B 10 EG 1/13 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten
Abteilung
10
1. Instanz
SG Koblenz (RPF)
Aktenzeichen
S 10 EG 3/09
Datum
26.03.2010
2. Instanz
LSG Rheinland-Pfalz
Aktenzeichen
L 5 EG 3/10
Datum
02.12.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 10 EG 1/13 R
Datum
10.07.2014
Kategorie
Urteil
Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 2. Dezember 2010 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

1

Die Beteiligen streiten über einen Anspruch der Klägerin auf Elterngeld.

2

Die 1988 geborene Klägerin ist serbisch-montenegrinische Staatsangehörige. Sie reiste 1992 als Minderjährige mit ihren Eltern nach Deutschland ein. Am 9.7.2008 wurde ihr eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs 1 S 1 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) erteilt, die bis zum 31.12.2009 befristet war und die Klägerin zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigte. Die nicht verheiratete Klägerin lebte im ersten Lebensjahr ihrer am 10.11.2008 geborenen Tochter allein und erzog diese. Seit dem 1.1.2010 besitzt die Klägerin eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs 1 S 1 AufenthG.

3

Den von der Klägerin im Dezember 2008 gestellten Antrag auf Gewährung von Elterngeld für die ersten zwölf Lebensmonate ihrer Tochter lehnte das beklagte Land ab. Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Elterngeld, weil sie (nur) im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs 1 AufenthG sei, welche nach § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) nicht zum Bezug von Elterngeld berechtige (Bescheid vom 27.1.2009; Widerspruchsbescheid vom 4.3.2009).

4

Das SG hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 26.3.2010). Das LSG hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und zur Begründung ua ausgeführt, § 104a AufenthG treffe eine gesetzliche Altfallregelung für dem Grunde nach ausreisepflichtige, aber langjährig geduldete Ausländer. Eine Aufenthaltsverfestigung sei im Falle einer Aufenthaltserlaubnis nach dieser Vorschrift ausgeschlossen, um den Anreiz zur Arbeitsplatzsuche aufrechtzuerhalten und eine Zuwanderung in die Sozialsysteme zu vermeiden. Vor diesem Hintergrund verstoße § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art 3 GG (Urteil vom 2.12.2010).

5

Auf die Revision der Klägerin hat der Senat das Verfahren gemäß Art 100 Abs 1 GG ausgesetzt und dem BVerfG die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG idF vom 19.8.2007 insoweit mit Art 3 Abs 1 GG vereinbar ist, als danach Ausländer, denen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104a AufenthG erteilt ist, keinen Anspruch auf Elterngeld haben (Vorlagebeschluss vom 15.12.2011 - B 10 EG 15/10 R). Das BVerfG hat die Vorlage für unzulässig erklärt. Der Senat habe sich nicht zur tatsächlichen Aufenthaltsperspektive der von § 104a AufenthG Betroffenen geäußert. Ferner habe er sich nicht hinreichend mit der maßgeblichen einfachrechtlichen Ausgangslage

auseinandergesetzt (Beschluss vom 4.12.2012 - 1 BvL 4/12 = BVerfGE 132, 360).

6

Die Klägerin rügt im fortgeführten Revisionsverfahren weiterhin die Unvereinbarkeit des § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG mit Art 3 Abs 1 GG.

7

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

8

Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

9

Er hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

10

Der Senat hat eine Stellungnahme des Bundesministeriums des Inneren (BMI) vom 12.9.2013 zu den tatsächlichen Umständen der Erteilung und Verlängerung von Aufenthaltserlaubnissen "auf Probe" nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG eingeholt und den Beteiligten zur Kenntnis gegeben. Auf den Inhalt der Stellungnahme wird ausdrücklich Bezug genommen.

II

11

Die Revision der Klägerin war zurückzuweisen (§ 170 Abs 1 S 1 SGG). Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen. Der Sache nach geht es der Klägerin um Elterngeld für die ersten zwölf Lebensmonate ihrer am 10.11.2008 geborenen Tochter in Höhe von monatlich 300 Euro. Die Klägerin erzielte vor der Geburt ihres Kindes kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit, sodass nur der Elterngeld-Sockelbetrag nach § 2 Abs 5 S 1 BEEG in Betracht kam. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Elterngeld. Sie erfüllte zwar unstreitig die Grundvoraussetzungen für einen Elterngeldanspruch, weil sie nach der Geburt ihrer Tochter im Jahr 2008 ihren Wohnsitz in Deutschland hatte (zu den Wohnsitzanforderungen bei ausländischen Staatsangehörigen vgl Vorlagebeschluss vom 15.12.2011 - B 10 EG 15/10 R - RdNr 46 mwN), ihr Kind betreute, dieses erzog und auch keine Erwerbstätigkeit ausübte (vgl § 1 Abs 1 BEEG idF des Gesetzes zur Einführung des Elterngeldes vom 5.12.2006, BGBl I 2748). Die Klägerin war jedoch als nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländerin nicht anspruchsberechtigt (dazu 1.). Der erkennende Senat konnte sich nicht davon überzeugen, dass die Vorschrift des § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG iVm § 104a Abs 1 S 1 AufenthG über die Nichteinbeziehung von nicht freizügigkeitsberechtigten langjährig geduldeten Ausländern in den Kreis der Elterngeldberechtigten verfassungswidrig und daher dem BVerfG nach Art 100 Abs 1 S 1 GG vorzulegen ist (dazu 2.).

12

1. Die Klägerin erfüllt nicht die aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen, unter denen nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländerinnen und Ausländer (ausnahmsweise) Anspruch auf Elterngeld haben.

13

a) Prüfungsmaßstab für den Anspruch der Klägerin auf Elterngeld für ihre am 10.11.2008 geborene Tochter ist § 1 Abs 7 BEEG in seiner am 28.8.2007 in Kraft getretenen Fassung des Art 6 Abs 8 Nr 2 des Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19.8.2007 (BGBl I 1970).

14

Nach § 1 Abs 7 BEEG in der genannten Fassung ist ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer oder eine nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländerin 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 des Aufenthaltsgesetzes erteilt,

b) nach § 18 Abs 2 des Aufenthaltsgesetzes 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 Aufenthaltsgesetzes wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach den §§ 23a, 24, 25 Abs 3 bis 5 des Aufenthaltsgesetzes erteilt,

d) nach § 104a des Aufenthaltsgesetzes erteilt oder

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

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

b) im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt" (zur Verfassungswidrigkeit der Nr 3 Buchst b vgl Beschluss des BVerfG vom 10.7.2012 - 1 BvL 2/10 ua - BVerfGE 132, 72, der allerdings noch nicht zu einer formellen Korrektur des Gesetzes geführt hat).

15

b) Die Klägerin gehört als serbisch-montenegrinische Staatsangehörige zu den nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern; freizügigkeitsberechtigt sind nur Angehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, des Europäischen Wirtschaftsraums und kraft Abkommens Schweizerische Staatsangehörige (vgl Othmer in Roos/Bieresborn, MuSchG/BEEG, § 1 BEEG RdNr 46 f).

16

Die Klägerin besaß im maßgeblichen Zeitraum (Erziehung ihrer Tochter in den ersten zwölf Lebensmonaten) keine Niederlassungserlaubnis iS von § 1 Abs 7 Nr 1 BEEG. Sie war zwar im streitigen Zeitraum im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis, die im Grundsatz - wie eine Niederlassungserlaubnis - zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt (§ 104a Abs 4 S 2 AufenthG), jedoch schließt das BEEG im Anschluss an die vom Zuwanderungsgesetz vom 30.7.2004 (BGBl I 1950) geprägte Rechtslage im Erziehungsgeldrecht (§ 1 Abs 6 BErzGG idF des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13.12.2006, BGBl I 2915; zur Entwicklung vgl Vorlagebeschluss des Senats vom 15.12.2011 - B 10 EG 15/10 R - RdNr 13 ff) nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer trotz einer Aufenthaltserlaubnis mit der Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in gesetzlich näher bestimmten Fällen von einer Anspruchsberechtigung wegen Elterngeld aus.

17

Zu den Aufenthaltserlaubnissen, die keine Elterngeldberechtigung vermitteln, gehört gemäß § 1 Abs 7 Nr 2, 2. Halbs BEEG insbesondere auch die Aufenthaltserlaubnis nach § 104a AufenthG. Trotz des weitergehenden Wortlauts erfasst § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG allein die auf Probe erteilte Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG, nicht hingegen die weiteren Aufenthaltserlaubnisse iS des § 104a AufenthG. Dies ergibt sich aus der aufenthaltsrechtlichen Detailregelung des § 104a AufenthG (vgl BR-Drucks 224/07 S 448 = BT-Drucks 16/5065 S 234; zu § 104a AufenthG eingehend unter II 2b). Die Klägerin erfüllte damit nicht die aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen für einen Elterngeldbezug während der ersten zwölf Lebensmonate ihrer Tochter (10.11.2008 bis 9.11.2009).

18

2. Der erkennende Senat konnte sich nicht davon überzeugen, dass § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG iVm der Altfallregelung des § 104a Abs 1 S 1 AufenthG in seiner hier anwendbaren Fassung wegen eines Verstoßes gegen Art 3 Abs 1 GG verfassungswidrig ist, sodass der Rechtsstreit nicht erneut auszusetzen war, um die Entscheidung des BVerfG nach Art 100 GG, § 80 BVerfGG einzuholen. Der Senat hat keine verfassungsrechtlich unüberwindbaren Bedenken dagegen, dass nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer nur dann Anspruch auf Elterngeld haben, wenn sie voraussichtlich dauerhaft in Deutschland leben (dazu a). Der Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG ist ein geeigneter Anknüpfungspunkt dafür, dass bei nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern eine hinreichend sichere positive Prognose eines voraussichtlich dauerhaften Aufenthalts im Inland nicht möglich ist (dazu b). Die Anknüpfung an den Aufenthaltstitel nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG führt auch zu keiner unverhältnismäßigen Ungleichbehandlung gegenüber anderen nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern, die im Besitz von Aufenthaltstiteln sind, die zum Bezug von Elterngeld berechtigen (dazu c).

19

a) Zweck des Elterngeldes ist es, Familien bei der Sicherung ihrer Lebensgrundlage zu unterstützen, wenn sich Eltern vorrangig um die Betreuung ihrer Kinder kümmern. Jeder betreuende Elternteil, der seine Erwerbstätigkeit unterbricht oder reduziert, soll einen an seinem individuellen Einkommen orientierten Ausgleich für die finanziellen Einschränkungen im ersten Lebensjahr des Kindes erhalten (vgl Gesetzesbegründung BT-Drucks 16/1889 S 2, 15; BT-Drucks 16/2454 S 2). Durch die Betreuung des Kindes sollen die Eltern keine allzu großen Einkommenseinbußen befürchten müssen (vgl Bericht der Bundesregierung vom 30.10.2008 über die Auswirkungen des BEEG sowie über die gegebenenfalls notwendige Weiterentwicklung, BT-Drucks 16/10770 S 5 f). Mit dem BEEG hat der Gesetzgeber die familienpolitischen Leistungen neu ausgerichtet und das bedürftigkeitsabhängige Erziehungsgeld durch ein verstärkt Einkommenseinbußen ersetzendes Elterngeld abgelöst. Wie auch andere Entgeltersatzleistungen ist das Elterngeld in erster Linie dazu bestimmt, das zuletzt (vor der Geburt des Kindes) zum Lebensunterhalt dienende Einkommen teilweise zu ersetzen (vgl zB Urteil des Senats vom 26.3.2014 - B 10 EG 14/13 R - zur Veröffentlichung in SozR 4-7837 § 2 Nr 25 und BSGE vorgesehen, RdNr 31). Unabhängig von früherem Einkommen wird Elterngeld nur in Höhe eines Sockelbetrages von 300 Euro gewährt.

20

Das Elterngeld soll nach der Konzeption des § 1 Abs 7 BEEG allerdings nur solchen Eltern gezahlt werden, die sich voraussichtlich dauerhaft im Inland aufhalten werden (vgl Begründung des Gesetzentwurfs zu § 1 Abs 7 BEEG, BT-Drucks 16/1889 S 19); dies ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Wie das BVerfG mit Beschluss vom 10.7.2012 - 1 BvL 2/10 ua - (BVerfGE 132, 72) im Rahmen der verfassungsrechtlichen Prüfung des § 1 Abs 6 Nr 3 Buchst b BErzGG 2006 sowie des § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst b BEEG ausgeführt hat, darf der Gesetzgeber die Gewährung von Erziehungs- und Elterngeld auf diejenigen ausländischen Staatsangehörigen beschränken, die sich voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhalten. Hiermit verfolgt der Gesetzgeber den legitimen Zweck, mit diesen Leistungen eine nachhaltige Bevölkerungsentwicklung in Deutschland zu fördern.

21

b) Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis "auf Probe" nach § 104a Abs 1 S 1 und 3 AufenthG ist ein geeignetes Beurteilungskriterium dafür, dass es an einer dauerhaften Bleibeperspektive jedenfalls solange fehlt, als es dem Ausländer, der eine solche Aufenthaltserlaubnis besitzt, nicht gelingt, eine ihm rechtlich mögliche Erwerbstätigkeit auszuüben.

22

Bei welchen Eltern ein voraussichtlicher dauerhafter Aufenthalt im Inland anzunehmen ist, hat das Gesetz in § 1 Abs 7 BEEG konkretisiert, indem die Vorschrift an den Besitz bestimmter ausländerrechtlicher Aufenthaltstitel anknüpft. Von einem voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt im Inland ist danach zunächst auszugehen, wenn ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer im Besitz einer Niederlassungserlaubnis ist (vgl § 9 AufenthG iVm § 1 Abs 7 Nr 1 BEEG). Die Niederlassungserlaubnis wird als unbefristeter Aufenthaltstitel erteilt. Sie berechtigt kraft Gesetzes zur Ausübung einer selbstständigen oder unselbstständigen Erwerbstätigkeit und kann nur in den durch das AufenthG ausdrücklich zugelassenen Fällen mit einer Nebenbestimmung versehen werden. Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 9 Abs 2 AufenthG vor, besteht ein Rechtsanspruch auf die Niederlassungserlaubnis, die bei einer Gesamtbetrachtung einen besonderen formellen Grad der Verfestigung des Aufenthalts aufgrund fortgeschrittener Integration zum Ausdruck bringt (so Dienelt in Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Aufl 2013, § 9 AufenthG RdNr 4, 5). Ebenso geht das Gesetz im Grundsatz von einem voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt im Inland aus, wenn der Ausländer im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis ist, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt (§ 1 Abs 7 Nr 2 Halbs 1 BEEG); er nimmt hiervon jedoch im 2. Halbs wieder bestimmte Aufenthaltserlaubnisse aus, bei denen eine positive Bleibeprognose nicht möglich ist.

23

Nicht zum Bezug von Elterngeld berechtigen im Einzelnen folgende Aufenthaltserlaubnisse:

- Aufenthaltserlaubnis für Studium, Sprachkurse oder Schulbesuch (vgl § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst a BEEG iVm § 16 AufenthG) sowie für sonstige Ausbildungszwecke (vgl § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst a BEEG iVm § 17 AufenthG),

- Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit, die nach der Beschäftigungsverordnung (BeschV) nur für einen bestimmten Höchstzeitraum erteilt werden darf (vgl § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst b BEEG iVm § 18 Abs 2 AufenthG) sowie

- Aufenthaltserlaubnis, die von der obersten Landesbehörde nach § 23 Abs 1 AufenthG aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich Ausländern aus bestimmten Staaten oder in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen wegen eines Krieges in ihrem Heimatland erteilt wird (vgl § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG iVm § 23 Abs 1 AufenthG),

- Aufenthaltserlaubnis, die einem Ausländer auf Ersuchen einer Härtefallkommission gewährt wird (vgl § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG iVm § 23a AufenthG; sog Aufenthaltsgewährung in Härtefällen),

- Aufenthaltserlaubnis, die einem Ausländer zum vorübergehenden Schutz erteilt wird (§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG iVm § 24 AufenthG),

- Aufenthaltserlaubnis, die einem Ausländer nach § 25 Abs 3 bis 5 AufenthG erteilt wird, also bei einem Abschiebeverbot (§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG iVm § 25 Abs 3 AufenthG), oder wenn bei einem nicht vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer dringende humanitäre oder persönliche oder erhebliche öffentliche Interessen seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern (§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG iVm § 25 Abs 4 AufenthG), oder bei einer Aufenthaltserlaubnis, die einem Ausländer erteilt wird, der Opfer einer Straftat nach den §§ 232, 233 oder § 233a StGB wurde, auch wenn er vollziehbar ausreisepflichtig ist (§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG iVm § 25 Abs 4a AufenthG idF des Gesetzes vom 19.8.2007, BGBl I 1970) oder wenn es sich um einen Ausländer handelt, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, seine Ausreise aber aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist und mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist (§ 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG iVm § 25 Abs 5 AufenthG).

24

Bei sämtlichen dieser Aufenthaltserlaubnisse kann die Geltungsdauer - anders als bei der Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG (dazu sogleich) - bei Vorliegen der für ihre Erteilung maßgeblichen Voraussetzungen (vgl § 8 Abs 1 AufenthG) bzw unter bei einzelnen Aufenthaltstiteln modifizierten Voraussetzungen verlängert werden (vgl § 16 Abs 1 S 5 AufenthG; § 17 Abs 3 AufenthG; § 39 AufenthG iVm BeschV, § 25 Abs 4 S 2, Abs 4b S 3 AufenthG).

25

Durch Art 1 Nr 82 des Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19.8.2007 (BGBl I 1970) wurde mit Wirkung vom 28.8.2007 ein § 104a in das AufenthG eingefügt und § 1 Abs 7 Nr 2 BEEG um den Buchst d erweitert, der die Aufenthaltserlaubnis nach § 104a AufenthG zum Gegenstand hat. Nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG soll einem geduldeten Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn er sich am 1.7.2007 seit mindestens acht Jahren oder ununterbrochen geduldet, gestattet oder mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen im Bundesgebiet aufgehalten hat und er über ausreichenden Wohnraum sowie hinreichende mündliche Deutschkenntnisse verfügt, die Ausländerbehörde nicht vorsätzlich über aufenthaltsrechtlich relevante Umstände getäuscht oder behördliche Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung nicht vorsätzlich hinausgezögert oder behindert hat, keine Bezüge zu extremistischen oder terroristischen Organisationen hat und diese auch nicht unterstützt sowie nicht wegen einer im Bundesgebiet begangenen - näher beschriebenen - vorsätzlichen Straftat verurteilt wurde. Nach § 104a Abs 1 S 2 AufenthG wird die Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs 1 S 1 AufenthG erteilt, wenn der Ausländer seinen Lebensunterhalt eigenständig durch Erwerbstätigkeit sichert. § 104a Abs 4 S 2 AufenthG bestimmt, dass die Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt. Gemäß § 104a Abs 5 S 1 AufenthG

wird die Aufenthaltserlaubnis mit einer Gültigkeit bis zum 31.12.2009 erteilt und soll nach Satz 2 unter bestimmten Voraussetzungen als Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs 1 S 1 AufenthG verlängert werden. Schließlich kann nach Maßgabe des § 104a Abs 6 AufenthG bei der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis zur Vermeidung von Härtefällen von Abs 5 abgewichen werden.

26

Zur Erweiterung des § 1 Abs 7 Nr 2 BEEG um den Buchst d durch Art 6 Abs 8 Nr 2 Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union ebenfalls mit Wirkung vom 28.8.2007 heißt es in der Gesetzesbegründung (vgl BT-Drucks 16/5065 S 234): "Die Änderung steht im Zusammenhang mit der gesetzlichen Altfallregelung des § 104a AufenthG. Die auf Probe erteilte Aufenthaltserlaubnis nach § 104a AufenthG ist, wie die anderen in Absatz 7 Nr. 2 genannten Aufenthaltstitel, ein Aufenthaltstitel, der nicht zu einem Daueraufenthalt führt. Die Aufenthaltserlaubnis wird längstens bis zum 31. Dezember 2009 erteilt. Eine Verlängerung dieses Aufenthaltstitels erfolgt nicht. Während des Besitzes dieses Aufenthaltstitels ist die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 104a Abs. 1 Satz 2 (richtig: S 3) Halbs 3 iVm § 26 Abs 4 AufenthG ausgeschlossen".

27

Bei § 104a AufenthG handelt es sich - wie die Gesetzesüberschrift ausweist - um eine "Altfallregelung", die nur für einen begrenzten Übergangszeitraum (bis 31.12.2009) Rechtsgrundlage für eine befristete Aufenthaltserlaubnis sein konnte. Die Vorschrift ist außerhalb der regulären Aufenthaltstitel (Kapitel 2, §§ 3 ff AufenthG) bei den Übergangs- und Schlussvorschriften des AufenthG (Kapitel 10, §§ 99 ff AufenthG) geregelt. Sie trat am 28.8.2007 in Kraft und nahm die "Bleiberechtsregelung" der Innenministerkonferenz (IMK) vom November 2006 auf, verstetigte und modifizierte diese. § 104a AufenthG bezweckte in großzügiger Absicht die Erteilung von Arbeitserlaubnissen an am 1.7.2007 (Stichtag) langjährig geduldete Ausländer. Ihnen sollte unter den in § 104a AufenthG näher geregelten Voraussetzungen eine Perspektive auf einen dauerhaften Aufenthalt im Inland gegeben werden. Gleichzeitig sollten im Interesse der Vermeidung der Zuwanderung in die Sozialsysteme zunächst bestimmte Ausländer ausgeschlossen bleiben (vgl Röseler/Samel in Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Aufl 2013, § 104a AufenthG RdNr 2; Huber, AufenthG, 2010, Vorbem zu §§ 104a und 104b RdNr 2). Die Aufenthaltserlaubnis konnte - wenn ihre Voraussetzungen vorlagen - nur mit einer Gültigkeit bis zum 31.12.2009 erteilt werden. Sie konnte als solche überhaupt nicht verlängert werden und konnte nach § 104a Abs 5 S 2 AufenthG nur dann um weitere zwei Jahre als Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs 1 S 1 AufenthG verlängert werden, wenn der Lebensunterhalt des Ausländers bis zum 31.12.2009 überwiegend eigenständig durch Erwerbstätigkeit gesichert war oder der Ausländer mindestens seit 1.4.2009 seinen Lebensunterhalt nicht nur vorübergehend eigenständig sicherte. Die Aufenthaltserlaubnis wurde auf zwei Arten erteilt:

- Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs 1 S 2 AufenthG iVm § 23 AufenthG erhielt, wer zum Zeitpunkt der Beantragung alle Voraussetzungen einschließlich der eigenen Lebensunterhaltssicherung erfüllte.

- Wer - wie die Klägerin - die Voraussetzungen allein wegen fehlender Lebensunterhaltssicherung nicht erfüllte, erhielt zunächst nur die Aufenthaltserlaubnis "auf Probe" nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG, die abweichend von § 5 Abs 1 Nr 1 und Abs 2 AufenthG erteilt wurde.

28

In der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zu § 104a AufenthG (BR-Drucks 224/07 S 366, 367 = BT-Drucks 16/5065 S 201, 202) heißt es: "Die Frage einer Altfall- oder Bleiberechtsregelung für ausreisepflichtige Ausländer, die seit Jahren im Bundesgebiet geduldet und hier wirtschaftlich und sozial integriert sind" und deren "Abschiebung nach aller Voraussicht auch in nächster Zeit nicht möglich sein wird, stand seit längerer Zeit zur Diskussion. Mit der gesetzlichen Altfallregelung des § 104a wird dem Bedürfnis der seit Jahren im Bundesgebiet geduldeten und hier integrierten Ausländer nach einer dauerhaften Perspektive in Deutschland Rechnung getragen. Die Voraussetzungen und Ausschlussgründe für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 104a sind zum großen Teil eng an die des Bleiberechtsbeschlusses der IMK vom 17. November 2006 angelehnt. Die Voraussetzungen für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ergeben sich aus Absatz 1. Die Kriterien sollen diejenigen begünstigen, die faktisch und wirtschaftlich ... integriert sind und sich rechtstreu verhalten haben. Erteilt wird die Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 Satz 1, wenn die Betroffenen ihren Lebensunterhalt eigenständig durch Erwerbstätigkeit sichern. Geduldete, die ihren Lebensunterhalt noch nicht eigenständig durch Erwerbstätigkeit sichern, jedoch die übrigen Voraussetzungen des § 104a erfüllen, erhalten eine Aufenthaltserlaubnis auf Probe. Eine Aufenthaltsverfestigung ist im Falle der Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 1 Satz 1 ausgeschlossen, um den Anreiz zur Arbeitsplatzsuche aufrechtzuerhalten und eine Zuwanderung in die Sozialsysteme zu vermeiden."

29

Die Altfallregelung selbst stellte damit den rechtlich durch entsprechende Aufenthaltstitel gesicherten dauerhaften Aufenthalt nur in Aussicht, knüpfte den Eintritt dieser Perspektive aber an ganz konkrete weitere Bedingungen. In zeitlicher Hinsicht wurden die begünstigten Ausländer durch die Befristung der Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG bis längstens 31.12.2009 unter "Druck gesetzt", für den Eintritt dieser Voraussetzungen (insbesondere eigene Unterhaltssicherung) zu sorgen; mit einer weiteren Verlängerung dieses Aufenthaltstitels konnten sie nicht rechnen. Andererseits waren Ausländer wie die Klägerin zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt und hatten mit der nach § 104a Abs 5 S 1 AufenthG bis zum 31.12.2009 zu erteilenden Aufenthaltserlaubnis "auf Probe" für einen mindestens zweijährigen Zeitraum Planungssicherheit zum Einstieg in die Erwerbstätigkeit (Huber in Huber, AufenthG, 2010, § 104a AufenthG RdNr 30). Sie konnten einen zum Elterngeldbezug berechtigenden Aufenthaltstitel erlangen, sobald sie in der Lage waren, ihren Lebensunterhalt selbstständig durch Erwerbstätigkeit zu sichern; für einen solchen Wechsel von der Erlaubnis "auf Probe" in eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs 1 S 1 AufenthG brauchte der Ablauf der Befristung nicht abgewartet zu werden (HK-AuslR/Fränkel, 1. Aufl 2008, § 104a AufenthG RdNr 17 aE mwN; Albrecht in Storr/Wenger/Eberle/Albrecht/Harms/Kreuzer, Zuwanderungsrecht, 2. Aufl 2008, § 104a AufenthG RdNr 17). Bei der Beurteilung, ob der Lebensunterhalt überwiegend eigenständig gesichert werden konnte, legte der Gesetzgeber einen niedrigen Maßstab an, machte den Eintritt der Perspektive (dauerhafter Aufenthaltstitel) also nicht von faktisch kaum oder nicht erreichbaren Erfordernissen abhängig: so war die Inanspruchnahme ergänzender Sozialleistungen unschädlich, solange die eigenständig erzielten Einkünfte überwogen. Auch eine zeitweise (aber nicht überwiegende) Arbeitslosigkeit stand einer Verlängerung nicht entgegen. Zudem konnte bei dieser Prüfung von der regulären aufenthaltsrechtlichen Bewertung abgewichen werden, wenn der Verlauf der

Erwerbstätigkeit eine positiv fortschreitende Entwicklung aufwies. Dies war zB der Fall, wenn Fortbildungs- und Qualifizierungsmaßnahmen zur Eingliederung in den Arbeitsprozess geführt hatten oder wenn eine Teilzeit- in eine Vollzeitstelle umgewandelt worden war (HK-AuslR/Fränkel, 1. Aufl 2008, § 104a AufenthG RdNr 28). Die Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis (§ 26 Abs 4 AufenthG) an Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG war indessen ausdrücklich ausgeschlossen (§ 104a Abs 1 S 3 Halbs 3 AufenthG).

30

Ein Ausländer, der eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG erhielt, musste somit damit rechnen, dass er am 1.1.2010 zur Ausreise verpflichtet war, wenn es ihm nicht gelang, bis dahin durch eigene Erwerbstätigkeit seinen Lebensunterhalt sicherzustellen. Denn gemäß § 50 Abs 1 AufenthG ist ein Ausländer zur Ausreise verpflichtet, wenn er einen erforderlichen Aufenthaltstitel nicht oder nicht mehr besitzt. Sobald der Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG nachweisen konnte, dass er seinen Lebensunterhalt eigenständig durch Erwerbstätigkeit sichern konnte, wurde ihm bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs 1 S 1 AufenthG erteilt, welche - abgesehen vom Ausnahmefall einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs 1 AufenthG gerade "wegen eines Krieges" - den Bezug von Elterngeld nicht mehr ausschloss.

31

Obwohl die Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG ihrem Zweck nach den Weg in einen dauerhaften Aufenthalt ebnen sollte, hält es der Senat angesichts dieser klaren gesetzlichen, insbesondere zeitlich überschaubaren (Befristung bis 31.12.2009) Perspektive bei Ausschluss einer Verlängerungsmöglichkeit unter unveränderten Voraussetzungen und des sogar möglichen Rückfalls in eine Duldung (vgl BVerfG Beschluss vom 4.12.2012 - 1 BvL 4/12 - RdNr 33) für ausgeschlossen, im Zeitraum "der Aufenthaltserlaubnis auf Probe", dh von Inkrafttreten des § 104a AufenthG bis maximal zum 31.12.2009 von einer hinreichenden Bleibeprognose auszugehen, solange der Ausländer "nur" im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG war. Jede andere Bewertung der einschlägigen Vorschriften und der hierzu gegebenen Begründungen würde den unmissverständlich artikulierten Willen des Gesetzgebers, beim Aufenthaltstitel nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG noch nicht von einem gesicherten Daueraufenthalt des Ausländers im Inland auszugehen, missachten.

32

Der Gesetzgeber musste bei Inkrafttreten des § 104a AufenthG und des § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst b BEEG am 28.8.2007 auch nicht davon ausgehen, dass die damals bestehenden tatsächlichen Umstände trotz der zu erteilenden "Aufenthaltserlaubnis auf Probe" typischerweise gleichwohl einen Daueraufenthalt auch dieser Ausländergruppe erwarten ließen. Ein offener Widerspruch zwischen der rechtlichen Qualität des durch § 104a Abs 1 S 1 AufenthG vermittelten, nur befristeten und damit nicht auf Dauer angelegten Aufenthalts im Inland einerseits und den tatsächlichen Verhältnissen, die einen dauerhaften Inlandsaufenthalt nahelegen könnten, lag bei Inkrafttreten des § 104a AufenthG nicht vor. Jedenfalls ergibt sich weder aus verfügbaren Quellen noch aus der Stellungnahme des BMI vom 12.9.2013, dass sich dem Gesetzgeber bei Inkrafttreten des § 104a AufenthG eine positive Bleibeprognose aufdrängen musste. Ein Widerspruch zwischen der getroffenen gesetzlichen Regelung und den tatsächlichen Umständen ist objektiv nicht feststellbar. Anlass für die Einführung des § 104a AufenthG war vielmehr gerade der Umstand, dass eine Vielzahl von Menschen es trotz langjährigen Aufenthalts in Deutschland und Bleiberechtsregelungen unterhalb der höheren ausländerrechtlichen Hürden gerade nicht geschafft hatten, für sich einen rechtlich gesicherten Aufenthalt zu begründen. Die Chance für einen gesicherten Daueraufenthalt wollte ihnen der Gesetzgeber vielmehr erst mit der Regelung des § 104a AufenthG eröffnen, dies allerdings unter anderem vom Verhalten der Begünstigten abhängig machen.

33

Der Senat verkennt insoweit nicht, dass der von der Übergangsregelung betroffene Personenkreis langjährig geduldeter Ausländer de facto auch nach Auslaufen der Übergangsregelung größtenteils weiterhin in der Bundesrepublik verblieben sein dürfte. Bis zum 31.12.2009 wurden insgesamt 29 937 Aufenthaltserlaubnisse "auf Probe" nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG erteilt. Insgesamt wurden bis zum 31.12.2009 10 512 Aufenthaltserlaubnisse verlängert (Stellungnahme des BMI vom 12.9.2013 Anl 1 und Anl 2). Um wesentlichen Teilen des betroffenen Personenkreises den Aufenthalt jenseits der bloßen Duldung zu ermöglichen, hat die IMK am 3./4.12.2009 einen weiteren IMK-Bleiberechtsbeschluss gefasst, mit dem die Voraussetzungen abgesenkt wurden und der Verlust der Aufenthaltserlaubnis verhindert werden sollte. Danach wurden Aufenthaltserlaubnisse unter erleichterten Voraussetzungen nach § 23 Abs 1 AufenthG für die Dauer von zwei Jahren bis zum 31.12.2011 erteilt (abgedruckt in InfAuslR 2010, 115). Insgesamt betraf dies 13 835 Fälle (Stellungnahme des BMI vom 12.9.2013 Anl 2). Hieran anschließend wurde auf der IMK vom 8./9.12.2011 Einigkeit erzielt, dass die auf der Grundlage der Bleiberechtsregelung vom 4.12.2009 erteilten Aufenthaltserlaubnisse auf dieser Grundlage verlängert werden könnten (Beschluss vom 8./9.12.2011, ZAR 2012, 44). Eine Gesetzesänderung erfolgte indessen insoweit nicht. Auch wenn sodann bis zum 31.12.2010 weitere Aufenthaltserlaubnisse nach § 104a Abs 5 und 6 AufenthG verlängert wurden und es in den wenigsten Fällen zu Ablehnungen von Verlängerungsanträgen gekommen sein dürfte (Stellungnahme des BMI vom 12.9.2013 Anl 2), belegen die Zahlen, dass der Aufenthaltsstatus nach § 104a AufenthG im Einklang mit seiner rechtlichen Zielsetzung typischerweise keinen Daueraufenthalt auf der Grundlage dieses Aufenthaltstitels erwarten ließ. Denn erst durch etliche zusätzliche Aktivitäten der IMK im weiteren Verlauf und damit einer nach der Gesetzeslage nicht ohne Weiteres zu erwartenden Verwaltungspraxis konnte ein Rückfall wesentlicher Anteile dieses Personenkreises in die Duldung verhindert werden.

34

Die geschilderte aufenthaltsrechtliche Großzügigkeit der Ausländerbehörden gegenüber dem von § 104a Abs 1 S 1 AufenthG begünstigten, ursprünglich nur geduldeten Personenkreis zieht aus Sicht des Senates nicht in Zweifel, dass bei Inkrafttreten der Vorschrift nicht mit einem dauerhaften Aufenthalt dieser Ausländergruppe im Inland gerechnet werde konnte; an dieser Prognose konnten, wenn überhaupt, erst Zweifel aufkommen, als die IMK, ohne gesetzliche Änderungen, Ende 2009 auf der Vollzugsebene erleichterte Bleiberechtsregelungen beschloss. Den gesetzgeberischen Willen, einen "Zuzug in die Sozialsysteme" zu vermeiden, konnten diese Maßnahmen auf Verwaltungsebene nicht aufheben. Jedenfalls darf es dem Staat sozialrechtlich und damit fiskalisch nicht zum Nachteil gereichen, wenn er Ausländer, die er mit sachlich vertretbaren Gründen von Sozialleistungen ausschließen will, ausländerrechtlich nachsichtig und milder behandelt, indem er von der Durchsetzung einer an sich bestehenden oder drohenden Ausreisepflicht absieht, als es das Gesetz nach

Wortlaut, Sinn und Zweck vorsieht. Diese "ausländer- und aufenthaltsrechtliche" Wohltat beim Vollzug des Gesetzes kann nicht zwangsläufig dazu führen, dass Ausländern durch die Sozialgerichte soziale Leistungen zuteilwerden, die der Gesetzgeber mit seinen expliziten Regelungen und der dazu erklärten Begründung gerade ausschließen oder zumindest an weitere Integrationsschritte knüpfen wollte.

35

c) Die Anknüpfung an den Aufenthaltstitel nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG führt nicht zu einer unverhältnismäßigen Ungleichbehandlung gegenüber privilegierten nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern, die im Besitz solcher Titel sind, die zum Bezug von Elterngeld berechtigen oder berechtigen können. Für die getroffene Differenzierung bestehen Gründe von solchem Gewicht, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen (vgl BVerfGE 111, 160, 170 = SozR 4-5870 § 1 Nr 1 RdNr 46). Der erkennende Senat konnte sich nicht davon überzeugen, dass die Ungleichbehandlung gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art 3 Abs 1 GG) verstößt.

36

aa) Der allgemeine Gleichheitssatz gemäß Art 3 Abs 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Dem Gesetzgeber ist damit aber nicht jede Differenzierung verwehrt. Ihm kommt im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit für die Abgrenzung der begünstigten Personenkreise ein Gestaltungsspielraum zu. Für den Gesetzgeber ergeben sich jedoch aus dem allgemeinen Gleichheitssatz umso engere Grenzen, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (BVerfG Beschluss vom 6.7.2004 - 1 BvR 2515/95 - BVerfGE 111, 176, 184 = SozR 4-7833 § 1 Nr 4 RdNr 26 zur Verfassungswidrigkeit der früheren Ausgrenzung von Ausländern mit einer Aufenthaltsbefugnis nach dem AuslG im Erziehungsgeldrecht; ebenso BVerfG Beschluss vom 6.7.2004 - 1 BvL 4/97 - BVerfGE 111, 160, 169 = SozR 4-5870 § 1 Nr 1 RdNr 42 f zur Verfassungswidrigkeit einer entsprechend formulierten früheren Ausschlussregel im Kindergeldrecht). Der hierbei zu berücksichtigende Schutz von Ehe und Familie (Art 6 Abs 1 GG) enthält keine Beschränkung auf Deutsche (vgl BVerfG Beschluss vom 4.5.1971 - 1 BvR 636/68 - BVerfGE 31, 58, 67; BVerfG Beschluss vom 30.11.1982 - 1 BvR 818/81 - BVerfGE 62, 323, 329 = SozR 2200 § 1264 Nr 6 S 15). Ob eine gesetzliche Regelung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz vereinbar ist, hängt davon ab, ob für die getroffene Differenzierung Gründe von solchem Gewicht bestehen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen können (BVerfGE 111, 160, 170 = SozR 4-5870 § 1 Nr 1 RdNr 46). Entsprechendes gilt bei einer sachwidrigen Gleichbehandlung. Strengere Anforderungen an eine an die Zugehörigkeit zu einer Personengruppe anknüpfende Unterscheidung sind nach der Rechtsprechung des BVerfG zu stellen, wenn der Einzelne das Vorliegen des Differenzierungsmerkmals nicht durch eigenes Verhalten beeinflussen kann. Letzteres hat das BVerfG für eine Ausländerin angenommen, deren ausländerrechtlicher Status im Wesentlichen unabhängig von ihrem eigenen Verhalten war (vgl BVerfG Beschluss vom 6.7.2004 - 1 BvL 4/97 - BVerfGE 111, 160 = SozR 4-5870 § 1 Nr 1 RdNr 45).

37

bb) Indem die Klägerin als Inhaberin einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG ausnahmslos vom Zugang zum Elterngeld ausgeschlossen ist, wird sie zwar im Verhältnis zu den in § 1 Abs 7 Nr 1 und 2 BEEG genannten Personen mit positiver Bleibeprognose ungleich behandelt. Der Aufenthaltstitel nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG ist den elterngeldrechtlich vorteilhaften Titeln mit verfestigtem Aufenthaltsstatus jedoch - wie dargelegt - weder rechtlich vergleichbar noch ließen die tatsächlichen Umstände typischerweise gleichwohl einen Daueraufenthalt erwarten.

38

cc) Eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern mit (zunächst) negativer Bleibeprognose nach § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG, denen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs 1 AufenthG wegen eines Krieges in ihrem Heimatland, nach §§ 23a, 24 oder 25 Abs 3 bis 5 AufenthG erteilt worden ist, ergibt sich daraus, dass für diesen Personenkreis eine - vom BVerfG insoweit nicht beanstandete - Rückausnahme nach § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst a BEEG im Sinne einer Anspruchsberechtigung möglich ist, wenn der Ausländer sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält (positive Bleibeprognose nach 3-Jahresaufenthalt). Abgesehen davon, dass eine Rückausnahme für langjährig geduldete Ausländer mit einem Titel nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG vergleichbar der Regelung bei Aufenthaltstiteln aus humanitären Gründen sinnentleert wäre, weil der langjährige - mehr als dreijährige - Aufenthalt gerade kennzeichnende Voraussetzung der Aufenthaltserlaubnis auf Probe ist, konnten die Personen, die im Besitz der in § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG genannten Titel waren, unter den oben näher beschriebenen Voraussetzungen zumindest mit einer Verlängerung ihrer Aufenthaltserlaubnis rechnen. So sind zB die Gründe für eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen nicht zwingend vorübergehend und können deshalb, solange sie weiter andauern, zu einer Verfestigung des Aufenthalts führen, wenn der Ausländer die weiteren Voraussetzungen erfüllt.

39

dd) Der Gesetzgeber durfte es im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit auf dem Gebiet des Aufenthaltsrechts einerseits und des Zugangs zu steuerfinanzierten Familienausgleichsleistungen (hier: Elterngeld) die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis "auf Probe" nach § 104a Abs 1 S 1 und 3 AufenthG andererseits als ausreichendes Indiz werten, dass es an einer dauerhaften Bleibeperspektive jedenfalls solange fehlt, als es dem Ausländer nicht gelingt, eine ihm rechtlich mögliche Erwerbstätigkeit auszuüben (dazu oben unter II 2.b). Angesichts des vom Gesetzgeber verfolgten legitimen Ziels, eine Zuwanderung in die Sozialsysteme zu verhindern, war die Verknüpfung der Bleibeperspektive mit der Ausübung einer Erwerbstätigkeit ersichtlich geeignet und verhältnismäßig. Für die Gruppe von Ausländern, der die Klägerin angehörte, war es zudem nicht ausgeschlossen, den ihr zuerkannten Aufenthaltstitel durch das eigene Verhalten zu beeinflussen, denn es hing auch vom persönlichen Einsatz jedes einzelnen Ausländers ab, ob es ihm gelang, durch Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in den Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs 1 AufenthG und damit letztlich zu einem Anspruch auf Elterngeld zu gelangen. Der Gesetzgeber hat die Voraussetzungen hierfür - wie ausgeführt - eher niedrig angesetzt; verzichten wollte er hierauf jedoch für einen dauerhaften Aufenthalt im Inland nicht.

40

Bei Inhabern der in § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG iVm § 104a Abs 1 S 1 AufenthG genannten Aufenthaltstitel war es ausdrücklich ausgeschlossen, auf deren Grundlage nach § 9 und § 26 Abs 4 AufenthG eine unbefristete Niederlassungserlaubnis zu erteilen (vgl § 104a Abs 1 S 3 AufenthG). Eine solche Verfestigung konnte nur über den Umweg des § 23 Abs 1 AufenthG und damit erst nach der vom Gesetzgeber als ausschlaggebend angesehenen, bei Inhabern einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG zunächst begriffsnotwendig fehlenden eigenen Sicherung des Lebensunterhalts geschehen; hierin zeigt sich eine rechtlich erheblich "schwächere Ausgestaltung" des durch § 104a Abs 1 S 1 AufenthG vermittelten Aufenthalts- und Bleiberechts im Vergleich etwa auch zu den in § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG aufgeführten Aufenthaltstiteln mit der Option des Erwerbs einer Elterngeldberechtigung über die Rückausnahme nach § 1 Abs 7 Nr 3 Buchst a BEEG. Zwar war auch dort die Sicherung des Lebensunterhalts Voraussetzung für eine weitere Verfestigung des Aufenthaltstitels zu einer Niederlassungserlaubnis, ihr Fehlen allerdings nicht begriffsnotwendig Voraussetzung für die Erteilung und Verlängerung der Titel, insbesondere auch nicht des Titels nach § 25 Abs 5 AufenthG für vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer bei rechtlicher oder tatsächlicher Unmöglichkeit der Ausreise. Inhaber von Aufenthaltstiteln nach § 25 Abs 5 AufenthG waren - im Unterschied zu Inhabern einer Aufenthaltserlaubnis auf Probe - nicht allein durch ihren persönlichen Entschluss, sondern durch ein objektiv bestehendes Ausreisehindernis dauerhaft an der Ausreise gehindert. Solange dieses Hindernis fortbestand, drohte ihnen auch bei fehlender Sicherung des Lebensunterhalts kein Verlust ihrer Rechtsstellung.

41

Weiter fand nach § 104a Abs 5 S 5 AufenthG die Fiktionswirkung des § 81 Abs 4 AufenthG beim Aufenthaltstitel nach § 104a Abs 1 S 1 Nr 1 AufenthG keine Anwendung. Damit wurde verhindert, dass sich Ausländer, welche die Voraussetzungen des § 104a Abs 5 S 2 AufenthG für eine Verlängerung des Aufenthaltstitels um weitere zwei Jahre als "Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs 1 Satz 1 AufenthG" nicht erfüllten, allein durch das Stellen eines Verlängerungsantrages einer Abschiebung entziehen konnten. Damit standen diese Personen am 1.1.2010 ggf aufenthaltsrechtlich sogar schlechter da, als vor Erteilung der Aufenthaltserlaubnis, als sie immerhin eine - ihrer Art nach vorübergehende - Duldung (vgl § 60a AufenthG) hatten (vgl dazu Röseler/Samel in Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Aufl 2013, § 104a AufenthG RdNr 20). Bei den in § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst c BEEG genannten - elterngeldrechtlich vorteilhaften - Aufenthaltstiteln fehlt es an einer entsprechenden, § 81 Abs 4 AufenthG ausschließenden Regelung, sodass sich auch insoweit § 104a Abs 1 S 1 AufenthG als schwächer ausgestaltetes Aufenthalts- und Bleiberecht erweist (vgl insoweit auch die Hinweise in BVerfG Beschluss vom 4.12.2012 - 1 BvL 4/12 - BVerfGE 132, 360 = Juris RdNr 31 bis 33).

42

Gegen die Verfassungswidrigkeit der Regelung des § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG iVm § 104a Abs 1 S 1 AufenthG spricht schließlich, dass § 104a Abs 6 AufenthG eine Reihe von Härtefällen vorsieht, in denen bei der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis von § 104a Abs 5 AufenthG abgewichen werden konnte. Dies gilt nach § 104a Abs 6 Nr 1 AufenthG nicht nur bei Auszubildenden in anerkannten Lehrberufen oder in staatlich geförderten Berufsvorbereitungsmaßnahmen, sondern auch bei Familien mit Kindern, die nur vorübergehend auf ergänzende Sozialleistungen angewiesen waren (Nr 2) oder bei Alleinerziehenden mit Kindern, die vorübergehend auf Sozialleistungen angewiesen waren, und denen eine Arbeitsaufnahme nach § 10 Abs 1 Nr 3 SGB II nicht zuzumuten war (Nr 3). Insbesondere die zuletzt genannte Vorschrift hätte es der Klägerin möglicherweise frühzeitig erlaubt, nach der Geburt ihrer Tochter die ihr zuvor am 9.7.2008 erteilte Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG nach dem 31.12.2009 als eine solche nach § 23 Abs 1 S 1 AufenthG und damit als einen Aufenthaltstitel mit Zugang zum Elterngeld zu verlängern; dass zu diesem Zeitpunkt die ersten zwölf Lebensmonate ihres Kindes bereits abgelaufen waren, spielt für die insoweit abstrakt und nicht auf die individuellen Verhältnisse gerade der Situation der Klägerin abstellende verfassungsrechtliche Beurteilung der Regelung des § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG iVm § 104a Abs 1 S 1 AufenthG keine Rolle.

43

Mit Blick auf das nur für einen begrenzten Zeitraum vom 28.8.2007 bis 31.12.2009 in Frage stehende Mindestelterngeld (sog Sockel- oder Basisbetrag; § 2 Abs 4 BEEG idF des Gesetzes zur Einführung des Elterngeldes vom 5.12.2006, BGBl I 2748) drängt sich hiernach angesichts der Berechtigung des Gesetzgebers zur Generalisierung, Typisierung und Pauschalierung (BVerfG NZS 2012, 462 RdNr 17 mwN) nicht auf, dass der Gesetzgeber weitere - an einzelfallbezogene Prognosen anknüpfende - verwaltungsaufwändige Differenzierungen innerhalb des vorgenannten Personenkreises hätte treffen müssen, wie hier etwa in Bezug auf die Klägerin, die zum 1.1.2010 in den Genuss eines Aufenthaltstitels nach § 23 Abs 1 S 1 AufenthG mit der daraus resultierenden Berechtigung zur Inanspruchnahme von Elterngeld gekommen ist.

44

ee) Insgesamt sieht der Senat daher keine hinreichenden rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte, die es dem Gesetzgeber verwehrt hätten, durch eine Bezugnahme auf den Aufenthaltstitel des § 104a Abs 1 S 1 AufenthG in § 1 Abs 7 Nr 2 Buchst d BEEG den Bezug von Elterngeld für diesen Personenkreis auszuschließen und so eine "dauerhafte Zuwanderung in die Sozialsysteme zu vermeiden" (vgl BT-Drucks 16/5065 S 202). Der Gesetzgeber hat seinen Willen insoweit sowohl im Gesetz selbst als auch in der Begründung des Gesetzentwurfs mehrfach unmissverständlich zum Ausdruck gebracht. Der Senat kann auch nicht erkennen, dass sich der Gesetzgeber damit in einen rechtlichen Widerspruch zur Rechtsposition von Eltern gesetzt hat, die im Besitz anderer Aufenthaltstitel waren. Ebenso wenig hat der Senat hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber die tatsächlichen Verhältnisse innerhalb seines weiten gesetzgeberischen Prognosespielraums falsch einschätzte und angesichts der Rechtspraxis Ausländer mit einem Aufenthaltstitel nach § 104a Abs 1 S 1 AufenthG ohne Weiteres mit einem faktischen Daueraufenthalt im Inland hätten rechnen dürfen. Entscheidend ist insoweit nicht die eigene Anschauung der Rechtsprechung ex post, sondern die vom Gesetzgeber bei Erlass der Regelung absehbare Entwicklung der Verhältnisse. Der Gesetzgeber ging insoweit bei Schaffung der Übergangsregelung des § 104a Abs 1 S 1 AufenthG von einer Zäsur aus, die es Ausländern unter bestimmten Voraussetzungen ermöglichen sollte, nach Ablauf der Altfallregelung und nach "erfolgreichem Durchlaufen der Probezeit" einen verfestigten Aufenthaltstitel zu erwerben. Wenn die Innenminister - über den bisherigen Plan hinausgehend - im Dezember 2009 eine Anschlussregelung beschlossen (abgedruckt in InfAuslR 2010, 115), wonach den Inhabern einer Aufenthaltserlaubnis auf Probe unter bestimmten Bedingungen bis 31.12.2011 eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs 1 S 1 AufenthG erteilt wurde, lässt dies die zuvor getroffene Prognose und Erwartung des Gesetzgebers und erst recht seinen gesetzgeberischen Willen, insoweit keine verfestigte, zum Bezug von Elterngeld berechtigende Position schaffen zu wollen, unberührt.

45

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.
Rechtskraft
Aus
Login
BRD
Saved
2014-12-23