

**BUNDESSOZIALGERICHT**



**Beschluss**

in dem Rechtsstreit

**Az: B 10 EG 7/08 R**

S 29 EG 2/06 (SG Potsdam)

S M

Prozessbevollmächtigte:

Kläger und Revisionskläger,

Rechtsanwältin Imme Hackmann,  
Rudolf-Breitscheid-Straße 15,  
14482 Potsdam,

g e g e n

Landeshauptstadt Potsdam, Bereich Recht,  
Friedrich-Ebert-Straße 79/81, 14469 Potsdam,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 10. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Dezember 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Loytved, die Richter Kruschinsky und Dr. Knörr sowie den ehrenamtlichen Richter Neuhaus und die ehrenamtliche Richterin Dr. Picker beschlossen:

Das Verfahren wird ausgesetzt und eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu folgender Frage eingeholt:

Ist § 1 Abs 6 Nr 2 Buchstabe c in Verbindung mit Nr 3 Buchstabe b Bundeserziehungsgeldgesetz in der Fassung des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13. Dezember 2006 (BGBl I 2915) insoweit mit Art 3 Abs 1 Grundgesetz vereinbar, als danach Ausländern, denen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs 1 Aufenthaltsgesetz wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach §§ 23a, 24, 25 Abs 3 bis 5 Aufenthaltsgesetz erteilt wurde, ein Anspruch auf Bundeserziehungsgeld nur

dann zusteht, wenn sie im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig sind, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch beziehen oder Elternzeit in Anspruch nehmen?

G r ü n d e :

- 1 Die Beteiligten streiten über einen Anspruch des Klägers auf Bundeserziehungsgeld (BERzg) für die Zeit vom 29.9.2005 bis zum 15.6.2006.
- 2 Der geborene Kläger ist kongolesischer Staatsangehöriger. Er reiste am .1992 in das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland ein. Sein Antrag auf Anerkennung als Asylberechtigter wurde rechtskräftig abgelehnt. Zur Durchführung des Asylverfahrens war sein Aufenthalt nach den Vorschriften des Asylverfahrensgesetzes gestattet worden. Im Anschluss hieran wurde seine Abschiebung ausgesetzt - sein Aufenthalt also geduldet, zuletzt bis zum 18.4.2004.
- 3 Anfang 2004 erteilte die Stadt Brandenburg an der Havel dem Kläger eine bis zum 21.1.2005 gültige Aufenthaltsbefugnis gemäß § 30 Abs 3 und 4 Ausländergesetz (AuslG). Nachdem das Aufenthaltsgesetz (AufenthG) zum 1.1.2005 an die Stelle des AuslG getreten war, erhielt der Kläger am 13.1.2005 eine bis zum 21.9.2006 geltende Aufenthaltserlaubnis, die zunächst auf § 25 Abs 3 AufenthG und später auf § 25 Abs 4 AufenthG gestützt wurde. Seit Februar 2004 verfügt der Kläger zudem über eine unbefristete Arbeitsgenehmigung. Am 16.6.2006 nahm der Kläger eine Beschäftigung auf.
- 4 Die Gewährung von BERzg für das erste Lebensjahr der am 29.6.2004 geborenen Tochter des Klägers, M ; versagte die Beklagte unanfechtbar. Dessen Antrag vom 29.3.2006 auf Gewährung von BERzg für das zweite Lebensjahr der Tochter lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 29.3.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.5.2006 mit der Begründung ab, der Kläger verfüge über keinen Aufenthaltstitel, wie er nach § 1 Abs 6 Gesetz zum Erziehungsgeld und zur Erziehungszeit (Bundeserziehungsgeldgesetz - BERzGG) erforderlich sei.
- 5 Die gegen diese Entscheidung gerichtete Klage hat das Sozialgericht Potsdam (SG) mit Urteil vom 7.3.2008 abgewiesen. Zur Begründung hat das Gericht im Wesentlichen ausgeführt:
- 6 Für die Zeit vom 16. bis 28.6.2006 stehe einem Anspruch auf BERzg die Erwerbstätigkeit des Klägers entgegen. Ausweislich der Lohnbescheinigung für Juni 2006 habe der Kläger in dieser Zeit ca sieben Stunden am Tag gearbeitet.

- 7 Für die Zeit bis zum 28.9.2005 stehe einem Anspruch auf BErzg die Regelung des § 4 Abs 2 Satz 3 BErzGG entgegen, nach der BErzg rückwirkend höchstens für sechs Monate vor der Antragstellung (hier: am 29.3.2006) bewilligt werde.
- 8 Für den verbleibenden Zeitraum vom 29.9.2005 bis zum 15.6.2006 erfülle der Kläger zwar die in § 1 Abs 1 Satz 1 BErzGG statuierten Grundvoraussetzungen für die Bewilligung von BErzg. Es lägen jedoch die weiteren Voraussetzungen des § 1 Abs 6 BErzGG idF des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss (AuslAnsprG) vom 13.12.2006 (*BGBI I 2915*) nicht vor, der gemäß Art 6 dieses Gesetzes mit Wirkung vom 1.1.2006 in Kraft getreten sei (im Folgenden: BErzGG 2006). Der Kläger verfüge für den streitgegenständlichen Zeitraum über keine der in dieser Vorschrift genannten aufenthaltsrechtlichen Erlaubnisse. Die ihm nach § 25 Abs 3 bzw Abs 4 AufenthG zuerkannte Aufenthaltserlaubnis schließe gemäß § 1 Abs 6 Nr 2 Buchstabe c BErzGG 2006 einen Anspruch auf BErzg aus. Die Voraussetzungen nach § 1 Abs 6 Nr 3 BErzGG 2006 lägen für den noch umstrittenen Zeitraum nicht vor. Zwar halte sich der Kläger seit mehr als drei Jahren zumindest geduldet im Bundesgebiet auf (Buchstabe a der Vorschrift). Er sei jedoch während des gesamten noch umstrittenen Zeitraums weder berechtigt erwerbstätig gewesen noch habe er laufende Leistungen nach dem SGB III bezogen oder Elternzeit in Anspruch genommen (Buchstabe b).
- 9 Auch die Anwendung von § 24 Abs 3 BErzGG 2006 ver helfe dem Kläger nicht zu einem Anspruch auf BErzg. Nach dieser Vorschrift sei § 1 Abs 6 BErzGG in der am 19.12.2006 geltenden Fassung - die für den Zeitraum vom 29.9.2005 bis zum 31.12.2005 ohnehin unmittelbar anzuwenden sein dürfte - in Fällen, in denen wie vorliegend eine Entscheidung über den Anspruch auf BErzg für einen Bezugszeitraum zwischen dem 27.6.1993 und dem 18.12.2006 noch nicht bestandskräftig geworden sei, anzuwenden, wenn dies für die BErzg beantragende Person günstiger sei. Da der Kläger 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.
- 10 § 1 Abs 6 BErzGG 2006 sei verfassungsgemäß. Zwar würden durch diese Vorschrift 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 der Kläger - 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 auf-

zunehmen, 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.

- 11 Gegen dieses Urteil hat der Kläger mit Zustimmung der Beklagten die vom SG zugelassene Revision eingelegt. Diese hat er auf die Gewährung von BErzg für die Zeit vom 29.9.2005 bis 15.6.2006 beschränkt. Zur Begründung führt er im Wesentlichen aus:
- 12 § 1 Abs 6 BerzGG 2006, auf den die ablehnende Entscheidung gestützt werde, stehe mit der Verfassung nicht im Einklang. Aufgrund der Entscheidung des BVerfG vom 6.7.2004 - 1 BvR 2515/95 - sei davon auszugehen, dass auch die hier maßgebliche Fassung des § 1 Abs 6 BErzGG im Widerspruch zu Art 3 Abs 1 GG stehe. Nach wie vor werde an die Art der Aufenthaltsgewährung als Kriterium zur Prognose über die voraussichtliche Dauer des Aufenthalts eines Ausländers in der Bundesrepublik Deutschland angeknüpft. Dieses Kriterium sei jedoch durch das BVerfG für untauglich erachtet worden. Dieser Einwand werde nicht durch die Ausdehnung des Kreises der berechtigten Ausländer in der hier maßgeblichen Fassung des § 1 Abs 6 BErzGG entkräftet. Es könne auch kein taugliches Abgrenzungskriterium sein, wenn bei der Aufenthaltserlaubnis seitens des Gesetzgebers darauf abgestellt werde, welcher Aufenthaltstitel ohne weiteres Genehmigungsverfahren der Ausländerbehörde zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit berechtige. Allein die der Aufenthaltserlaubnis immanente Gestattung der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit lasse noch keine Prognose über die Langfristigkeit der Dauer des Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland zu. Dies gelte auch dann, wenn wie hier ein Abschiebungshindernis bestehe, bei dessen Fortfall die Aufenthaltserlaubnis erlöschen werde.
- 13 § 1 Abs 6 BErzGG verstoße zudem gegen den durch Art 6 GG gewährleisteten Schutz von Ehe und Familie. Hierbei seien insbesondere die Fürsorgeansprüche aus Abs 4 tangiert, der auch für Väter gelten müsse, soweit diese Erziehungs- und Betreuungspflichten wahrnehmen. Schließlich werde mit der hier maßgeblichen Einschränkungregelung auch gegen das Sozialstaatsprinzip verstoßen. Kinder und die sie erziehenden Eltern seien unter den besonderen Schutz des Sozialstaates zu stellen.
- 14 Der Kläger beantragt,  
das Urteil des SG Potsdam vom 7.3.2008 teilweise aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihm unter entsprechender Aufhebung des Bescheides vom 29.3.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.5.2006 BErzg für die Zeit vom 29.9.2005 bis 15.6.2006 zu gewähren.

- 15 Die Beklagte beantragt,  
die Revision zurückzuweisen.
- 16 Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

II

- 17 Das Verfahren ist 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.
- 18 A. Entwicklung der für den Rechtsstreit bedeutsamen Vorschriften
- 19 Das BErzg wurde durch das Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (BErzGG) vom 6.12.1985 (*BGBI 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 <BGBI 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*).
- 20 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."

21 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."

22 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*).

23 Durch das Gesetz zur Änderung des BErzGG und anderer Vorschriften vom 30.6.1989 (*BGBI 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."

24 Zur Begründung führte der Ausschuss für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit (13. Ausschuss) des Deutschen Bundestages, auf den diese Regelung zurückgeht, aus (*BT-Drucks 11/4776 S 2*): Die Aufenthaltserlaubnis oder die Aufenthaltsberechtigung solle jetzt ausdrücklich als Voraussetzung für den Anspruch eines Ausländers auf BErzg im Gesetz ver-

ankert werden. Dies sei auch deshalb gerechtfertigt, weil Ausländer ohne Aufenthaltserlaubnis in der Regel keine Arbeitserlaubnis hätten. Insoweit könnte der Zweck des BErzG, die Wahlfreiheit zwischen Kindererziehung und Berufstätigkeit zu sichern, nicht erreicht werden.

- 25 Durch Art 10 Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts vom 9.7.1990 (*BGBI 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 (*BGBI I 944*) schloss der Gesetzgeber die Inhaber von Aufenthaltsbefugnissen vom BErzG-Bezug aus. In § 1 BErzGG wurde folgender Absatz 1a eingefügt (im Folgenden: BErzGG 1993):

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

- 26 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."

- 27 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.

28 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.

29 § 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 (*BGBI 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.

30 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 (*BGBI 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."

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

32 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:

33 "(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."

34 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 Aus-

ländern mit einer Aufenthaltserlaubnis werde dies vor allem die Ausübung einer Erwerbstätigkeit bzw der Umstand sein, dass eine Erwerbstätigkeit erlaubt sei oder erlaubt werden könne.

35 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:

36 "§ 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."

37 Zum 1.1.2007 wurde das BErzG abgeschafft und stattdessen durch das "Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit" (BEEG) vom 5.12.2006 (*BGBI 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 (*BGBI I 160*) wie folgt lautet:

38 "(6) Ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer oder eine nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländerin ist nur anspruchsberechtigt, wenn diese Person

1. eine Niederlassungserlaubnis besitzt,
2. eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat, es sei denn, die Aufenthaltserlaubnis wurde
  - a) nach § 16 oder § 17 AufenthG erteilt,
  - b) nach § 18 Abs. 2 AufenthG erteilt und die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit darf nach der Beschäftigungsverordnung nur für einen bestimmten Höchstzeitraum erteilt werden,
  - c) nach § 23 Abs. 1 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."

39 B. Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage

40 1. Die prozessrechtlichen Voraussetzungen für eine Sachentscheidung durch das BSG liegen vor. Sprungrevision und kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage gegen den Bescheid vom 29.3.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.5.2006 sind statthaft und auch im Übrigen zulässig.

41 Die Revision des Klägers genügt - jedenfalls soweit sie den streitig gebliebenen Zeitraum vom 29.9.2005 bis 15.6.2006 betrifft - noch den Anforderungen des § 164 Abs 2 Satz 3 SGG. Danach ist die Revision unter Einhaltung bestimmter Mindestanforderungen zu begründen. Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen bezeichnen, die den Mangel ergeben. Diese gesetzlichen Anforderungen hat das BSG in ständiger Rechtsprechung dahin präzisiert (*vgl. BSG, Beschluss vom 13.8.2009 - B 9 VU 1/08 R - juris RdNr 12; BSG, Beschluss vom 27.2.2008 - B 12 P 1/07 R - juris RdNr 14; BSG SozR 4-1500 § 164 Nr 3 RdNr 9; BSG, Beschluss vom 28.8.2007 - B 10 LW 2/06 R - RdNr 13 mwN*), dass in der Begründung sorgfältig sowie nach Umfang und Zweck zweifelsfrei dargelegt wird, weshalb eine Vorschrift des materiellen Rechts im angefochtenen Urteil nicht oder nicht richtig angewendet worden ist. Die Revisionsbegründung muss insbesondere erkennen lassen, dass sich der Revisionsführer mit der angefochtenen Entscheidung befasst hat und er hinsichtlich der Auslegung der vom Gericht angewandten Rechtsvorschriften anderer Auffassung ist. Bei verständiger Würdigung des Vorbringens des Klägers ist dies hier der Fall.

42 Das SG hat sich in dem angefochtenen Urteil ua eingehend mit der Verfassungsmäßigkeit der von ihm für die Zeit vom 29.9.2005 bis 15.6.2006 angewandten Rechtsvorschrift des § 1 Abs 6 BErzGG 2006 auseinandergesetzt. Hierzu hat der Kläger in der Revisionsbegründung eine andere Auffassung vertreten. Er hat demnach sinngemäß die mit der Revision angefochtene Entscheidung in diesem Punkt angegriffen.

43 2. Auf der Grundlage der einschlägigen Vorschriften wäre die auf die Gewährung von BErzG für die Zeit vom 29.9.2005 bis 15.6.2006 beschränkte Revision unbegründet.

44 Nach dem grundsätzlich einschlägigen § 1 BErzGG 2005 ergibt sich keine Leistungsberechtigung des Klägers (*dazu unter a*). Daher ist hier § 1 Abs 6 BErzGG idF vom 13.12.2006 (BErzGG 2006) anzuwenden, der nach der Übergangsregelung des § 24 Abs 3 BErzGG 2006 als günstigere Regelung den § 1 Abs 6 BErzGG 2005 verdrängt, auch wenn seine Voraussetzungen ebenfalls nicht vorliegen (*dazu unter b*). Die Anwendung des § 1 Abs 6 BErzGG 2006 lässt sich auch nicht aus verfassungsrechtlichen Erwägungen vermeiden (*dazu unter c*).

45 a) Der Anspruch der Klägers auf BErzg für die Zeit vom 29.9.2005 bis 15.6.2006 beurteilt sich grundsätzlich zunächst nach § 1 BErzGG 2005, der in dem streitigen Zeitraum jedenfalls bis zum 31.12.2005 gegolten hat.

46 aa) Die in § 1 Abs 1 Satz 1 BErzGG 2005 geregelten Grundvoraussetzungen für einen Anspruch auf BErzg für diesen Zeitraum liegen beim Kläger 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.

47 Der Kläger hatte für seine Tochter M. , für die er noch für die Zeit vom 29.9.2005 bis 15.6.2006 BErzg begehrt, die Personensorge und lebte mit ihr in einem Haushalt zusammen (*§ 1 Abs 1 Satz 1 Nr 2 BErzGG 2005*). Ferner erzog und betreute er dieses Kind selbst (*§ 1 Abs 1 Satz 1 Nr 3 BErzGG 2005*). Eine Erwerbstätigkeit übte er im streitigen Zeitraum nicht aus (*§ 1 Abs 1 Satz 1 Nr 4 BErzGG 2005*).

48 Schließlich hatte der Kläger damals auch einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, wie es § 1 Abs 1 Nr 1 BErzGG 2005 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 2005 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.

49 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*).

50 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*).

- 51 Mit Anfügung eines Satzes 2 in § 1 Abs 1 BErzGG durch das Gesetz zur Änderung des BErzGG und anderer Vorschriften vom 30.6.1989 (*BGBI I 1297*) wurde dann die Absicht des Gesetzgebers erkennbar, für Ausländer einen spezialgesetzlichen Prognosetatbestand zu entwickeln, indem nunmehr für den Anspruch eines Ausländers auf den Besitz bestimmter Aufenthaltstitel abgestellt wurde. Zur Begründung wurde ausgeführt (*BT-Drucks 11/4776 S 2*): Der neue Satz 2 ziehe die erforderlichen Konsequenzen aus der Rechtsprechung des BSG zu den Wohnsitzvoraussetzungen. Die in den Richtlinien zur Durchführung des Gesetzes aufgeführte Voraussetzung, dass sich der Antragsteller in diesen Fällen mindestens ein Jahr im Geltungsbereich des Gesetzes aufgehalten haben müsse, sei nicht anerkannt worden. Deshalb sollten die Aufenthaltserlaubnis oder die Aufenthaltsberechtigung jetzt ausdrücklich als Voraussetzung für den Anspruch eines Ausländers auf BErzG im Gesetz verankert werden.
- 52 Durch das FKPG vom 23.6.1993 (*BGBI 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.
- 53 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, BGBI I 1426, geändert durch das Zuwanderungsgesetz vom 30.7.2004, BGBI 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).

- 54 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 zunächst § 1 Abs 6 BErzGG 2005) finden.
- 55 Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 Abs 1 Satz 1 Nr 1 BErzGG 2005 ist folglich bezogen auf den Kläger nur danach zu beurteilen, ob er 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. Der Kläger ist seit vielen Jahren in Deutschland. In dem hier maßgeblichen Zeitraum hatte er erkennbar seinen Lebensmittelpunkt nach Deutschland verlagert und einen Wohnsitz in Deutschland begründet. Ob der Kläger aus damaliger Sicht auch voraussichtlich dauerhaft hier bleiben würde, ist vorrangig nach § 1 Abs 6 BErzGG 2005 zu prüfen.
- 56 bb) Gemessen an den Anforderungen des § 1 Abs 6 BErzGG 2005 stand dem Kläger für die Zeit vom 29.9.2005 bis 15.6.2006 ein Anspruch auf BErzg nicht zu. Er war in der Zeit vom 13.1.2005 bis zum 21.9.2006 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs 3 bzw Abs 4 AufenthG, die bei den nach § 1 Abs 6 BErzGG 2005 anspruchsbegründenden Aufenthaltstiteln nicht genannt ist. Von den Aufenthaltstiteln aus humanitären, völkerrechtlichen oder politischen Gründen berechtigen danach allein die Aufenthaltserlaubnisse nach § 25 Abs 1 und Abs 2 AufenthG zum Bezug von BErzg. Der Kläger erfüllt daher aufgrund der Art seines Aufenthaltstitels die Voraussetzungen des § 1 Abs 6 BErzGG 2005 nicht.
- 57 b) Da der Kläger im Hinblick auf die engen Voraussetzungen des § 1 Abs 6 BErzGG 2005 nicht anspruchsberechtigt ist, kommt aufgrund der Übergangsregelung des § 24 Abs 3 BErzGG 2006 eine Anwendung des § 1 Abs 6 BErzGG 2006 in Betracht. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen allerdings ebenfalls nicht vor.
- 58 aa) 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.

- 59 Zu prüfen ist danach, welche Gesetzesfassung (die von 2005 oder die von 2006) sich als die für den Kläger günstigere darstellt. § 1 Abs 6 BErzGG 2006 wäre jedenfalls dann anzuwenden, wenn der Kläger danach einen Anspruch auf BErzg hätte. Aber auch sonst ist diese Vorschrift als die für ihn günstigere Regelung anzusehen. Im Falle eines Aufenthaltstitels nach § 25 Abs 3 bzw Abs 4 AufenthG, wie ihn der Kläger im hier streitigen Zeitraum besaß, geht § 1 Abs 6 BErzGG 2006 nämlich zugunsten des Klägers über die Vorgängervorschrift insoweit hinaus, als er den Inhabern einer solchen Aufenthaltserlaubnis immerhin unter bestimmten weiteren Voraussetzungen (*§ 1 Abs 6 Nr 3 BErzGG 2006*) den Zugang zu einer Anspruchsberechtigung eröffnet, während nach § 1 Abs 6 BErzGG 2005 für diesen Personenkreis ein Anspruch auf BErzg gänzlich ausgeschlossen ist.
- 60 Wollte man § 1 Abs 6 BErzGG 2006 im Rahmen des § 24 Abs 3 BErzGG 2006 nur dann als günstiger ansehen, wenn er tatsächlich zu einem Anspruch verhilft, wäre seine Anwendung auch dann ausgeschlossen, wenn sich sowohl nach der älteren als auch der jüngeren Vorschrift kein Anspruch ergäbe. Dieses Ergebnis widerspricht jedoch der Intention des Gesetzgebers, in offenen Übergangsfällen die Anwendbarkeit der - vom Gesetzgeber selbst als verfassungswidrig angesehenen (*vgl BT-Drucks 16/1368 S 1*) - Vorgängerregelungen durch eine aus seiner Sicht verfassungsgemäße Regelung zu ersetzen. Nur dort also, wo bereits die Anwendung der einschlägigen früheren Vorschrift einen BErzg-Anspruch begründet (*namentlich dort, wo die Entscheidung des BVerfG vom 6.7.2004 unmittelbar zur Anwendung des bis zum 26.6.1993 geltenden Rechtslage führt*), kommt § 1 Abs 6 BErzGG 2006 mithin nach der Übergangsvorschrift nicht zur Anwendung (*so auch das Landessozialgericht <LSG> Nordrhein-Westfalen, Urteil 19.6.2009 - L 13 EG 4/09 - juris RdNr 39; vgl auch das LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 23.8.2007 - L 8 EG 12/06 - juris RdNr 18, welches ebenfalls davon ausgeht, dass auf alle noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren die Vorschrift idF vom 13.12.2006 anzuwenden ist*).
- 61 bb) Der Kläger hat nach § 1 Abs 6 Nr 2 Buchstabe c iVm Nr 3 BErzGG 2006 für die Zeit vom 29.9.2005 bis 15.6.2006 keinen Anspruch auf BErzg. Zwar ist er nicht schon allein aufgrund seines Aufenthaltstitels (*wie nach der Regelung des § 1 Abs 6 BErzGG 2005*) von einem BErzg-Anspruch ausgeschlossen. Er erfüllt jedoch nicht beide in § 1 Abs 6 Nr 3 BErzGG 2006 für Personen mit einem Aufenthaltstitel nach § 25 Abs 3 bzw Abs 4 AufenthG aufgestellten zusätzlichen Voraussetzungen. Während er 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 der Kläger im hier streitigen Zeitraum weder erwerbstätig noch bezog er Leistungen nach dem SGB III noch nahm er - bei Ruhen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses - Elternzeit in Anspruch.

- 62 Dabei geht der Senat davon aus, dass der in § 1 Abs 6 Nr 3 Buchst b BErzGG 2006 verwendete Begriff "Elternzeit" im BErzGG klar definiert wird ("terminus technicus"). Schon die Überschrift "Gesetz zum Erziehungsgeld und zur Elternzeit" (BErzGG in den Fassungen ab 2001) macht dies deutlich. Das Begriffsverständnis ergibt sich aus der inhaltlichen Ausgestaltung der Vorschriften des BErzGG. 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.
- 63 Ein weiter gefasstes Verständnis des Begriffes "Elternzeit", etwa im Sinne einer jeglichen Kindererziehung unter Verzicht auf eine Erwerbstätigkeit, kommt unter diesen Umständen 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*).
- 64 c) Das damit gefundene Ergebnis, dass der Kläger die einschlägigen Voraussetzungen des § 1 Abs 6 BErzGG 2006 nicht erfüllt, lässt sich nicht dadurch vermeiden, dass die Anwendbarkeit dieser Vorschrift aus anderen (verfassungsrechtlichen) Erwägungen verneint wird.

- 65 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. Dieser Beschluss führt im vorliegenden Fall insbesondere nicht zu einer Anwendung des § 1 BErzGG in der bis zum 26.6.1993 geltenden Fassung.
- 66 Das BVerfG hat zwar in dem genannten Beschluss dem Gesetzgeber 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."
- 67 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.
- 68 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 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. Grabhof in Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl 2005, § 78 RdNr 76 ff*).

69 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*).

70 Diese Ansicht beruht 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. Darüber hinaus lässt sich diese Ansicht mit Wortlaut, Systematik und Regelungszweck des § 24 Abs 3 BErzGG 2006 offenkundig nicht vereinbaren.

71 Dem dieser Rechtsprechung zugrunde liegenden Verständnis von § 24 Abs 3 BErzGG 2006 steht vor allem der klare Wortlaut der Vorschrift entgegen. Eine entsprechende Auslegung 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.

- 72 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.
- 73 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*).
- 74 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.
- 75 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.

- 76 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.
- 77 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 teilt der Senat nicht. § 1 Abs 6 BErzGG 2005 lässt eine verfassungskonforme Auslegung unter Einbeziehung auch von Personen mit Aufenthaltserlaubnissen wie die des Klägers nicht zu.
- 78 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.
- 79 § 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 § 25 Abs 3 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. Aufenthaltsbefugnisse 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*).

- 80 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.
- 81 3. Im Falle einer Verfassungswidrigkeit des § 1 Abs 6 BErzGG 2006 müsste der Senat anders entscheiden.
- 82 Das BVerfG hat klargestellt, dass es für die Entscheidungserheblichkeit in den Fällen, in denen das vorliegende 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.
- 83 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 den Kläger, der 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 den Kläger, der sich nach den Feststellungen des SG seit mehr als drei Jahren gestattet bzw geduldet im Bundesgebiet aufhielt, zu einer Erwerbstätigkeit berechtigt war und jedenfalls in dem hier streitigen Zeitraum auch die Voraussetzungen des § 1 Abs 1 BErzGG 2005 erfüllt, ein Anspruch auf BErzg in Betracht.

84 C. Verfassungswidrigkeit der vorgelegten Norm

85 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.

86 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.

87 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*).

88 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.

89 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*).

- 90 Von den Finanzgerichten wird die Auffassung des BFH teilweise geteilt (*vgl zB das Finanzgericht (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.
- 91 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.
- 92 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, InfAusIR 2007, 112, 113; ders auch schon in InfAusIR 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*).

93 2. Der vorlegende 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.

94 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*).

- 95 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.
- 96 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.
- 97 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*).
- 98 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 der Kläger - diese weiteren Anforderungen nicht erfüllen.
- 99 c) Diese Ungleichbehandlung ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

- 100 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*).
- 101 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.
- 102 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*).

- 103 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*).
- 104 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*).
- 105 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.
- 106 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 Überschriften der Paragraphen (vgl etwa § 24 AufenthG "Aufenthaltsgewährung zum vorübergehenden Schutz"). Insbesondere aber die Regelung des § 26 Abs 2 AufenthG über die "Dauer des Aufenthalts" macht deutlich, dass der Aufenthalt nach dem 5. Abschnitt des AufenthG vom Grundsatz des nur temporären Schutzes ausgeht (vgl Storr, in Storr/Wenger/Eberle/Albrecht/Harms, Kommentar zum Zuwanderungsrecht, 2. Aufl 2008, § 26 RdNr 4). Danach darf eine Aufenthaltserlaubnis nach dem 5. Abschnitt (§§ 22 bis 26 AufenthG) nicht verlängert werden, wenn das Ausreisehindernis oder die sonstigen einer Aufenthaltsbeendigung entgegenstehenden Gründe entfallen sind. Da auch die anderen im 5. Abschnitt vorgesehenen, aber von § 1 Abs 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 Auschlussregelung des § 1 Abs 6 Nr 2 Buchstabe a BErzGG 2006 fällt.

- 107 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.
- 108 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).
- 109 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 Daueraufenthaltsprognose sein (so zu Recht das LSG Nordrhein-Westfalen,

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

110 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)*).

111 (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.

112 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.

113 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 Einstellungs Voraussetzungen 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.

114 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.

- 115 Die aufgeführten Fallkonstellationen zeigen, dass das Kriterium der aktuellen Integration in den Arbeitsmarkt sich insbesondere dort als ungeeignet zur sachgerechten Abgrenzung von Personen mit und ohne günstige Bleibeprognose erweist, wo die in § 1 Abs 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 2006 aufgeführten Aufenthaltstiteln lediglich zur Voraussetzung gemacht hat, dass eine Erwerbsberechtigung einmal vorgelegen hat (*vgl § 1 Abs 6 Nr 2 Halbsatz 1 BErzGG 2006*).
- 116 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".
- 117 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.

118 (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 Aufenthaltserlaubnis erhalten können. Besitzt der Ehepartner jedoch nur einen Aufenthaltstitel zB nach § 25 Abs 4 oder 5 AufenthG, ist ein Aufenthaltstitel nach § 29 AufenthG wegen Familiennachzugs von vornherein ausgeschlossen (*vgl Renner, Ausländerrecht, 8. Aufl 2005, § 29 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.

119 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*).

- 120 (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*).
- 121 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*).
- 122 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 Bleibe-prognose 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.
- 123 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.

- 124 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 Ausländer - 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.
- 125 3. Der Senat sieht keine Möglichkeit, § 1 Abs 6 Nr 3 Buchstabe b BErzGG 2006 dahin verfassungskonform auszulegen, dass der Kläger als anspruchsberechtigt angesehen werden könnte.
- 126 Nach den Feststellungen des SG verfügte der Kläger seit 26.2.2004 über eine unbefristete Arbeitsgenehmigung und nahm nach dem hier streitigen Zeitraum, nämlich am 16.6.2006, eine Beschäftigung auf. Diese führte dazu, dass ihm ab diesem Zeitpunkt nach Auffassung des SG gemäß § 1 Abs 1 Satz 1 Nr 4, § 2 BErzGG kein BErzg mehr zustand. Für eine Erwerbstätigkeit des Klägers in der Zeit vor dem 29.9.2005 sind keine Anhaltspunkte ersichtlich. Es bedarf deshalb in diesem Fall keiner Ausführungen dazu, ob eine früher erfolgte Erwerbstätigkeit im Wege einer verfassungskonformen Auslegung im Rahmen des § 1 Abs 6 Nr 3 Buchstabe b BErzGG 2006 berücksichtigt werden könnte (*hierzu Vorlagebeschluss vom heutigen Tag - B 10 EG 5/08 R - Umdruck S 47*).
- 127 Nach Auffassung des Senats lassen sich andere Personen, insbesondere der Ehegatte des Antragstellers, nicht 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.

128 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 nur der Gesetzgeber vornehmen kann.

Loytved

Kruschinsky

Knörr