltstitel nach § 23 Abs. 1 AufenthG wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG erteilt wurde, nur dann anspruchsberechtigt sind, wenn sie (neben der weiteren Voraussetzung einer gewissen Mindestaufenthaltsdauer iS des § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe a BERzGG 2006) im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig sind, laufende Geldleistungen nach dem SGB III beziehen oder Elternzeit in Anspruch nehmen. Mit dieser Regelung werden Ausländer mit den genannten Aufenthaltstiteln nach Auffassung des Senats schlechter gestellt als Deutsche und vor allem als Ausländer mit anderen Aufenthaltstiteln, ohne dass diese Unterscheidung gerechtfertigt ist. Über die Verfassungswidrigkeit dieser gesetzlichen Bestimmung zu entscheiden, ist nach Art 100 Abs. 1 GG dem BVerfG vorbehalten.

#### A. Entwicklung der für den Rechtsstreit bedeutsamen Vorschriften

Das BERzg wurde durch das Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (BERzGG) vom 6.12.1985 (BGBl I 2154) eingeführt. Es ist eine sozialrechtliche Leistung des Familienlastenausgleichs. Ihre nähere gesetzliche Ausgestaltung hat wiederholt Änderungen erfahren. Was die Höhe anbelangt, so betrug es im hier maßgeblichen Zeitraum - abhängig von der Einkommenssituation der Eltern - entweder 450 Euro pro Monat bei einer Bezugsdauer von einem Jahr (BERzg als sog Budget, vgl § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BERzGG idF vom 9.2.2004 <BGBl I 206>; im Folgenden: BERzGG 2004) oder 300 Euro pro Monat bei einer Bezugsdauer von zwei Jahren (BERzg als sog Regelbetrag, vgl § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BERzGG 2004) .

Die Einführung des BERzg wurde wie folgt begründet (BT-Drucks 10/3792 S 13) : "Erziehungsgeld ermöglicht oder erleichtert es, dass im Anschluss an die Mutterschutzfrist von acht bzw. zwölf Wochen die Mutter oder der Vater ganz oder teilweise - Teilzeitarbeit bis unter 20 Stunden pro Woche ist möglich - auf eine Erwerbstätigkeit verzichten können. Dadurch kann die Mutter weiterhin vorrangig zu Hause bleiben, um sich neben der Betreuung des Kindes gesundheitlich zu regenerieren;

gleichzeitig wird durch die Möglichkeit der Erziehungsleistung für den Vater die Wahlfreiheit der Eltern, wer das Kind betreuen soll, vom Gesetz anerkannt und gefördert. Das Erziehungsgeld stellt insbesondere eine wichtige Hilfe für die junge Familie dar. Mit ihm wird die Erziehungsleistung der Familie anerkannt. Da das Erziehungsgeld ergänzend zu anderen Sozialleistungen gewährt und auf diese nicht angerechnet wird, erleichtert es ... schwangeren Frauen, die sich aus wirtschaftlichen Gründen in einer Konfliktsituation befinden, die Entscheidung für das Kind."

Anlässlich der Verlängerung der Bezugsdauer des BERzg im Jahr 1989 wurde in der Begründung des Gesetzentwurfs ausgeführt (BT-Drucks 11/4509 S 5) : "Mit Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub soll es Eltern ermöglicht oder erleichtert werden, ihre Kinder in der für die spätere Entwicklung entscheidenden ersten Lebensphase selbst zu betreuen ... (Durch die Verlängerung der Bezugsdauer des BERzg) werden die Leistungen für Familien weiter ausgebaut. Dieser Ausbau verbessert nicht nur die Einkommenssituation junger Familien weiter, sondern ist auch ein wichtiger Schritt zur Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Familientätigkeit."

Das BERzg wurde zunächst unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Anspruchstellers gewährt. Voraussetzung war allerdings, dass dieser einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte. Umstritten war, ob und unter welchen Umständen Ausländer, insbesondere Asylbewerber, einen Wohnsitz oder ihren ständigen Aufenthalt in diesem Sinne begründen konnten (vgl BSG SozR 7833 § 1 Nr. 1; SozR 7833 § 1 Nr. 4) . Zuletzt stellte das Bundessozialgericht (BSG) im Rahmen der sog Prognoserechtsprechung darauf ab, ob bei vorausschauender Betrachtungsweise damit zu rechnen sei, dass der ausländische Anspruchsteller dauerhaft in Deutschland bleibe (BSG 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) .

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."

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.

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 AuslG angepasst. Die Vorschrift lautete danach:

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

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

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 Dauer in Deutschland bleiben werden. Das ist allein bei denjenigen der Fall, die im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis sind. Doch auch auf diejenigen, die von ausländischen Arbeitgebern zur vorübergehenden Dienstleistung nach Deutschland entsandt sind und statt einer Aufenthaltsbewilligung eine Aufenthaltserlaubnis erhalten haben, trifft diese Voraussetzung nicht zu. Dasselbe gilt für ihre Ehepartner. Die Regelung entspricht den Regelungen der meisten Länder, bei denen Entsandte im Sozialsystem des Heimatlandes verankert bleiben, so wie Deutsche, die von ihrem Arbeitgeber ins Ausland entsandt sind, und ihre Ehepartner den Anspruch auf BErzg behalten."

Über die Verfassungsmäßigkeit des § 1 Abs. 1a BErzGG 1993 hatte das BVerfG mit Beschluss vom 6.7.2004 - 1 BvR 2515/95 - (BVerfGE 111, 176 = SozR 4-7833 § 1 Nr. 4) zu entscheiden. Es erklärte die Vorschrift für mit Art 3 Abs. 1 GG unvereinbar. Zur Begründung führte es aus: Zwar sei es ein legitimes gesetzgeberisches Ziel, nur denjenigen Ausländern BErzg zukommen lassen zu wollen, von denen erwartet werden könne, dass sie auf Dauer in Deutschland blieben. Der generelle Ausschluss von Ausländern mit Aufenthaltsbefugnis sei jedoch kein geeignetes Abgrenzungskriterium. Allein die formale Art des Aufenthaltstitels eigne sich nicht als Grundlage einer Prognose über die Dauer des

Aufenthalts in Deutschland. Der weitere Zweck des BErzg, Eltern die eigene Betreuung ihrer Kinder durch Verzicht auf eine Erwerbstätigkeit oder durch deren Einschränkung zu ermöglichen, rechtfertige es zwar, Ausländer vom BErzg auszuschließen, die aus Rechtsgründen nicht erwerbstätig sein dürften. Dies treffe jedoch nicht ohne Weiteres auf alle Inhaber von Aufenthaltsbefugnissen zu, da diese nicht schon aufgrund der Art ihres Aufenthaltstitels vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen seien.

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.

§ 1 Abs. 1a BErzGG 1993 war bis zum 31.12.2000 in Kraft. Dann wurde er durch § 1 Abs. 6 Satz 2 Nr. 3 BErzGG idF des Dritten Gesetzes zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes vom 12.10.2000 (BGBl I 1426; im Folgenden: BErzGG 2001) ersetzt. Nach § 1 Abs. 6 Satz 2 Nr. 3 BErzGG 2001 waren auch Inhaber von Aufenthaltsbefugnissen anspruchsberechtigt, bei denen "das Vorliegen der Voraussetzungen des § 51 Abs.. 1 des Ausländergesetzes unanfechtbar festgestellt worden ist". Auf diese Weise wollte der Gesetzgeber die Anspruchsvoraussetzungen für Flüchtlinge klären (vgl BT-Drucks 14/3553 S 12, 15) . Im Übrigen blieben Inhaber von Aufenthaltsbefugnissen weiterhin von einem Anspruch auf BErzg ausgeschlossen.

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:

"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."

Mit Gesetz vom 27.12.2004 (BGBl I 3852) wurde § 1 BErzGG zum 1.1.2005 nochmals modifiziert, ohne allerdings den Abs. 6 zu verändern.

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 AuslAnsprG vom 13.12.2006. 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 des AufenthG wegen eines Krieges in seinem Heimatland oder nach den §§ 23a, 24, 25 Abs.. 3 bis 5 AufenthG erteilt oder
3. eine in Nr.. 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."

Diese Regelung geht auf einen Gesetzentwurf der Bundesregierung zurück, der auf Vorschlag des 13. Ausschusses des Bundestages nur noch in Einzelheiten geändert wurde. Bezogen auf die damit im Entwurf schon im Wesentlichen enthaltenen Leitlinien der Vorschrift heißt es zur Begründung (BT-Drucks 16/1368 S 8) : Nachdem das BVerfG in seinen Beschlüssen vom 6.7.2004 (BVerfGE 111, 160 = SozR 4-5870 § 1 Nr. 1 und BVerfGE 111, 176 ff = SozR 4-7833 § 1 Nr. 4) im Grundsatz die Zielsetzung des Gesetzgebers nicht beanstandet habe, Familienleistungen nur für die ausländischen Staatsangehörigen vorzusehen, die sich voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhalten, werde diese Zielsetzung beibehalten. Es würden aber neue Kriterien dazu aufgestellt, wann davon auszugehen sei, dass sich ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer voraussichtlich dauerhaft in Deutschland aufhalten werde. Bei Ausländern mit einer Aufenthaltserlaubnis werde dies vor allem die Ausübung einer Erwerbstätigkeit bzw der Umstand sein, dass eine Erwerbstätigkeit erlaubt sei oder erlaubt werden könne.

Gemäß Art 6 Satz 2 AuslAnsprG trat die Regelung des § 1 Abs. 6 BErzGG 2006 rückwirkend zum 1.1.2006 in Kraft. Mit § 24 Abs. 3 BErzGG 2006 wurde zudem folgende Übergangsregelung eingeführt:

"§ 1 Abs. 6 in der am 19.12.2006 geltenden Fassung ist in Fällen, in denen eine Entscheidung über den Anspruch auf Erziehungsgeld für einen Bezugszeitraum zwischen dem 27.6.1993 und dem 18.12.2006 noch nicht bestandskräftig geworden ist, anzuwenden, wenn dies für die Erziehungsgeld beantragende Person günstiger ist. In diesem Fall werden die Aufenthaltsgenehmigungen nach dem AuslG den Aufenthaltstiteln nach dem AufenthG entsprechend den Fortgeltungsregelungen in § 101 AufenthG gleichgestellt."

Zum 1.1.2007 wurde das BErzG abgeschafft und stattdessen durch das "Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit" (BEEG) vom 5.12.2006 (BGBl I 2748) das Elterngeld eingeführt (zur grundlegend anderen Konzeption des Elterngeldes vgl BSG, Urteil vom 23.1.2008 - B 10 EG 5/07 R - BSGE 99, 293 = SozR 4-7837 § 27 Nr. 1) . Auch das BEEG enthält allerdings in seinem § 1 Abs. 7 zur Regelung von Ansprüchen nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer eine dem § 1 Abs. 6 BErzGG 2006 entsprechende Vorschrift, die in der jetzt gültigen Fassung vom 5.2.2009 (BGBl I 160) wie folgt lautet:

"(6) 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,
  - d) nach § 104a AufenthG erteilt oder
3. eine in Nr.. 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."

## B. Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage

1. Die prozessrechtlichen Voraussetzungen für eine Sachentscheidung durch das BSG liegen vor. Sprungrevision und kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage gegen den Bescheid vom

18.10.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12.12.2006 sind statthaft und auch im Übrigen zulässig.

Trotz des Umzuges der Klägerin nach B. am 5.3.2007 und des dadurch gemäß § 10 BVerzGG bedingten Wechsels der Zuständigkeit für die Gewährung von BVerzG 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.

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.

Nachdem der Senat über den Anspruch der Klägerin auf BVerzG für die Zeit vom 18.5. bis 10.7.2006 durch Teilurteil vom heutigen Tage entschieden hat, sind im verbleibenden Revisionsverfahren nur noch Leistungen für die Zeit vom 11.7.2006 bis 4.3.2007 streitig.

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

Nach dem hier einschlägigen § 1 BVerzGG 2006 ergibt sich keine Leistungsberechtigung der Klägerin (dazu unter a). Die Anwendung des § 1 Abs. 6 BVerzGG 2006 lässt sich nicht aus verfassungsrechtlichen Erwägungen vermeiden (dazu unter b).

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

aa) Die in § 1 Abs. 1 Satz 1 BErzGG 2006 geregelten (gegenüber den vorangegangenen Fassungen unveränderten) Grundvoraussetzungen für einen Anspruch auf BErzg liegen nach den Tatsachenfeststellungen des SG vor. Danach kann BErzg 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.

Die Klägerin hatte für ihren Sohn A. für dessen etwa erste zehn Lebensmonate sie noch BErzg begehrt, die Personensorge und lebte mit ihm in einem Haushalt zusammen (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BErzGG 2006). Ferner erzog und betreute sie dieses Kind selbst (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BErzGG 2006). Eine Erwerbstätigkeit übte sie in dieser Zeit ebenfalls nicht aus (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BErzGG 2006).

Schließlich hatte die Klägerin damals auch einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, wie es § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BErzGG 2006 verlangt. Zwar schließt diese Vorschrift 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 ein Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt einer Person in Deutschland 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.

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 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).

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 des gewöhnlichen Aufenthalts in Deutschland soll daher nach § 30 SGB I auch von einer Prognose über die Dauer des Aufenthalts einer Person in Deutschland abhängen (vgl hierzu Schlegel, in jurisPK-SGB I, 1. Aufl 2005, RdNr. 55). Dementsprechend hat 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 einer 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 war daher für solche Personen ausgeschlossen, die zwar faktisch ihren Lebensmittelpunkt nach Deutschland verlegt hatten, 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) .

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 Prognosestatbestand 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.

Durch das 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.

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) .

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.

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. In dem hier maßgeblichen Zeitraum lebte sie mit ihrem Kind in der Stadt Br. Sie hat daher erkennbar ihren Lebensmittelpunkt nach Deutschland verlagert und einen Wohnsitz in Deutschland begründet. Ob die Klägerin aus damaliger Sicht auch voraussichtlich dauerhaft hier bleiben würde, ist vorrangig nach § 1 Abs. 6 BErzGG 2006 zu prüfen.

bb) Die Klägerin hat nach § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe c iVm Nr. 3 BErzGG 2006 keinen Anspruch auf BErzg. Zwar ist sie nicht schon allein aufgrund ihres Aufenthaltstitels von einem BErzg-Anspruch ausgeschlossen. Sie erfüllt jedoch nicht beide in § 1 Abs. 6 Nr. 3 BErzGG 2006 für Personen mit einem Aufenthaltstitel nach § 23a Abs. 1 AufenthG aufgestellten zusätzlichen Voraussetzungen. Während sie sich im Sinne von § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe a BErzGG 2006 schon seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhielt, fehlt es an den Tatbestandsmerkmalen des Buchstaben b dieser Vorschrift. Nach den für den Senat bindenden Feststellungen des SG (§ 163 SGG) war die Klägerin im hier streitigen Zeitraum weder erwerbstätig noch bezog sie Leistungen nach dem SGB III noch nahm sie - bei Ruhen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses - Elternzeit in Anspruch.

Soweit die Klägerin die Auffassung vertritt, § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 sei dahingehend auszulegen, dass der dort verwendete Begriff der "Elternzeit" immer schon dann zu bejahen sei, wenn ein Elternteil zu Gunsten der Kindererziehung auf eine Erwerbstätigkeit verzichte, vermag der Senat ihr nicht zu folgen. Der Sache nach spricht sich die Klägerin für eine Definition des Begriffs der Elternzeit im Sinne einer Zeit der Erziehung und Betreuung des Kindes aus, wie sie das BErzg im Grunde ohnehin voraussetzt (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 4 BErzGG 2005). Ein solches Verständnis lässt sich mit dem Gesetzestext, der gesetzlichen Systematik und dem Regelungszweck des § 1 Abs. 6 BErzGG 2006 nicht vereinbaren.

Das "Gesetz zum Erziehungsgeld und zur Elternzeit" (BErzGG in den Fassungen ab 2001) macht schon in seiner Überschrift deutlich, dass das Wort "Elternzeit" ein klar definierter Begriff ("terminus

technicus") ist. Dies wird durch die inhaltliche Ausgestaltung der Vorschriften des BErzGG bestätigt. In seinem Ersten Abschnitt regelt das BErzGG die Voraussetzungen für die Gewährung von BErzg. Wesentlich ist hier - neben Wohnsitzanforderungen und Ausschluss einer vollen Erwerbstätigkeit - die "Erziehung und Betreuung" eines Kindes (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BErzGG 2005) . Der Zweite Abschnitt (§§ 15 ff BErzGG 2005) des BErzGG statuiert demgegenüber die Voraussetzungen der "Elternzeit für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer". Was unter dem Begriff der Elternzeit dabei zu verstehen ist, wird insbesondere durch § 15 BErzGG 2005 bestimmt. Nach Abs. 1 dieser Vorschrift ist - über die Anforderungen des § 1 Abs. 1 BErzGG 2005 hinausgehend - für die Elternzeit notwendige Voraussetzung ein aktuell bestehendes Arbeitsverhältnis (§ 15 Abs. 1 Satz 1 BErzGG 2005 bezieht sich ausdrücklich nur auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer) , welches während der Elternzeit weiterhin Gültigkeit hat und lediglich kraft Gesetzes ruht (vgl hierzu Sievers, in Hambüchen, Kindergeld, Erziehungsgeld, Elternzeit, § 15 BErzGG, Stand August 2006, RdNr. 43 mwN) . Greift nun das BErzGG in einer Vorschrift des ersten Abschnitts (namentlich in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006) den Begriff der Elternzeit auf, den es an anderer Stelle gesetzlich definiert, ist der gewählte Begriff innerhalb des Gesetzes einheitlich zu verstehen. Eine davon abweichende Interpretation setzte sich über den klaren Regelungsgehalt der §§ 1, 5 ff BErzGG 2006 und damit im Ergebnis auch über den Wortlaut des § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 hinweg, der mit dem Begriff der Elternzeit die Ruhendstellung eines Arbeitsverhältnisses zwecks Erziehung und Betreuung eines Kindes bezeichnet.

Im Übrigen machte ein solches Normverständnis die Regelung des § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 weitgehend überflüssig, soweit darin ein In-Anspruch-Nehmen von Elternzeit vorausgesetzt wird. Käme im Rahmen dieser Bestimmung jede Kinderbetreuung und -erziehung unter Verzicht auf Erwerbstätigkeit als Elternzeit in Betracht, wäre diese besondere Anforderung regelmäßig schon durch die Grundvoraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und Nr. 4 BErzGG 2005 erfüllt.

Das von der Klägerin vorgeschlagene Verständnis des Begriffs der Elternzeit kommt daher auch als verfassungskonforme Auslegung nicht in Betracht. Denn es überschreitet unzulässig die Wortlautgrenze und setzt den Regelungszweck des § 1 Abs. 6 BErzGG 2006 außer Kraft. Im Wege der Auslegung darf einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz nicht ein entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der auszulegenden Norm nicht grundlegend neu bestimmt und das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden (vgl BVerfG, Beschluss vom 30.6.1964 - 1 BvL 16/62 ua, BVerfGE 18, 97, 111; Beschluss vom 22.10.1985 - 1 BvL 44/83, BVerfGE 71, 81, 105; vgl auch Dollinger, in Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl 2005, § 80 RdNr. 55) .

b) Das damit gefundene Ergebnis, dass die Klägerin die einschlägigen Voraussetzungen des § 1 Abs. 6 BErzGG 2006 nicht erfüllt, lässt sich nicht dadurch vermeiden, dass die Anwendbarkeit dieser Vor-

schrift aus verfassungsrechtlichen Erwägungen verneint wird.

aa) An der Anwendbarkeit von § 1 Abs. 6 BErzGG 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 BErzGG 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 BErzG auf der Grundlage des § 1 BErzGG 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. Denn sie setzt sich über den begrenzten Entscheidungsumfang und die entsprechend eingeschränkte Gesetzeskraft des Beschlusses des BVerfG vom 6.7.2004 (aaO) hinweg.

Das BVerfG hat in dem zitierten Beschluss dem Gesetzgeber zwar in der Tat aufgegeben, die verfassungswidrige Norm bis zum 1.1.2006 durch eine Neuregelung zu ersetzen, und hat für den Fall der nicht fristgerechten Umsetzung die Anwendung des bis zum 26.6.1993 geltenden Rechts auf die noch offenen Fälle angeordnet. Diese Sanktion betrifft aber nur die Fälle, die der für verfassungswidrig erklärten Regelung unterliegen. Die gemäß § 31 Abs. 2 BVerfGG mit Gesetzeskraft versehene Entscheidungsformel des Beschlusses lautet - soweit hier von Interesse - wie folgt:

1. § 1 Absatz 1a Satz 1 BErzGG idF (...) vom 23.6.1993 (...) war mit Art 3 Abs. 1 GG unvereinbar.

2. Ersetzt der Gesetzgeber die verfassungswidrige Regelung nicht bis zum 1.1.2006 durch eine Neuregelung, ist auf noch nicht abgeschlossene Verfahren das bis zum 26.6.1993 geltende Recht anzuwenden."

Unter Nr. 1 des Tenors wird also die Unvereinbarkeitserklärung auf eine ganz bestimmte Fassung des § 1 Abs. 1a Satz 1 BErzGG bezogen, nämlich auf diejenige vom 23.6.1993, die am 27.6.1993 in Kraft getreten ist. Daher sind "noch nicht abgeschlossene Verfahren" im Sinne der Nr. 2 des Tenors allein solche, in denen Erziehungsgeldansprüche nach eben dieser Vorschrift des § 1 Abs. 1a Satz 1 BErzGG 1993 zu beurteilen sind. Die Sanktion betrifft dagegen nicht diejenigen Fälle, in denen spätere Fassungen des BErzGG zur Anwendung kommen. Das ergibt sich im Übrigen nicht nur aus dem Inhalt des Tenors. Vielmehr folgt dies ausdrücklich auch aus den Entscheidungsgründen.

Das BVerfG hat darin (BVerfGE 111, 176, 190 = SozR 4-7833 § 1 Nr. 4 RdNr. 41) ausgeführt, dass § 1 Abs. 6 Satz 2 Nr. 3 BErzGG in den Fassungen des Dritten Gesetzes zur Änderung des BErzGG vom

12.10.2000 sowie des Zuwanderungsgesetzes vom 30.7.2004 nicht in die Unvereinbarkeitserklärung einzubeziehen gewesen seien, weil diese Regelungen den Kreis der Berechtigten weiter gefasst hätten als die angegriffene Vorschrift. Es hat daher über diese Nachfolgeregelungen nicht selbst entschieden, sondern die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit insoweit dem Gesetzgeber überlassen. Die damit ausdrücklich nur für § 1 Abs. 1a Satz 1 BErzGG 1993 geltende Sanktion des BVerfG kann das BSG nicht in eigener Zuständigkeit auf § 1 Abs. 6 BErzGG 2006 übertragen. Dies fällt ausschließlich in die Kompetenz des BVerfG im Rahmen der ihm obliegenden verfassungsrechtlichen Prüfung (wie hier auch das Landessozialgericht <LSG> Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 19.6.2009 - L 13 EG 4/09 - juris RdNr. 34 ff; vgl entsprechend auch der Bundesfinanzhof <BFH> zur gleich gelagerten Problematik im Kindergeldrecht, Urteil vom 22.11.2007 - III R 54/02 - BFHE 220, 45 ff) . Auch das BVerfG könnte im Übrigen - von einstweiligen Regelungen abgesehen - nicht die Anwendung von Normen untersagen, die es nicht für verfassungswidrig erklärt hat (vgl dazu allgemein M. Graßhof in Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl 2005, § 78 RdNr. 76 ff) .

bb) In der Rechtsprechung wird vereinzelt die Auffassung vertreten, mit § 24 Abs. 3 BErzGG 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 BErzGG 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 BErzGG 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) .

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) . Wie bereits ausgeführt, ist die Sanktionsanordnung des BVerfG unter 2. des Beschlusstextes nur maßgeblich für Fälle, auf welche die mit Art 3 Abs. 1 GG für unvereinbar erklärte Vorschrift des § 1 Abs. 1a Satz 2 BErzGG 1993 Anwendung gefunden hätte, im Übrigen, also bei Geltung der zeitlich nachfolgenden Fassungen des BErzGG, dagegen nicht. Abgesehen davon, dass § 24 Abs. 3 BErzGG 2006 im vorliegenden Fall schon deshalb nicht zur Anwendung kommt, weil der streitige Leistungszeitraum unmittelbar von dem rückwirkend in Kraft getretenen § 1 Abs. 6 BErzGG 2006 erfasst wird, lässt sich die genannte Ansicht darüber hinaus mit Wortlaut, Systematik und Regelungszweck des § 24 Abs. 3 BErzGG 2006 offenkundig nicht vereinbaren.

Dem dieser Rechtsprechung zugrunde liegenden Verständnis von § 24 Abs. 3 BErzGG 2006 steht vor allem der klare Wortlaut der Vorschrift entgegen. Nach § 24 Abs. 3 Satz 1 BErzGG 2006 ist § 1 Abs. 6 BErzGG 2006 in solchen Fällen anzuwenden, in denen eine Entscheidung über den Anspruch auf BErzG für einen Bezugszeitraum zwischen dem 27.6.1993 und dem 18.12.2006 noch nicht bestandskräftig geworden ist, wenn dies für die BErzG beantragende Person günstiger ist. Eine entsprechende

Auslegung in dem dargestellten Sinne liefe im Ergebnis auf einen Günstigkeitsvergleich der bis zum 26.6.1993 gültigen Regelung mit § 1 Abs. 6 BErzGG 2006 hinaus. Hätte der Gesetzgeber einen solchen Normenvergleich gewollt, hätte er dies im Wortlaut durch deutliche Angabe des § 1 BErzGG in der bis zum 26.6.1993 geltenden Fassung zum Ausdruck gebracht und bringen müssen. Dies ist jedoch nicht geschehen. Dennoch einen vollständig anderen Vergleichsmaßstab in den Text der Vorschrift hineinzulesen (also anstelle des tatsächlichen Wortlauts: "§ 1 Abs. 6 in der am 19.12.2006 geltenden Fassung ist ... <in noch nicht abgeschlossenen Fällen> anzuwenden, wenn dies für die BErzg beantragende Person günstiger ist" etwa den Inhalt anzunehmen: " ... wenn dies gegenüber der bis zum 26.6.1993 geltenden Rechtslage günstiger ist; anderenfalls ist § 1 BErzGG in der bis zum 26.6.1993 geltenden Fassung anzuwenden") , überschreitet die Grenzen einer möglichen Wortlautinterpretation. Es würde eine andere Norm an die Stelle der erlassenen gesetzt.

Auch die gesetzliche Systematik, in der § 24 Abs. 3 BErzGG 2006 steht, spricht gegen diese Auslegung. § 24 BErzGG statuiert allgemein Ausnahmefälle von dem Grundsatz, dass die im Anspruchszeitraum geltende Fassung die maßgebliche ist. Dies gilt sowohl für die Absätze 1 und 2 als auch für § 24 Abs. 3 BErzGG 2006. Dass hier stattdessen auf eine noch frühere Fassung zurückgegriffen werden soll, wäre eine nicht erklärbare Abweichung vom Regelungskonzept des § 24 BErzGG.

Schließlich ist auch der Regelungszweck des § 24 Abs. 3 BErzGG 2006 eindeutig ein anderer. Der Gesetzgeber hat offenkundig die Notwendigkeit gesehen, für diejenigen Fälle, auf die § 1 BErzGG in der bis zum 26.6.1993 gültigen Fassung gerade keine Anwendung finden konnte, eine Übergangsregelung zu schaffen. Er hatte die Verfassungswidrigkeit der - auch nach der Entscheidung des BVerfG noch bestehenden - Nachfolgeregelungen ausdrücklich erkannt (vgl BT-Drucks 16/1368 S 1: "Die Rechtsgedanken aus den genannten Beschlüssen des BVerfG treffen auch auf spätere, inhaltlich im Wesentlichen gleich lautende Fassungen des (...) Bundeserziehungsgeldgesetzes (...) zu") . Dem § 24 Abs. 3 BErzGG 2006 kommt daher der Sinn und Zweck zu, den Überprüfungsauftrag des BVerfG bezogen auf die vom BVerfG nicht für mit der Verfassung unvereinbar erklärten Nachfolgeregelungen zu erfüllen und eine aus Sicht des Gesetzgebers verfassungsmäßige Neuregelung der Erziehungsgeldberechtigung von Ausländern, nämlich § 1 Abs. 6 BErzGG 2006, rückwirkend auf alle noch nicht bestandskräftig entschiedenen Fälle anwendbar zu machen, soweit dies für den Betroffenen gegenüber der eigentlich maßgeblichen Regelung günstiger ist (so zu Recht auch das LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 19.6.2009 - L 13 EG 4/09 - juris RdNr. 39) .

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 24 Abs. 3 BErzGG 2006. Darin wird in Bezug auf Art 3 AuslAnsprG, der die Neuregelungen im BErzGG insgesamt vornimmt, ausgeführt (BT-Drucks 16/1368 S 10): "Erweist sich im Einzelfall die Anordnung des BVerfG (...) als anwendbar, ist das bis zum 26.6.1993 geltende Recht anzuwenden, wenn es günstiger ist". Damit wird offengelegt, dass letztlich nur in den Einzelfällen, in denen die Entscheidung des BVerfG unmittelbar gilt, ein Günstigkeitsvergleich zwischen § 1 Abs. 6 BErzGG und der bis zum

26.6.1993 gültigen Gesetzesfassung für einschlägig erachtet wird. Speziell zur Einführung von § 24 Abs. 3 BErzGG 2006 heißt es in der Begründung lediglich, durch diese Regelung werde der Umgang mit den noch nicht entschiedenen offenen Fällen geregelt. Dass in all den Fällen, in denen sich aus § 1 Abs. 6 BErzGG 2006 kein Leistungsanspruch ergibt, auf die Fassung des bis zum 26.6.1993 geltenden § 1 BErzGG zurückgegriffen werden solle, ist in diesem Zusammenhang gerade nicht zum Ausdruck gebracht worden.

Im Übrigen entbehrte der in § 24 Abs. 3 BErzGG 2006 angeordnete Günstigkeitsvergleich nach der Interpretation des SG Düsseldorf (aaO) jeder praktischen Relevanz. Denn § 1 Abs. 6 BErzGG 2006 ist gegenüber der Vorschrift des § 1 BErzGG in der bis zum 26.6.1993 geltenden Fassung, nach welcher alle Ausländer mit einem wirksamen Aufenthaltstitel BErzg beanspruchen konnten, unter keinem Gesichtspunkt die günstigere Vorschrift. § 24 Abs. 3 BErzGG 2006 liefe damit auf eine Anordnung der Fortgeltung des alten Rechts hinaus.

Nach alledem lässt sich das insoweit vom SG Düsseldorf (aaO) vertretene Normverständnis zu § 24 Abs. 3 BErzGG 2006 auch nicht im Wege einer verfassungskonformen Auslegung erreichen (ebenso LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 19.6.2009 - L 13 EG 4/09 - juris RdNr. 26 ff) . Denn eine verfassungskonforme Auslegung findet dort ihre Grenzen, wo sie dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers widerspricht.

cc) Nach einer weiteren Auffassung ist dann, wenn aus § 1 Abs. 6 BErzGG 2006 ein Leistungsanspruch nicht resultiert, weil der BErzg beantragende Ausländer nicht die Voraussetzungen von Nr. 3 Buchstabe b der Vorschrift erfüllt, ein verfassungskonform ausgelegter § 1 Abs. 6 BErzGG 2005 als die iS des § 24 Abs. 3 BErzGG 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 BErzGG 2006 nicht einschlägig ist. Im Übrigen teilt sie der Senat nicht. § 1 Abs. 6 BErzGG 2005 lässt eine verfassungskonforme Auslegung unter Einbeziehung auch von Personen mit Aufenthaltserlaubnissen wie die der Klägerin nicht zu.

Das SG Aachen (aaO, RdNr. 21) hat die von ihm vorgenommene verfassungskonforme Auslegung des § 1 Abs. 6 BErzGG 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 BErzGG 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. Sie setzt sich in Widerspruch sowohl zur Entscheidung des BVerfG vom 6.7.2004 (aaO) als auch zum Regelungszweck des § 24 Abs. 3 BErzGG 2006.

§ 1 Abs. 6 BErzGG 2005 knüpft den BErzG-Anspruch nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer allein an das Vorhandensein bestimmter, konkret benannter Aufenthaltstitel. Soweit ein Aufenthaltstitel nicht in dieser Vorschrift aufgeführt wurde (wie etwa Aufenthaltserlaubnisse nach § 23a Abs. 1 AufenthG), kam ein Erziehungsgeldanspruch für den Inhaber eines solchen Titels von vornherein nicht in Betracht. Damit begegnete § 1 Abs. 6 BErzGG 2005 - wie der Gesetzgeber selbst erkannt hat - den gleichen verfassungsrechtlichen Bedenken wie § 1 Abs. 1a BErzGG 1993. Auch dort waren nur zwei der drei damals möglichen Aufenthaltstitel als zur Leistung berechtigend im Gesetz erwähnt worden. Aufenthaltserlaubnisse als nicht im Gesetz aufgeführte Titel konnten mithin einen Leistungsanspruch von vornherein nicht auslösen. Das BVerfG hat die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 1 Abs. 1a BErzGG 1993 dahingehend, dass auch die nicht erwähnten Titel einen Anspruch auf BErzG begründen könnten, nicht einmal in Betracht gezogen. Ein solches Vorgehen hätte im Ergebnis bedeutet, eine Vorschrift, die bewusst bestimmte Aufenthaltstitel ausklammert, geradezu entgegen ihrem Regelungszweck so zu interpretieren, dass auch diese Aufenthaltstitel einbezogen sind. Dementsprechend kommt auch für § 1 Abs. 6 BErzGG 2005 eine solche Auslegung nicht in Betracht. Da auch dort bestimmte Aufenthaltstitel bewusst keine Erwähnung gefunden haben, setzt sich eine Auslegung der Vorschrift dahin, dass gleichwohl auch diese Aufenthaltstitel einen Erziehungsgeldanspruch begründen, ebenfalls über den eindeutigen Wortlaut sowie den Regelungszweck der Vorschrift hinweg und überschreitet damit weit die Grenzen einer zulässigen verfassungskonformen Auslegung (vgl. dazu auch LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 19.6.2009 - L 13 EG 4/09 - juris RdNr. 26 ff, 32).

Überdies lässt eine solche Rechtsauffassung den mit § 24 Abs. 3 BErzGG verfolgten Regelungszweck außer Acht, die früheren - vom Gesetzgeber selbst als verfassungswidrig erkannten - Vorgängervorschriften durch § 1 Abs. 6 BErzGG 2006 zu ersetzen, soweit dies nicht eine Verschlechterung für den Antragsteller mit sich bringt. Stattdessen die frühere verfassungswidrige Norm umzuinterpretieren, stellt eine Umgehung dieser Ersetzungsfunktion dar.

3. Im Falle einer Verfassungswidrigkeit des § 1 Abs. 6 BErzGG 2006 müsste der Senat anders entscheiden.

Das BVerfG hat klargestellt, dass es für die Entscheidungserheblichkeit in den Fällen, in denen das vorlegende Gericht die Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit eines formellen Gesetzes auf eine Verletzung der in Art 3 Abs. 1 GG verbürgten Grundrechte stützt, ausreicht, dass die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Norm dem Grundrechtsträger die Chance offenhält, eine für ihn günstigere Regelung durch den Gesetzgeber zu erreichen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 31.1.1996 - 2 BvL 39, 40/93 - BVerfGE 93, 386, 395; vgl. hierzu auch Dollinger, in Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG,

2. Aufl 2005, § 80 RdNr. 66) . Eine andere Entscheidung des vorliegenden 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, Urteil 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.

Vorliegend würde eine Feststellung der Verfassungswidrigkeit des § 1 Abs. 6 BERzGG 2006 durch das BVerfG gewährleisten, dass eine Neuregelung der Voraussetzungen erfolgen müsste, unter denen nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer mit einem Aufenthaltstitel nach § 23 Abs. 1 AufenthG wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG BERzg beanspruchen können. Es ist nicht auszuschließen, dass die Neuregelung für die Klägerin, die von den Tatbestandsmerkmalen der jetzigen Fassung nachteilig betroffen ist, günstiger als § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe c iVm Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 sein könnte. Insbesondere dann, wenn der Gesetzgeber aus Gründen einer möglichst einfachen Handhabung der Norm beschließen sollte, auf das Kriterium der Arbeitsmarktintegration ganz zu verzichten, käme für die Klägerin, die sich nach den Feststellungen des SG seit mehr als drei Jahren gestattet bzw geduldet im Bundesgebiet aufhielt, zu einer Erwerbstätigkeit berechtigt war und auch die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 BERzGG 2006 erfüllt, ein Anspruch auf BERzg für den hier maßgeblichen Zeitraum in Betracht.

### C. Verfassungswidrigkeit der vorgelegten Norm

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

a) In der sozialgerichtlichen Rechtsprechung wird die Frage, ob das AuslAnsprG eine Neuregelung des § 1 Abs. 6 BERzGG gebracht hat, die den durch das BVerfG in seiner Entscheidung vom 6.7.2004 - 1 BvR 2515/95 - (BVerfGE 111, 176 = SozR 4-7833 § 1 Nr. 4) aufgestellten Vorgaben entspricht, überwiegend bejaht (vgl LSG Nordrhein-Westfalen, Urteile vom 27.2.2009 - L 13 EG 25/08 - und - L 13 EG 42/08 - beide veröffentlicht in juris - derzeit beide beim BSG anhängig unter den Az B 10 EG 8/09 R und B 10 EG 10/09 R; sowie Urteile vom 19.6.2009 - L 13 EG 4/09 - und - L 13 EG 20/08 - beide veröffentlicht in juris, beide derzeit anhängig beim BSG unter den Az B 10 EG 13/09 R und B 10 EG 15/09 R; vgl weiter das LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 23.8.2007 - L 8 EG 12/06 - veröffentlicht in juris; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 10.7.2007 - L 11 EL 2361/07 - veröffentlicht in juris) . Vor allem das LSG Nordrhein-Westfalen hat sich dabei mit der Verfassungsmäßigkeit des § 1 Abs. 6 Nr. 3 BERzGG 2006, insbesondere der dort aufgestellten Voraussetzungen für einen

BERzg-Anspruch von nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern, die eine Aufenthaltserlaubnis nach den § 23 Abs. 1, §§ 23a, 24 oder 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG haben, eingehend befasst. Nach seiner Auffassung begegnet § 1 Abs. 6 Nr. 3 BERzGG 2006 keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

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

b) Auch die Finanzgerichte haben die engen Leistungsvoraussetzungen für Ausländer mit Aufenthaltserlaubnissen nach den § 23 Abs. 1, §§ 23a, 24 oder 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG verfassungsrechtlich geprüft, und zwar bezogen auf eine entsprechende tatbestandliche Begrenzung im Kindergeldrecht. Nachdem das BVerfG am 6.7.2004 nicht nur § 1 Abs. 1a Satz 1 BERzGG 1993 (Az 1 BvR 2515/95 - BVerfGE 111, 176 = SozR 4-7833 § 1 Nr. 4) , sondern entsprechend auch § 1 Abs. 3 Bundeskindergeldgesetz idF vom 21.12.1993 (Az 1 BvL 4/97 ua - BVerfGE 111, 160 = SozR 4-5870 § 1 Nr. 1) für mit Art 3 Abs. 1 GG unvereinbar erklärt hatte, findet sich nunmehr - durch Art 2 des AuslAnsprG neu geregelt - auch für das Kindergeldrecht in § 62 Abs. 2 Einkommensteuergesetz (im Folgenden: EStG 2006) eine dem § 1 Abs. 6 BERzGG 2006 entsprechende Vorschrift.

Der BFH hält die Regelung des § 62 Abs. 2 EStG 2006 (also die § 1 Abs. 6 BERzGG 2006 entsprechende Vorschrift) für verfassungsrechtlich unbedenklich, und zwar nicht nur, soweit dadurch geduldete Ausländer ohne Aufenthaltstitel von einem Leistungsanspruch von vornherein ausgeschlossen werden (vgl hierzu die Entscheidung des BFH vom 15.3.2007 - III R 93/03 - BFHE 217, 443) . Vielmehr hat er in weiteren Entscheidungen auch in Bezug auf Ausländer mit Aufenthaltstiteln nach § 23 Abs. 1, §§ 23a, 24 oder 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG die Auffassung vertreten, dass § 62 Abs. 2 Nr. 3 Buchstabe b EStG 2006 keinen verfassungsrechtlichen Bedenken mit Blick darauf begegne, dass der Gesetzgeber für die Prognose über einen voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt "auf die Integration von Ausländern in den deutschen Arbeitsmarkt" abstelle. Mit diesem Kriterium sei der Gesetzgeber

den Vorgaben des BVerfG in seiner Rechtsprechung vom 6.7.2004 (aaO) nachgekommen. Der Gesetzgeber habe verfassungskonform und im Rahmen des ihm zustehenden Gestaltungsspielraums gehandelt, soweit er typisierend einen Daueraufenthalt erst bei einem mindestens dreijährigen Aufenthalt im Bundesgebiet und bei Integration in den Arbeitsmarkt unterstelle (vgl zB Urteile des BFH vom 22.11.2007 - III R 60/99 -, BFHE 220, 39 und - III R 54/02 - BFHE 220, 45) .

Von den Finanzgerichten wird die Auffassung des BFH teilweise geteilt (vgl zB das FG Düsseldorf, Urteil vom 23.1.2007 - 10 K 3095/06 Kg - juris) . Vor allem das FG Köln ist jedoch von einer Verfassungswidrigkeit der fraglichen Vorschrift ausgegangen. Es hatte mit Beschluss vom 9.5.2007 die Frage, ob § 62 Abs. 2 Nr. 3 Buchstabe b EStG 2006 "insoweit mit dem GG vereinbar ist, als die Gewährung von Kindergeld im Falle eines gestatteten oder geduldeten Aufenthalts aus humanitären Gründen von über drei Jahren noch von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig gemacht wird" gemäß Art 100 Abs. 1 GG dem BVerfG zur Entscheidung vorgelegt (Az 10 K 1690/07, juris) . Darin hieß es: Es werde in § 62 Abs. 2 Nr. 3 Buchstabe b EStG 2006 erneut vor allem an die Art des Aufenthaltstitels angeknüpft, ohne dass dies durch sachliche Gründe gerechtfertigt sei. Im Gegenteil sei festzustellen, dass die Gründe, die etwa für einen Aufenthaltstitel nach § 23 Abs. 1, §§ 23a, 24 oder 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG maßgeblich seien, nicht typischerweise nur vorübergehender Natur seien. Der Gesetzgeber berücksichtige nicht, dass ein Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit und trotz des Bezugs von Hilfe zum Lebensunterhalt gerade beim Vorhandensein von Kindern so sehr verfestigt sein könne, dass ohne Weiteres von einem Daueraufenthalt auszugehen sei. Jedenfalls wenn sich der solchermaßen gestattete Aufenthalt im Inland auf einen Zeitraum von drei oder mehr Jahren erstrecke, müsse gerade beim Vorhandensein von Kindern davon ausgegangen werden, dass der betreffende Ausländer nicht abgeschoben werden könne. Ausländer, die sich - zumindest faktisch - mehr als drei Jahre legal im Inland aufhielten, vom Anspruch auf Kindergeld auszuschließen, sei eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung. Denn aufgrund der mit einzubeziehenden Wertungen der Art 6 Abs. 1 und Art 20 Abs. 1 GG sei - unabhängig von der Art des Aufenthaltstitels - zu berücksichtigen, dass diese Ausländer in gleicher Weise wie Deutsche und wie Ausländer mit hinreichendem Aufenthaltstitel durch die persönlichen und finanziellen Aufwendungen bei der Kindererziehung belastet seien.

Diese Vorlage ist vom BVerfG durch Beschluss vom 6.11.2009 (Az 2 BvL 4/07, juris) als unzulässig verworfen worden. Das BVerfG hat ua hinreichende Ausführungen zur Verfassungswidrigkeit der vorgelegten Norm vermisst. Das FG gebe zB nicht an, auf welcher Tatsachengrundlage es zu dem Ergebnis gelangt sei, dass dann, wenn sich der gestattete oder geduldete Aufenthalt im Inland auf einen Zeitraum von drei oder mehr Jahren erstrecke und Kinder "vorhanden" seien, davon auszugehen sei, dass der Betreffende faktisch auf unbestimmte Zeit nicht abgeschoben werden könne.

c) In der Literatur wird die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit von § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 (bzw entsprechend von den vergleichbaren Regelungen des Kindergeldrechts) kaum angesprochen. Wo sie thematisiert wird, werden Zweifel an der Vereinbarkeit des § 1 Abs. 6 Nr. 3

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

2. Der vorliegende Senat ist von der Verfassungswidrigkeit des § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe c iVm Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 überzeugt. Diese durch Art 3 AuslAnsprG vom 13.12.2006 eingeführte Vorschrift ist mit Art 3 Abs. 1 GG unvereinbar. Denn sie behandelt Ausländer, die ein Aufenthaltsrecht nach § 23 Abs. 1 AufenthG wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG haben, anders als Deutsche und vor allem auch als Ausländer mit anderen Aufenthaltstiteln, ohne dass dies verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann.

a) Der allgemeine Gleichheitssatz gemäß Art 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleichzubehandeln. 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 (BVerfGE 111, 160, 170 = SozR 4-5870 § 1 Nr. 1 RdNr. 46) .

b) Ausgangspunkt des § 1 Abs. 6 BErzGG 2006 ist es, dass ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer nur einen Leistungsanspruch hat, wenn er eine Niederlassungserlaubnis, also einen nach dem AufenthG unbefristet erteilten und immer auch zur Erwerbstätigkeit berechtigenden Aufenthaltstitel besitzt (vgl § 9 AufenthG) oder aber stattdessen Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis ist, die zur Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat.

Diesen Grundsatz, dass jeder (ehemals) zur Arbeit berechtigte Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis auch Anspruch auf BErzg haben soll, hat der Gesetzgeber für konkret benannte Fallkonstellationen (vgl § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstaben a bis c, letzterer iVm Nr. 3 BErzGG 2006) wieder eingeschränkt. Durch § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstaben a und b BErzGG 2006 gänzlich ausgeschlossen sind Ausländer mit Aufenthaltstiteln zum Studium bzw zur Ausbildung (§§ 16, 17 AufenthG) sowie Ausländer, die eine Arbeitsberechtigung aufgrund der Gegebenheiten des deutschen Arbeitsmarktes von vornherein nur vorübergehend erhalten haben (§ 18 Abs. 2 AufenthG) . Ob diese Einschränkungen mit der Verfassung in Einklang stehen, ist im vorliegenden Fall nicht relevant.

Nach dem hier einschlägigen § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe c iVm Nr. 3 BErzGG 2006 hat der Gesetzgeber für Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG zusätzliche, über die bloße (frühere) Berechtigung zur Erwerbstätigkeit hinausgehende Anforderungen gestellt. Ist ein Ausländer Inhaber eines Titels nach einer der dort genannten aufenthaltsrechtlichen Vorschriften, hat er einen Erziehungsgeldanspruch nach dem BErzGG nur dann, wenn er sich - erstens - seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält (§ 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe a BErzGG 2006) und er zusätzlich - zweitens - im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem SGB III bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt (§ 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006) .

Durch § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe c iVm Nr. 3 BErzGG 2006 werden also Ausländer mit Aufenthaltstiteln nach § 23 Abs. 1 AufenthG wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG schlechter gestellt nicht nur als Deutsche, sondern vor allem als Ausländer mit Aufenthaltstiteln zu anderen als den dort geregelten völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Zwecken. Während grundsätzlich neben einem Aufenthaltstitel lediglich die aktuelle oder frühere Erlaubnis zur Erwerbstätigkeit hinreichende Voraussetzung für den Bezug von BErzg ist, haben Ausländer mit einem der in § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe c BErzGG 2006 genannten Aufenthaltstitel nur unter erheblichen zusätzlichen Voraussetzungen einen Anspruch auf BErzg. Benachteiligt sind dabei insbesondere Ausländer, die - wie die Klägerin - diese weiteren Anforderungen nicht erfüllen.

c) Diese Ungleichbehandlung ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

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

Das erziehungsgeldspezifische Differenzierungsziel vermag die Regelung des § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 von vornherein nicht zu rechtfertigen, weil diese Vorschrift gerade zusätzliche, über die Erlaubnis zur Erwerbstätigkeit hinausgehende Anforderungen stellt. In Betracht kommt daher von vornherein nur eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung im Hinblick auf das zweite Differenzierungsziel eines voraussichtlichen Daueraufenthalts.

Gerade auf dieses zweite Differenzierungsziel hat der Gesetzgeber bei Fassung des § 1 Abs. 6 BErzGG 2006 offenbar wesentlich abgestellt. In der Begründung des Gesetzentwurfs, der zwar noch nicht vollständig, wohl aber im wesentlichen Ansatz der endgültigen Gesetzesfassung entspricht, wird insoweit ausgeführt: Das BVerfG habe in seinen Beschlüssen vom 6.7.2004 (BVerfGE 111, 160 = SozR 4-5870 § 1 Nr. 1 und BVerfGE 111, 176 = SozR 4-7833 § 1 Nr. 4) im Grundsatz die Zielsetzung des Gesetzgebers, Familienleistungen nur für die ausländischen Staatsangehörigen vorzusehen, die sich voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhielten, nicht beanstandet, sondern lediglich die Eignung der damaligen gesetzlichen Regelung zur Erreichung dieses Ziels. Die Zielsetzung der vom BVerfG beanstandeten Regelung werde daher unverändert beibehalten (BT-Drucks 16/1368 S 8) . Von einem voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt in Deutschland könne vor allem bei Personen ausgegangen werden, die über eine (unbefristete) Niederlassungserlaubnis verfügten. Da nach Inkrafttreten des AufenthG grundsätzlich jede Aufenthaltserlaubnis einer Verfestigung zugänglich sei, müsse bei Personen, die über eine Aufenthaltserlaubnis verfügten, ein weiteres Indiz hinzukommen, das einen voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt in Deutschland plausibel erscheinen lasse. Dieses werde vor allem die Ausübung einer Erwerbstätigkeit bzw der Umstand sein, dass eine Erwerbstätigkeit erlaubt sei oder erlaubt werden könne. Auch bei ausländischen Staatsangehörigen, die nicht von

Gesetzes wegen einer Erwerbstätigkeit nachgehen dürften, seien die Ausübung einer Beschäftigung bzw die Integration in den deutschen Arbeitsmarkt ein Indikator für einen dauernden Verbleib in Deutschland (BT-Drucks, aaO).

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

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

bb) Nach Überzeugung des Senats stellt auch § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe c iVm Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 keine geeigneten Abgrenzungskriterien auf; der Kreis der voraussichtlich dauerhaft in Deutschland bleibenden Personen wird durch die dort vorgesehenen Anforderungen nicht sachgerecht bestimmt.

aaa) Grundsätzlich ist es nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber bei Aufenthaltstiteln, die ihrer Art nach nicht für einen Daueraufenthalt bestimmt sind, mehr verlangt als die bloße (frühere) Berechtigung zur Erwerbstätigkeit. Es kann auch davon ausgegangen werden, dass die in § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe c BErzGG 2006 aufgeführten Titel im Prinzip nur einen vorübergehenden Charakter haben (so die Argumentation des Staatssekretärs Hoofe in seiner Anhörung im Rahmen der 19. Sitzung des federführenden Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Protokoll Nr. 16/19, S 36; in diesem Sinne auch das BSG, Urteil vom 16.12.2008 - B 4 AS 40/07 R - juris RdNr. 22 ff ). Dass der Aufenthalt von Ausländern, die aus bestimmten humanitären, völkerrechtlichen oder politischen Gründen eingereist sind, zunächst auf Zeit konzipiert ist, ergibt sich teilweise schon aus den Über-

schriften der Paragraphen (vgl etwa § 24 AufenthG "Aufenthaltsgewährung zum vorübergehenden Schutz"). Insbesondere aber die Regelung des § 26 Abs. 2 AufenthG über die "Dauer des Aufenthalts" macht deutlich, dass der Aufenthalt nach dem 5. Abschnitt des AufenthG vom Grundsatz des nur temporären Schutzes ausgeht (vgl Storr, in Storr/Wenger/Eberle/Albrecht/Harms, Kommentar zum Zuwanderungsrecht, 2. Aufl 2008, § 26 RdNr. 4). Danach darf eine Aufenthaltserlaubnis nach dem 5. Abschnitt (§§ 22 bis 26 AufenthG) nicht verlängert werden, wenn das Ausreisehindernis oder die sonstigen einer Aufenthaltsbeendigung entgegenstehenden Gründe entfallen sind. Da auch die anderen im 5. Abschnitt vorgesehenen, aber von § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe c BERzGG 2006 nicht erfassten Aufenthaltstitel grundsätzlich derselben Verlängerungsbeschränkung unterliegen, ist allerdings nicht ohne Weiteres ersichtlich, warum die Inhaber solcher Titel nicht die besonderen Voraussetzungen des § 1 Abs. 6 Nr. 3 BERzGG 2006 erfüllen müssen. Entsprechendes gilt für Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 30 Abs. 2 AufenthG, deren Ehegatte als Student einen Titel nach § 16 AufenthG besitzt und daher selbst unter die Ausschlussregelung des § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe a BERzGG 2006 fällt.

bbb) Der Senat sieht keine Veranlassung, der Frage, ob bereits in der Auswahl der in § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe c BERzGG 2006 aufgeführten Aufenthaltserlaubnisse ein Verstoß gegen Art 3 Abs. 1 GG liegt, weiter nachzugehen. Denn § 1 Abs. 6 BERzGG 2006 ist schon aus anderen Gründen als verfassungswidrig anzusehen. Die Nr. 3 dieser Vorschrift enthält nämlich nicht nur sachgerechte Differenzierungskriterien.

Es begegnet allerdings aus Sicht des Senats grundsätzlich keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass der Gesetzgeber nach § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe a BERzGG 2006 bei Ausländern, deren Aufenthaltserlaubnis von sich aus nicht auf Dauer angelegt ist, eine gewisse Aufenthaltsdauer (mindestens drei Jahre rechtmäßigen, gestatteten oder geduldeten Aufenthalt in Deutschland) als zusätzliche Voraussetzung für den Bezug von BERzg verlangt. Die Dauer des bisherigen Aufenthalts ist ein geeignetes Kriterium, um eine Prognose über die voraussichtliche weitere Aufenthaltsdauer zu treffen. Sind die als nur vorübergehend konzipierten Aufenthaltsgründe innerhalb von drei Jahren nicht entfallen, hat sich nämlich die Prognosegrundlage zugunsten der betreffenden Person geändert. Die Wahrscheinlichkeit, dass das Bleiberecht längerfristig bestehen wird, hat sich deutlich erhöht. Der Zeitraum von drei Jahren erscheint dabei als eine angemessene Richtschnur, da eine Aufenthaltserlaubnis nach dem 5. Abschnitt für jeweils längstens drei Jahre erteilt und verlängert werden kann (vgl § 26 Abs. 1 AufenthG).

Hingegen sind nach Überzeugung des Senats die in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 verlangten weiteren Merkmale betreffend die Arbeitsmarktsituation des Antragstellers nicht geeignet, Personen mit einer günstigen Aufenthaltsprognose von solchen mit einer ungünstigen sachgerecht abzugrenzen. Zwar kann die Integration in den Arbeitsmarkt ein wesentlicher Faktor für eine Dauer- aufenthaltsprognose sein (so zu Recht das LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 27.2.2009 - L 13 EG

25/08 - juris RdNr. 38; diesen Gedanken hat sich auch das BVerfG zu eigen gemacht, vgl Beschluss vom 6.7.2004 - 1 BvL 4/97 ua - BVerfGE 111, 160, 175 = SozR 4-5870 § 1 Nr. 4 RdNr. 66) . Der Senat lässt offen, ob sich der Gesetzgeber auf diesen Faktor beschränken durfte oder nicht die Möglichkeit hätte eröffnen müssen, auch durch andere Gegebenheiten eine günstige Bleibeprognose zu begründen (vgl dazu § 9 Abs. 2 Satz 6 AufenthG) . Jedenfalls hat der Gesetzgeber zur Feststellung einer hinreichenden Integration in den Arbeitsmarkt Merkmale festgelegt, deren Anwendung zu sachwidrigen Ergebnissen führt. Indem zur Voraussetzung gemacht wird, dass die BERzg in Anspruch nehmende Person entweder aktuell erwerbstätig ist oder laufende Geldleistungen nach dem SGB III (zB Alg I) bezieht oder aber sich - bei noch bestehendem Arbeitsvertrag - in Elternzeit befindet, wählt der Gesetzgeber zwar Personen aus, für die sich eine günstige Aufenthaltsprognose sicher bejahen lässt. Er grenzt dadurch jedoch unzulässig andere Personen aus, für die im Hinblick auf ihre Beziehung zum Arbeitsmarkt eine entsprechende Aufenthaltsprognose ebenfalls zutrifft.

Zu gleichheitswidrigen Ergebnissen führt die vom Gesetzgeber in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG vorgenommene Abgrenzung zum einen dort, wo die aktuelle Einbindung in den Arbeitsmarkt während der für das BERzg in Betracht kommenden Bezugszeit wegfällt oder schon vorher weggefallen ist (dazu unter (1)) , zum anderen dort, wo nur der Ehepartner des Antragstellers aktuell nach Maßgabe des § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 in den Arbeitsmarkt integriert ist (dazu unter (2)) . Schließlich ist die zusätzliche Voraussetzung des aktuellen Bezugs des Antragstellers zum Arbeitsmarkt auch nicht als verfassungsrechtlich zulässige Typisierung gerechtfertigt (dazu unter (3)) .

(1) Wertungswidersprüche ergeben sich insbesondere dann, wenn die in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 aufgeführten Voraussetzungen, anhand derer eine Integration in den Arbeitsmarkt gemessen werden soll, in der betreffenden Person zunächst vorgelegen haben, aber während der Anspruchsdauer oder kurz vor deren Beginn weggefallen sind. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift werden diese Fälle von der Gruppe der Leistungsberechtigten ausgegrenzt; die Regelung ist allein im Präsens formuliert, dh Erwerbstätigkeit, laufender Geldleistungsbezug nach dem SGB III sowie Inanspruchnahme einer Elternzeit müssen aktuell - sogar für die gesamte Dauer des BERzg-Bezugs - bestehen. Auch wer einmal erwerbstätig war, wer zB einmal Alg I bezogen hat oder sich in Elternzeit im Sinne des BERzGG befand und nach dem Willen des Gesetzgebers daher als voraussichtlich dauerhaft in Deutschland verbleibend zu qualifizieren war, ist von dem Tag an, zu welchem diese Voraussetzungen wegfallen, nicht mehr vom Tatbestand des Buchstaben b erfasst. Durch diese Grenzziehung wird auch Personen ein Anspruch auf BERzg versagt, denen eine positive Bleibeprognose (noch) nicht abgesprochen werden kann.

Dass das Abstellen allein auf die aktuelle Arbeitssituation kein sachgerechtes Kriterium sein kann, zeigt sich besonders plastisch dort, wo jemand über mehrere Jahre hinweg beschäftigt gewesen ist und sodann bis zur Ansprucherschöpfung Leistungen nach dem SGB III bezogen hat, eine neue Arbeitsstelle aber (im Sinne einer durch das BERzg gerade geförderten Entscheidung für die Erziehung des

Kindes) erst nach Ablauf der Erziehungszeit suchen will oder kann. In dieser Fallkonstellation fängt auch das alternative Kriterium der Elternzeit die fehlende aktuelle Erwerbstätigkeit nicht auf. Denn ein Arbeitsvertrag besteht gerade nicht. Es ist nicht ersichtlich, warum eine solche Person hinsichtlich der Prognose eines Daueraufenthalts schlechter gestellt sein soll als eine Person, die seit drei Jahren - jedenfalls geduldet - in Deutschland lebt, erst unmittelbar vor der Geburt des Kindes eine erste (Teilzeit-)Tätigkeit aufnimmt und damit die Voraussetzungen des § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 erfüllt.

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

Noch weniger nachvollziehbar ist die gesetzliche Regelung für eine Person, die bislang Alg I bezogen hat, aber nach der Geburt des Kindes wegen dessen Erziehung dem Arbeitsmarkt nicht mehr zur Verfügung steht und daher auch keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB III mehr hat (vgl. § 119 Abs. 1 Nr. 3, § 122 Abs. 2 Nr. 1 SGB III), sich nach Ablauf der Erziehungszeit aber für den Arbeitsmarkt zurückmelden (§ 122 Abs. 1 Satz 1 SGB III) und folglich von diesem Tag an Restleistungen nach dem SGB III in Anspruch nehmen kann (§ 127 SGB III), soweit die Vierjahresfrist des § 147 Abs. 2 SGB III noch nicht überschritten ist. Diese Person wäre nach der Konzeption des § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 vor und nach der Erziehungszeit als voraussichtlich auf Dauer in Deutschland verbleibend zu qualifizieren, während der Erziehungszeit jedoch - vorübergehend - nicht. Auch hier werden Personen vom Anspruch auf BErzg ausgegrenzt, denen eine günstige Prognose auch während der Dauer der Erziehungszeit nicht abgesprochen werden kann. Entsprechendes gilt für diejenigen, die die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Alg I erfüllt, aber von vornherein keinen Antrag stellt, weil er dem Arbeitsmarkt aus Gründen der Kindererziehung nicht zur Verfügung steht. Denn auch für diese Person ist nicht ausgeschlossen, dass sie, zB nach Vollendung des ersten Lebensjahres des Kindes, Alg I bezieht und dann - wieder - als hinreichend in Deutschland integriert gilt.

Die aufgeführten Fallkonstellationen zeigen, dass das Kriterium der aktuellen Integration in den Arbeitsmarkt sich insbesondere dort als ungeeignet zur sachgerechten Abgrenzung von Personen mit und ohne günstige Bleibeproggnose erweist, wo die in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 aufgeführten Voraussetzungen, anhand derer eine Integration in den Arbeitsmarkt gemessen werden soll, (vorübergehend) wegfallen, nachdem sie zuvor bereits vorgelegen haben. Die fehlende Berücksichtigung auch solcher Fälle ist umso unverständlicher, als der Gesetzgeber für die Einbeziehung von Personen mit anderen Aufenthaltserlaubnissen als den in § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe c BErzGG aufgeführten Aufenthaltstiteln lediglich zur Voraussetzung gemacht hat, dass eine Erwerbsberechtigung einmal vorgelegen hat (vgl § 1 Abs. 6 Nr. 2 Halbsatz 1 BErzGG 2006) .

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

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

(2) Die Regelung des § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 nimmt weiter nicht hinreichend die Gesamtsituation von Familien in den Blick. Unzulässig ausgegrenzt wird insbesondere auch diejenige BErzg beantragende Person, deren Ehepartner aktuell eine Erwerbstätigkeit ausübt oder Geldleistungen nach dem SGB III (zB Alg I) bezieht. In einigen solcher Fälle wird die beantragende Person zwar einen Aufenthaltstitel nach § 29 AufenthG aufgrund Familiennachzugs zu einem Ausländer mit Auf-

enthaltserlaubnis erhalten können. Besitzt der Ehepartner jedoch nur einen Aufenthaltstitel zB nach § 25 Abs. 4 oder 5 AufenthG, ist ein Aufenthaltstitel nach § 29 AufenthG wegen Familiennachzugs von vornherein ausgeschlossen (vgl Renner, Ausländerrecht, 8. Aufl 2005, § 29 RdNr. 10) . Nach Buchstabe b aaO wird die betreffende Person - soweit sie nicht selbst erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem SGB III bezieht oder sich in Elternzeit befindet - als voraussichtlich nicht auf Dauer in Deutschland verweilend eingestuft, obwohl der erwerbstätige Ehepartner iS des § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 als hinreichend integriert gilt. Diese isolierte Betrachtung der BErzg beantragenden Person ist nicht sachgerecht. Auch das BVerfG hat in seiner Entscheidung zum Kindergeld aus dem Jahr 2004 (BVerfG, Beschluss vom 6.7.2004 - 1 BvL 4/97, 5/97 und 6/97 - BVerfGE 111, 160, 175 = SozR 4-5870 § 1 Nr. 1 RdNr. 66) für die Frage, ob eine günstige Prognose für einen dauerhaften Aufenthalt in Deutschland gestellt werden kann, auf beide Elternteile zusammen, nicht dagegen auf die Einzelperson abgestellt. Die Regelung des § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 lässt demgegenüber gänzlich unberücksichtigt, dass aufgrund der familiären Gesamtsituation auch für die BErzg beantragende Person von einer günstigen Aufenthaltsprognose auszugehen sein kann, wenn der Ehepartner auf dem Arbeitsmarkt integriert ist. Denn es spricht einiges dafür, dass die Familie als Einheit und nicht nur der Erwerbstätige dauerhaft in Deutschland bleiben wird.

Gerade im geschilderten familiären Kontext wird zudem deutlich, dass der Gesetzgeber durch die in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 festgelegten Prognosekriterien letztlich den von ihm selbst mit Einführung des BErzg verfolgten Zweck, Eltern die eigene Betreuung ihrer Kinder durch Verzicht auf eine Erwerbstätigkeit zu ermöglichen, konterkariert. Er grenzt mit seinen Anforderungen, dass die BErzg beantragende Person selbst einen aktuellen Bezug zum Arbeitsmarkt aufweisen muss, gerade diejenigen Elternteile aus, die den gewollten Anreizen des BErzg folgen, und treibt sie - soweit sie die Möglichkeit haben - letztlich doch wieder in Arbeit, um diesen Anreiz überhaupt in Anspruch nehmen zu können. Auch darin zeigt sich - jedenfalls im Rahmen des BErzGG (für das Kindergeldrecht trifft dieses Argument nicht zu) - die fehlende Eignung des Abgrenzungskriteriums eines aktuellen Bezugs des Antragstellers zum Arbeitsmarkt. Das BVerfG hat ausdrücklich klargestellt, dass der vom Gesetzgeber mit der Gewährung von BErzg verfolgte Erziehungsanreiz bei Ausländern - unabhängig davon, welchen Aufenthaltstitel sie innehaben - nicht weniger zur Geltung kommt als bei Deutschen, solange die Ausländer zur Erwerbstätigkeit berechtigt sind (BVerfGE 111, 176, 185 f, 188 = SozR 4-7833 § 1 Nr. 4 RdNr. 30, 35).

(3) Die durch § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 bewirkte Benachteiligung von Ausländern mit Aufenthaltstiteln nach § 23 Abs. 1 AufenthG wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG ist auch nicht als verfassungsrechtlich zulässige Typisierung gerechtfertigt (aA wohl LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 27.2.2009 - L 13 EG 25/08 - juris RdNr. 41, wonach das Gericht die gesetzgeberische Wertung angesichts des weiten gesetzgeberischen Prognosespielraums nicht zu widerlegen vermochte) .

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

Nach Überzeugung des Senats ist mit der in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 getroffenen Regelung schon keine Typisierung gelungen. Der Gesetzgeber hat dort nicht typischerweise alle jene Ausländer erfasst, denen - trotz ursprünglich nur als temporär konzipierten Aufenthalts (§ 26 AufenthG) - inzwischen eine günstige Daueraufenthaltsprognose gestellt werden kann. Zwar hat der Gesetzgeber insoweit eine konkrete Gruppe von Ausländern mit humanitärem, völkerrechtlich oder politisch veranlasstem Bleiberecht herausgegriffen, für die sich im Hinblick auf ihre aktuelle Anbindung an den Arbeitsmarkt eine entsprechende Bleibeprognose bejahen lässt. Angesichts der geschilderten Sachverhaltskonstellationen existiert daneben jedoch eine ganz beträchtliche Anzahl von Personen, die aufgrund ihrer bislang vorhandenen Nähe zum Arbeitsmarkt oder aufgrund ihrer familiären Situation ebenso voraussichtlich in Deutschland bleiben werden. Der aktuelle Bezug des Antragstellers zum Arbeitsmarkt ist daher zwar ein möglicher, jedoch in jedem Fall ein zu eng begrenzter Faktor, anhand dessen für Ausländer mit humanitären, völkerrechtlichen oder politisch begründeten Aufenthaltstiteln die Prognose eines Daueraufenthalts gestellt werden kann.

Im Übrigen wiegt aus Sicht des Senats der mit einer Versagung von BErzg verbundene Nachteil schwer. Das BVerfG hat eine entsprechende Bewertung zur Regelung des § 1 Abs. 1a Satz 2 BErzGG 1993 getroffen. Es hat insoweit ausgeführt, dass es damals um einen Geldbetrag von bis zu 14.400 DM pro Kind gegangen sei, der im Hinblick darauf, dass die getroffene Regelung nur in geringem Umfang zur Verwaltungsvereinfachung beigetragen habe, durchaus Gewicht gehabt habe (vgl BVerfGE 111, 176, 189 = SozR 4-7833 § 1 Nr. 4 RdNr. 38) . Dasselbe muss auch für die hier maßgebliche Regelung des § 1 Abs. 6 Nr. 3 BErzGG 2006 gelten. Je nachdem, ob BErzg als Budget (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BErzGG 2005) oder als Regelbetrag (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BErzGG 2005) gewährt wird, geht es um einen Betrag von 5400 Euro bzw 7200 Euro pro Kind.

Es ist insoweit unzutreffend, wenn im Gesetzgebungsverfahren - unter Zitierung der Rechtsprechung des BVerfG in Sachen 1 BvL 4/97 ua (BVerfGE 111, 160, 175 = SozR 4-5870 § 1 Nr. 1 RdNr. 66) zur Verfassungsmäßigkeit begrenzter Zahlungen von Kindergeld an nicht freizügigkeitsberechtigte Aus-

länder - davon ausgegangen wurde, dass die Vorenthaltung solchermaßen beachtlicher Zahlungen im wesentlichen Eltern benachteilige, die in den deutschen Arbeitsmarkt integriert gewesen seien, da Eltern, die ausschließlich von Sozialhilfe lebten, nicht betroffen seien (vgl BT-Drucks 16/1368 S 8) . Für das BERzg gilt diese Annahme nämlich nicht. Anders als das Kindergeld wurde das BERzg gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 BERzGG 2005 auf Sozialleistungen nicht angerechnet, also weder auf Alg II noch auf Sozialhilfe (vgl Irmen, in Hambüchen, Kindergeld, Erziehungsgeld, Elternzeit, § 8 BERzGG, Stand März 2006, RdNr. 8) , noch - so ausdrücklich in § 8 Abs. 1 Satz 1 BERzGG 2005 geregelt - auf Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz. Der Ausschluss von Leistungen nach dem BERzGG trifft daher alle erziehenden Personen gleichermaßen in beachtlicher Weise. Die durch das gewählte Abgrenzungskriterium des § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 gegenüber einer ausdifferenzierteren Regelung möglicherweise gewonnene Verwaltungsvereinfachung wiegt diese erhebliche Benachteiligung aus Sicht des Senats nicht auf.

3. Der Senat sieht keine Möglichkeit, § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 dahin verfassungskonform auszulegen, dass die Klägerin als anspruchsberechtigt angesehen werden könnte.

Zwar ist der Begriff der Erwerbstätigkeit mangels gesetzlicher Einschränkung auf versicherungspflichtige Beschäftigungen weit auszulegen, so dass in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 auch geringfügige Beschäftigungen ("Mini-Jobs") ausreichen (vgl zu einem umfassenden Erwerbstätigkeitsverständnis in der entsprechenden Vorschrift zum Elterngeldrecht auch Irmen, in Hambüchen, BEEG-ESTG-BKGG, Stand April 2007, § 1 BEEG RdNr. 85). Das Erfordernis einer aktuellen Erwerbstätigkeit lässt sich jedoch jedenfalls dann nicht mehr bejahen, wenn eine Beschäftigung längere Zeit vor der Geburt des Kindes beendet war.

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

Ebenso wenig lassen sich andere Personen, insbesondere der Ehegatte des Antragstellers, in die Regelung des § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 einbeziehen. Nach dem eindeutigen Wortlaut dieser Vorschriften müssen die Voraussetzungen des Buchstaben b von demjenigen nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländer selbst erfüllt werden, um dessen Anspruchsberechtigung es geht. Da

in § 1 BErzGG an verschiedenen Stellen auf die Situation von Ehegatten abgestellt wird (vgl zB § 1 Abs. 2 Satz 2, Abs. 7 Satz 3, Abs. 8, Abs. 9 Satz 2 BErzGG 2005/2006) , ist nicht davon auszugehen, dass in § 1 Abs. 6 BErzGG 2006 eine unbeabsichtigte Regelungslücke vorliegt, die von den Gerichten geschlossen werden könnte. Zu einer dem Wortlaut und der Regelungsabsicht derart widersprechenden Veränderung des Gesetzes hält sich der Senat nicht für befugt.

Zwar führte die ersatzlose Streichung des § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 nach Auffassung des Senats zu einer verfassungsmäßigen Regelung. Auch dieses Ergebnis lässt sich jedoch nicht im Wege einer verfassungskonformen Auslegung erreichen, weil eine derartige Änderung ebenfalls nur der Gesetzgeber vornehmen kann.