

Jonny Bruhn-Tripp
Gisela Tripp

Arbeitshilfe

Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch

**Neuregelungen zur Bekämpfung von
Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung**

**Neuregelung der Anspruchsberechtigung
von Unionsbürgern auf Kindergeld**

**Übersicht: Kreis der leistungsberechtigten
und vom Kindergeld ausgeschlossenen Aus-
länder**

Stand: Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch
vom 11. Juli 2019

Gender

Wenn in dieser Schrift die maskuline Schreibweise verwendet wird, ist bei Entsprechung auch die feminine Form gemeint. Auf eine geschlechtsneutrale Schreibweise wird zugunsten der Lesbarkeit des Textes verzichtet.

Verfasser

Jonny Bruhn-Tripp, Referent für Sozialpolitik und Sozialberater

Mitwirkung

Gisela Tripp, Leiterin des Arbeitslosenzentrums der Arbeiterwohlfahrt Unterbezirk Dortmund

Zu dieser Schrift

Das Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch ist am 18. Juli 2019 in Kraft getreten. Erklärtes Ziel des Gesetzes ist es, illegale Beschäftigung, Schwarzarbeit und Sozialleistungsbetrug im Rechtskreis des SGB II, SGB III und beim Kindergeld zu bekämpfen. Zu diesem Zweck sind durch das Gesetz die Aufgaben, Prüf-, Ermittlungs- und Verfahrensrechte der Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Zollverwaltung erweitert worden.

Ein weiteres Ziel ist es, Armuts- und Arbeitslosigkeitsflucht von Unionsbürgern in das Sozialsystem, hier: dem Kindergeld zu verhindern. Dieses Ziel wird durch eine Neuordnung der Kindergeldberechtigung von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU-/EWR-Staaten (Unionsbürger) umgesetzt. In der Gesetzesbegründung heißt es: Den Leistungsmissbrauch von Kindergeld durch Unionsbürger zu bekämpfen.

Die Neuordnung der Anspruchsberechtigung auf Kindergeld folgt der Gesetzespolitik im Sozialgesetzbuch II (Hartz IV Gesetz) und in der Sozialhilfe des SGB XII.^{1/2} Die Philosophie der Gesetzesänderung lautet: Wer einreist, ohne je Steuern oder Sozialbeiträge gezahlt zu haben, soll

¹ Vgl.: Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II und der Sozialhilfe nach dem SGB XII vom 22.12.2016.

² Durch das Neuregelungsgesetz über Ansprüche von Ausländern im SGB II und in der Sozialhilfe vom 22.12.2016 ist das Zugangsrecht von Unionsbürgern in das Sozialleistungssystem extrem verschärft worden. Der Leitsatz des Neuregelungsgesetzes lautete: Ohne Freizügigkeits- oder Verbleiberecht als Arbeitnehmer/Selbständiger, kein Recht von Unionsbürgern auf ALG II und/oder reguläre Sozialhilfe.

Zur Neuordnung des Zugangsrechts von Unionsbürgern in das SGB II und in die Sozialhilfe siehe: Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS): Abschlussbericht des Staatssekretärsausschusses zu „Rechtsfragen und Herausforderungen bei der Inanspruchnahme der sozialen Sicherungssysteme durch Angehörige der EU-Mitgliedstaaten“; Bundesregierung: Der Staatssekretärsausschuss der Bundesregierung zur „Freizügigkeit innerhalb der Europäischen Union“, Drucksache 18/1436, 16.05.2014.; BMAS vom 12.10.2016: Klarstellung beim Zugang zu Sozialleistungen für EU-Ausländer; Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen im SGB II und in der Sozialhilfe, Drucksache 18/10211 vom 07.11.2016, S. 1-2, 11-13.

<https://www.bmas.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2016/klarstellung-zugang-sozialleistungen-eu-auslaender.html>

kein ALG II, keine Sozialhilfe und auch keine Sozialleistungen erhalten, die wie eine Leistung der Sozialhilfe wirken und geeignet sind, die materielle und soziale Existenz abzusichern.³ Kurz: Wer nicht erwerbstätig ist oder seinen Unterhalt nicht aus eigenen Existenzmitteln bestreiten kann, soll fortan auch kein Kindergeld erhalten.

Inhalt der Neuregelung der Kindergeldansprüche von Unionsbürgern

Durch die Neuregelung wird der Anspruch von Unionsbürgern auf Kindergeld an bestimmte (materielle) Freizügigkeitsrechte geknüpft. Vor der Gesetzesänderung war das Recht eines Unionsbürgers auf Kindergeld nicht an bestimmte Freizügigkeitsrechte geknüpft. Unionsbürger waren ungeachtet ihres Freizügigkeitsstatus kindergeldberechtigt, sobald und solange sie sich im Inland gewöhnlich aufhielten. Erst nach formeller Feststellung des Verlustes oder des Nichtbestehens einer Freizügigkeitsberechtigung durch die Ausländerbehörde entfiel das Recht auf Kindergeld. Durch die Gesetzesänderungen im Kindergeldrecht sind Unionsbürger, die über kein materielles Freizügigkeitsrecht verfügen oder alleinig über ein Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche, vom Anspruch auf Kindergeld ausgeschlossen. Der Leistungsausschluss gilt für die ersten drei Monate nach einer Wohnsitznahme oder einem gewöhnlichen Aufenthalt im Inland (Karenzzeit). Er gilt über die Karenzzeit hinaus, solange kein kindergeldberechtigendes Freizügigkeitsrecht vorliegt.⁴ Die Ausschlussregelungen gelten für Neuwanderer.⁵

Durch das Gesetz wurde das Recht von drittstaatsangehörigen Ausländern auf Kindergeld nicht geändert.⁶ Die Neuregelung des Anspruchs von Unionsbürgern auf Kindergeld betrifft auch nicht > freizügigkeitsberechtigte drittstaatsangehörige Ehe-/Lebenspartner von Unionsbürgern und > Unionsbürger, die sich auf ein fiktives Aufenthaltsrecht nach dem Aufenthaltsgesetz berufen können. Die Kindergeldberechtigung von Drittstaatsangehörigen, die nicht freizügigkeitsberechtigt sind, richtet sich

³ Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch, S. 70-73.

⁴ Vgl.: § 62 Abs. 1a Satz 1 EStG.

⁵ Vgl.: § 52 Abs. 49a EStG.

⁶ Bundesfinanzhof (BFH), Beschluss vom 27.04.2015, III B 127/14; BFH, Urteil vom 15.03.2017 – III R 32/15.

weiterhin nach der durch das Gesetz zur Anspruchsberechtigung von Ausländern auf Familien- und Kinderleistungen vom 13.12.2006 geschaffenen Rechtslage.^{7/8} Drittstaatsangehörige sind abhängig vom erteilten Aufenthaltstitel kindergeldberechtigt oder vom Anspruch auf Kindergeld ausgeschlossen. Kindergeldberechtigt sind Ausländer mit einer Niederlassungserlaubnis und mit bestimmten Aufenthaltserlaubnissen. Ausländer, die vom BAMF als Asylberechtigte, Genfer-Flüchtlinge anerkannt sind oder denen vom BAMF die subsidiäre Schutzberechtigung zuerkannt worden ist, sind immer kindergeldberechtigt.^{9/10}

Für Staatsangehörige der Türkei besteht unter erleichterten Voraussetzungen ein Anspruch auf Kindergeld. Staatsangehörige der Türkei können kindergeldberechtigt sein nach dem > bilateralen Abkommen zur Sozialen Sicherheit,¹¹ > dem Assoziationsbeschluss EU/Türkei Nr. 3/80¹² oder dem Vorläufigen Europäischen Abkommen.¹³ Asylberechtigte Staatsangehörige aus der Türkei sind kindergeldberechtigt.¹⁴

⁷ Vgl.: BReG, Entwurf eines Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss, Drucksache 16/1368, 03.05.2006; Gesetz zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13.12.2006.

⁸ Vgl.: Bundeszentralamt für Steuern: Neufassung des Abschnittes 62.4 der DA-FamEStG unter anderem aufgrund des Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union, St II – S 2470-12/2008 vom 26. Mai 2008; Bundeszentralamt für Steuern: Dienstanweisung zum Kindergeld nach dem Einkommensteuergesetz, DA-KG, Stand 2019, Ziffer A 4, S. 29-33.

⁹ Vgl.: § 62 Abs. 2 EStG.

¹⁰ Vgl.: §§ 2, 3 und 4 Asylgesetz (AsylG).

¹¹ Vgl.: Art. 2 Nr. 1 Buchstabe e, Deutsch-türkisches Sozialversicherungsabkommen vom 30. April 1964,

¹² Vgl.: Art. 6,7, 9 Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei vom 12.09.1963; Zusatzprotokoll zum Abkommen vom 12.09.1963 zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei für die Übergangsphase der Assoziation vom 23.11.1970.

¹³ Vgl.: Art. 2 Vorläufiges Europäisches Abkommen über Soziale Sicherheit unter Ausschluss der Systeme für den Fall des Alters, der Invalidität und zugunsten der Hinterbliebenen (VEA) i.V.m. Art. 2 des Zusatzprotokolls zu dem VEA.

¹⁴ Vgl.: § 62 Abs. 2 EStG.

Aufbau der Schrift

Im Ersten Kapitel wird kurz über die Ziele und Inhalte der Gesetzesänderungen im Bereich der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung informiert.

Im Dritten Kapitel wird die Neuregelung des Anspruchs von Unionsbürgern auf Kindergeld behandelt. Durch die Neuregelung wird der Kindergeldanspruch von Unionsbürgern an bestimmte (materielle) Freizügigkeitsrechte gebunden. Welche Freizügigkeitsrechte Unionsbürger und welche Aufenthaltsrechte drittstaatangehörige Ausländer haben, wird kurz im Zweiten Kapitel behandelt.¹⁵

Im Vierten Kapitel wird in Übersichtstabellen zusammengefasst, welche Statusgruppen von Unionsbürgern und drittstaatangehörigen Ausländern kindergeldberechtigt oder vom Anspruch auf Kindergeld (ausländerspezifisch) ausgeschlossen sind.

¹⁵ Zum Freizügigkeitsrecht von Unionsbürgern und den Aufenthaltsrecht von drittstaatangehörigen Ausländern siehe unsere Arbeitshilfen.

Jonny Bruhn-Tripp : Aufenthaltsrecht und Zugang von Ausländern, Drittstaatangehörigen, Geflüchteten und Unionsbürgern in das SGB II (HARTZ IV), Stand April 2019.

Download: <http://www.labournet.de/wp-content/uploads/2019/05/Bruhn-Tripp0419.pdf>

Jonny Bruhn-Tripp: Übersichtstabellen SGB II-Leistungsberechtigung von Ausländern, Stand, April 2018

Download: [https://tacheles-sozialhilfe.de/fa/redakteur/Harald_2019/Jonny Bruhn-Tripp UEbersichtstabellenSGB II Leistungsberechtigung von AuslaendernMaerz 2019.pdf](https://tacheles-sozialhilfe.de/fa/redakteur/Harald_2019/Jonny_Bruhn-Tripp_UEbersichtstabellenSGB_II_Leistungsberechtigung_von_AuslaendernMaerz_2019.pdf)

Jonny Bruhn-Tripp, Gisela Tripp: Erwerbsfähige Unionsbürger und das Recht auf ALG II und reguläre Sozialhilfe, Stand Mai 2018.

Download: [http://www.portal-sozialpolitik.de/uploads/sopo/pdf/2018/2018-06-24 Bruhn-TrippTripperwerbsf EU-Buerger und Fuersorge.pdf](http://www.portal-sozialpolitik.de/uploads/sopo/pdf/2018/2018-06-24_Bruhn-TrippTripperwerbsf_EU-Buerger_und_Fuersorge.pdf)

Inhaltsverzeichnis

I. Kapitel: Neuregelungen der Bekämpfung von Schwarzarbeit, illegaler Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch **9**

1. Ziel der Gesetzesänderungen	10
2. Bekämpfung illegaler Beschäftigung	11
3. Befugnisse der Finanzkontrolle Schwarzarbeit	13

II. Kapitel: Übersicht – Freizügigkeitsrechte von Unionsbürgern **17**

1. Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger	17
2. Arbeitnehmerfreizügigkeit	20
3. Die einzelnen Freizügigkeitsrechte nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU	24
4. Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche	27
5. Aufenthaltsrechte von Familienangehörigen	29
5.1. Verbleibeberechtigte Ehe-/Lebenspartner und Kinder nach dem FreizügG/EU	29
5.2. Kreis der verbleibeberechtigten Kinder eines Unionsbürgers.....	33
6. (Fiktive) Aufenthaltsrechte von Unionsbürgern nach dem Aufenthaltsgesetz	35
7. Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen	36
7.1. Aufenthaltstitel und Aufenthaltserlaubnisse	37
7.2. Humanitäre Aufenthaltserlaubnisse	43

III. Kapitel: Neuregelung des Kindergeldanspruchs von Unionsbürgern im Einkommenssteuergesetz **44**

1. Ziel und Inhalt der Gesetzesänderungen im Bereich des Kindergeldes	47
2. Anspruchsberechtigung von Unionsbürgern auf Kindergeld nach dem vorherigen Recht.....	51
4. Vom Kindergeld ausgeschlossene Unionsbürger nach der Neuregelung	55
4.1. Temporärer Leistungsausschluss: Kein Kindergeld für Unionsbürger in den drei Monaten nach Wohnsitznahme.....	58
4.2. Genereller Leistungsausschluss bei fehlendem (kindergeldberechtigenden) Freizügigkeitsrecht.....	58
5. Kindergeldberechtigte Unionsbürger	61
6. Kindergeldberechtigung von Unionsbürgern mit einem Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche.....	61

7. Kindergeldberechtigte Familienangehörige	62
8. Kindergeldausschlüsse und Europarecht	62
8.1. Übersicht: Rechtsprechung zu diesen Streitfragen	64

III. Kapitel: Kindergeldanspruch von Ausländern (Drittstaatangehörigen)

66

1. Anspruchsberechtigte Ausländer (Drittstaatangehörige Ausländer)	68
2. Vom Kindergeldanspruch ausgeschlossene Ausländer	72
3. Kindergeldberechtigte Ausländer	74
3.1. Staatsangehörige der Türkei	74
3.2. Abkommensberechtigte Arbeitnehmer aus Algerien, Marokko, Tunesien, Bosnien und Herzegowina, Kosovo, Serbien, Montenegro, Mazedonien	75
3.3. Asylbewerber	76
3.4. Asylberechtigte, Genfer-Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte	76
3.5. (Bürger-) Kriegsflüchtlinge mit einer Aufenthaltsgewährung aus politischen Gründen	77
3.6. Kriegsflüchtlinge und Aufenthaltserlaubnisse wegen eines Krieges im Heimatland oder aus humanitären Gründen	77
3.7. Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge	78
3.8. Opfer von Menschenhandel, Zwangsprostitution, Arbeitsausbeutung	79
3.8. Ausländer mit einer Duldung, Aufenthaltsgewährung	79
3.9. Staatenlose Ausländer	80
3.10. Ausländer, die Ehe-/Lebenspartner oder Elternteil eines Deutschen sind	81

IV. Übersichtstabelle: Kindergeldberechtigte Unionsbürger und Dritt- staatangehörige

82

1. Kindergeldberechtigte Unionsbürger	82
2. Kindergeldberechtigte Familienangehörige eines Unionsbürgers	84
3. Kindergeldberechtigte Drittstaatangehörige	87
4. Staatsangehörige der Türkei	92
5. Kindergeldberechtigte Arbeitnehmer aus Abkommensstaaten: Algerien, Marokko, Tunesien, Bosnien und Herzegowina, Kosovo, Serbien, Montenegro, Mazedonien	93

I. Kapitel: Neuregelungen der Bekämpfung von Schwarzarbeit, illegaler Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch

Das Schwarzarbeitsgesetz ist am 01.04.2004 eingeführt worden. Nach der bisherigen Gesetzesregelung liegt Schwarzarbeit vor, wer Dienst- und Werksleistungen erbringt oder erbringen lässt und dabei gegen geltendes Recht verstößt:¹⁶

- als Arbeitgeber gegen das Steuer- und Sozialversicherungsrecht,
- als Erwerbstätiger gegen das Steuerrecht
- als Empfänger von Sozialleistungen gegen die sich aus der Erwerbstätigkeit ergebenden Mitteilungspflichten gegenüber dem Sozialleistungsträger.

Durch das Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch ist die Bekämpfung illegaler Beschäftigung in das SchwarzArbG aufgenommen worden.

Illegale Beschäftigung liegt vor, wenn Arbeitgeber bei der Beschäftigung von Ausländern (Unionsbürgern) gegen geltendes Recht der Beschäftigung von Ausländern verstoßen:

- gegen Ausländerbeschäftigungsverbote,
- gegen Arbeitnehmerschutzrechte nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz,
- gegen das Mindestlohngesetz,
- gegen das Arbeitnehmer-Entsendegesetz,
- gegen das Verbot der Zwangsarbeit,
- gegen das Verbot der Arbeitsausbeutung.¹⁷

¹⁶ Vgl.: § 1 SchwarzArbG vom 23.07.2004.

¹⁷ Vgl.: § 1 Abs. 3 SchwarzArbG vom 23. Juli 2004, geändert durch das Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch vom 11. Juli 2019.

1. Ziel der Gesetzesänderungen

Ziel der Änderungen des Schwarzarbeiterbekämpfungsgesetzes ist es, Missbräuche auf dem Arbeitsmarkt und beim Zugang in das Sozialleistungssystem effizienter zu bekämpfen. Im Einzelnen geht es um die folgenden Ziele:¹⁸

- konsequenter gegen die organisierte Kriminalität im Bereich der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung und dem damit verbundenen Steuer-, Sozialversicherungs- und Sozialleistungsbetrug vorzugehen,
- Arbeitnehmer vor illegalen Lohnpraktiken, Zwangsarbeit und Arbeitsausbeutung zu schützen und die Schutzrechte der Arbeitnehmer zu stärken,
- Missbräuche und Straftaten im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, insbesondere bei der Arbeitnehmerüberlassung von Ausländern,¹⁹
- Missstände auf „informellen Arbeitsmärkten“, der illegalen Beschäftigung und Schwarzarbeit auf Tagelöhnerbörsen, sogenannte Arbeiterstriche zu bekämpfen,
- organisierten oder individuellen Sozialleistungsbetrug in Form von vorgetäuschten Arbeitsverträgen und vorgetäuschter Selbständigkeit (Scheinselbständigkeit) verschärft zu bekämpfen,
- Unterstützung der Familienkassen bei der Bekämpfung von Kindergeldmissbrauch.

Umsetzung der Ziele

Zur Umsetzung der Ziele ist der Zweck des SchwarzArbG um die Bekämpfung illegaler Beschäftigung erweitert worden. Der Katalog der Schwarzarbeitstatbestände und die Aufgaben, Prüf- und Ermittlungsbefugnisse der Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Zollverwaltung (FKS) wurden erweitert.

¹⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch, Drucksache 19/8691, 25.03.2019, S. 1-3.

¹⁹ Vgl.: §§ 15-16 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG).

2. Bekämpfung illegaler Beschäftigung

Die Bekämpfung illegaler Beschäftigung ist als neuer Zweck des SchwarzArbG eingeführt worden. Illegale Beschäftigung übt aus, wer als Ausländer unerlaubt eine Erwerbstätigkeit ausübt oder Ausländer als Arbeitgeber oder als Entleiher unerlaubt beschäftigt. Illegale Beschäftigung liegt außerdem vor, wer als Arbeitgeber gegen Regelungen zum Schutz der Arbeitnehmer nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Mindestlohngesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz verstößt.²⁰

Zum sanktions- und strafbewehrten Katalog illegaler Beschäftigung zählen auch Menschenhandel und Arbeitsausbeutung.^{21/22/23} Arbeitsausbeutung liegt vor bei:

- Menschenhandel im Zusammenhang mit einer Beschäftigung,
- Zwangsarbeit,
- Ausbeutung der Arbeitskraft,
- Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung.^{24/25/26}

Menschenhandel liegt vor, wenn jemand unter Ausnutzung seiner Zwangslage oder einer auslandsspezifischen Hilflosigkeit ausgebeutet werden soll bei der Ausübung der Prostitution, durch eine Beschäftigung oder in Sklaverei, Schuldknechtschaft gehalten werden soll.²⁷

²⁰ Vgl.: § 1 Abs. 3 SchwarzArbG.

²¹ Vgl.: § 1 Abs. 3 Nr. 5 SchwarzArbG.

²² Vgl.: Richtlinie 2011/36/EU vom 05. April 2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer.

²³ Zur Arbeitsausbeutung und Menschenhandel siehe:

> Europäische Kommission: Zweiter Bericht über die Fortschritte bei der Bekämpfung des Menschenhandels (2018) gemäß Artikel 20 der Richtlinie 2011/36/EU zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer.

> Deutsches Institut für Menschenrechte, Arbeitsausbeutung und Arbeitsausbeutung. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu ihren Rechten verhelfen. Eine Handreichung für Beratungsstellen, Berlin, Juni 2012.

²⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch, Drucksache 19/8691, 25.03.2019, S. 43.

²⁵ Vgl.: §§ 232 Absatz 1 Nr. 1 Buchstabe b, 232b, 233 Absatz 1 Nr. 1 und 233a Absatz 1 Nr. 2 Strafgesetzbuch.

²⁶ Vgl.: Richtlinie 2009/52/EG vom 18. Juni 2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen.

²⁷ Vgl.: § 232 Abs. 1 Satz 1 Strafgesetzbuch (StGB).



Arbeitsausbeutung liegt nach dem Strafgesetzbuch vor, wenn die Beschäftigung aus rücksichtslosem Gewinnstreben zu Arbeitsbedingungen erfolgt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen solcher Arbeitnehmer stehen, welche der gleichen oder einer vergleichbaren Beschäftigung nachgehen.²⁸ Ein auffälliges Missverhältnis liegt vor, wenn der Lohn weniger als 2/3 des Tariflohns beträgt.²⁹

Neuer Schwarzarbeitstatbestand

Schwarzarbeit leistet nach der Gesetzesänderung auch, wer vortäuscht, eine Dienst- oder Werkleistung zu erbringen oder ausführen zu lassen, und wenn er selbst oder ein Dritter dadurch Sozialleistungen nach dem SGB II (ALG II, Sozialgeld) oder SGB III zu Unrecht bezieht.³⁰

²⁸ Vgl.: § 232 Abs. 1 Satz 2 und § 233 Abs. 1 StGB.

²⁹ Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 22.04.2009 – 5 AZR 436/08.

³⁰ Vgl.: § 1 Abs. 2 Satz 2 SchwarzArbG.

3. Befugnisse der Finanzkontrolle Schwarzarbeit

Entsprechend der Zielsetzung, > Schwarzarbeit, > illegale Arbeitnehmerüberlassung und > illegale Beschäftigung zu bekämpfen, ist die Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) mit umfangreichen (neuen) Prüf- und Ermittlungsbefugnissen im Arbeits- und Sozialrecht und bei der Betriebsprüfung ausgestattet.

Umfang der Befugnisse der FKS

➤ **Bekämpfung illegaler Beschäftigung**

Im Zusammenhang mit der Bekämpfung von Arbeitsausbeutung und Menschenhandel darf der FKS überprüfen, ob Mindestlöhne und menschenwürdige Arbeitsbedingungen eingehalten werden. Dieser Prüfauftrag umfasst auch das Recht, zu überprüfen, ob Ausländer am Arbeitsmarkt schwer diskriminiert werden, zu Arbeitsbedingungen beschäftigt werden, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen vergleichbar beschäftigter Arbeitnehmer liegen, *z.B. geringere Löhne verdienen*.³¹

Überprüfung, ob bei der Beschäftigung von Ausländern Arbeitnehmerschutzrechte nach dem Sozialrecht, Mindestlohnrecht, dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz eingehalten werden.

Dazu zählt, zu prüfen, ob Arbeitnehmer den zustehenden Mindestlohn erhalten und/oder um ihren Lohn betrogen werden, ob Sozialversicherungsbeiträge entrichtet werden.

Die im Bereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes eingeräumten Überprüfungs- und Ermittlungsbefugnisse umfassen das (Zutritts-) Recht, vom Arbeitgeber bereitgestellte Unterkünfte daraufhin zu überprüfen, ob Mindeststandards eingehalten werden, Ausländer menschenwürdig und ordnungsgemäß untergebracht sind und *z.B. nicht (ordnungswidrig) in Obdachlosenunterkünften oder in Schrottimmobilien zu überteuerten Preisen*.³²

³¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch, Drucksache 19/8691, 25.03.2019, S. 44.

³² Ebenda, S. 44-45.

➤ **Bekämpfung illegaler Beschäftigung: Unzulässiges Anbieten und Nachfragen der Arbeitskraft auf Arbeitnehmerbörsen**

Die FKS erhält die Befugnis, gegen illegale Arbeitnehmerbörsen (Arbeiterstriche), genauer: gegen das unzulässige Anbieten und Nachfragen der Arbeitskraft als Tagelöhner im öffentlichen Raum sowie auf Online-Plattformen und in Printmedien vorzugehen.³³

Das Gesetz sieht ein Verbot vor, die Arbeitskraft als Tagelöhner im öffentlichen Raum aus einer Gruppe heraus anzubieten oder einer solchen Arbeitskraft nachzufragen. Der Zoll darf in diesen Fällen des Platzes verweisen oder das Betreten des öffentlichen Ortes verbieten.³⁴ Das Verbot ist sanktionsbewehrt. Ein Verstoß gegen das Verbot des Angebots der Arbeitskraft kann mit einem Bußgeld von bis zu 5.000 € geahndet werden³⁵; ein Verstoß gegen das Verbot der Nachfrage mit einem Bußgeld von bis zu 30.000 €. ³⁶

Das Verbot, die Arbeitskraft als Tagelöhner oder für eine illegale Beschäftigung anzubieten, birgt die Gefahr einer Kriminalisierung der Opfer von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung.

➤ **Bekämpfung von Sozialleistungsbetrug in Form vorgetäuschter Selbstständigkeit und Scheinarbeitsverträge**

Bei Verdacht auf vorgetäuschte Selbstständigkeit oder Scheinarbeitsverträge darf der FKS die Betriebsstätten/Geschäftsräume aufsuchen und eine Betriebsprüfung vornehmen.^{37/38}

³³ Vgl.: § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 SchwarzArbG.

³⁴ Vgl.: § 5a SchwarzArbG.

³⁵ Vgl.: § 8 Abs. 2 Nrn. 6 i.V.m. Abs. 6 SchwarzArbG.

³⁶ Vgl.: § 8 Abs. 2 Nrn. 7 i.V.m. Abs. 6 SchwarzArbG.

³⁷ Vgl.: §§ 3, 4 SchwarzArbG.

³⁸ Zum Verdachtskatalog auf rechtswidrige Erlangung von Sozialleistungen bei Unionsbürgern siehe: BA, Arbeitshilfe „Bekämpfung von organisiertem Leistungsmißbrauch durch EU-Bürger“, BA Zentrale GR 11 - Stand: 20.04.2018

Nur für den internen Dienstgebrauch

➤ **Bekämpfung von Sozialleistungsbetrug im Rechtskreis des SGB II und SGB III**

Zwecks Überprüfung des rechtmäßigen Bezugs von Leistungen nach dem SGB II (ALG I, Sozialgeld) und dem SGB III dürfen die Behörden der Zollverwaltung die Datenbestände der SGB II-Leistungsträger und der SGB III-Leistungsträger automatisiert abrufen.³⁹

➤ **Bekämpfung von Kindergeldmissbrauch**

Der FKS unterstützt die Familienkassen bei der Bekämpfung von Kindergeldmissbrauch. Bei Verdacht auf Kindergeldmissbrauch unterrichtet der FKS sofort die Familienkassen, z.B. bei einer *> vorge-täuschten Erwerbstätigkeit, > Ausübung einer illegalen Beschäfti-gung, > einem rechtswidrigen Bezug von SGB II-/SGB III Leistungen oder > bei Verletzung von Mitwirkungspflichten durch Kindergeld-empfänger*.⁴⁰

Bei Missbrauchsverdacht darf die Familienkasse das Kindergeld ohne Erteilung eines Bescheids vorläufig für zwei Monate einstellen. Innerhalb dieses Zwei-Monats-Zeitraums ist über den Kindergeldanspruch zu entscheiden. Ansonsten ist das zurückbehaltene Kindergeld nach-zuzahlen.^{41/42} Der FKS ist befugt, an Prüfungen der Familienkassen über den rechtmäßigen Bezug von Kindergeld mitzuwirken.⁴³

³⁹ Vgl.: § 6 Abs. 2 SchwarzArbG.

⁴⁰ Vgl.: § 2 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 6 Abs. 4 Satz 1 Nr. 7 SchwarzArbG.

⁴¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes gegen illegale Beschäf-tigung und Sozialleistungsmissbrauch, Drucksache 19/8691, 25.03.2019, S. 67-68.

⁴² Vgl.: § 71 Einkommenssteuergesetz (EStG).

⁴³ Vgl.: § 2 Abs. 2 SchwarzArbG.

Tabelle: Prüf- und Ermittlungsbefugnisse der FKS nach den Änderungen durch das Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch

Befugnis
Bekämpfung von Schwarzarbeit in Form der Nichterfüllung von ➤ sozialversicherungsrechtlichen Melde, Beitrags- und Aufzeichnungspflichten (Sozialversicherungsbetrug) ➤ Steuerpflichten im Zusammenhang mit der Erbringung von Werk- und Dienstleistungen (Steuerbetrug) ➤ Mitwirkungspflichten als Empfänger von Sozialleistungen gegenüber Sozialleistungsträgern ➤ Anzeigepflichten bei Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit (Handwerks) Bekämpfung von Schwarzarbeit in Form ➤ der Vortäuschung einer Selbständigkeit oder Beschäftigung, wenn dadurch Sozialleistungen nach dem SGB II oder SGB III unberechtigt bezogen werden.
Bekämpfung illegaler Beschäftigung in Form der ➤ unerlaubten Beschäftigung von Ausländern ➤ unerlaubten Ausübung einer Erwerbstätigkeit als Ausländer ➤ illegalen Arbeitnehmerüberlassung ➤ Beschäftigung von Arbeitnehmern ohne Einhaltung der Maßgaben des Mindestlohngesetzes, des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes oder des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ➤ Beschäftigung von Arbeitnehmern zu ausbeuterischen Arbeitsbedingungen (Arbeitsausbeutung und Menschenhandel): Lohnbetrug, Zwangsarbeit, Freiheitsberaubung im Zusammenhang einer Erwerbstätigkeit, tarifvertrags-/ordnungswidrige Unterbringung von Arbeitnehmern. Bekämpfung illegaler Beschäftigung in Form des ➤ unzulässigen Angebots oder Nachfragens der Arbeitskraft auf Arbeitnehmerbörsen (Arbeiterstrich)
Bekämpfung von Sozialleistungsbetrug im Rechtskreis des SGB II, SGB III und beim Kindergeld ➤ durch Scheinselbständigkeit und/oder vorgetäuschte Arbeitsverträge (vorgetäushtes Freizügigkeits-/Aufenthaltsrecht als Erwerbstätiger) ➤ durch Nichterfüllung von Mitwirkungspflichten des Leistungsempfängers gegenüber dem Träger der Sozial-, Transferleistung.

II. Kapitel: Kleine Übersicht – Freizügigkeitsrechte von Unionsbürgern

1. Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger

Unionsbürger ist, wer Staatsbürger eines EU-/EWR Staates oder der Schweiz ist.

Übersicht: Unionsbürger

EU-Mitgliedstaaten

Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien & Nordirland (bis zum Wirksamwerden des am 29.03.2017 beantragten Austritts), Nordirland Irland, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, die Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechische Republik, Ungarn, Zypern.

EWR-Staaten

EU-Mitgliedstaaten, Island, Liechtenstein, Norwegen.

EU-Freizügigkeitsabkommen

Schweiz

Für Unionsbürger richtet sich das Recht der Ausreise, der Einreise und des Aufenthalts in einem (anderen) Mitgliedstaat nach dem einschlägigen Europarecht und nach dem nationalen Freizügigkeitsgesetz/EU.⁴⁴ Das Aufenthaltsgesetz wird für Unionsbürger nur angewandt, wenn es zu einer günstigeren Rechtsposition führt, so genannte fiktive Aufenthaltsrechte.^{45/46}

⁴⁴ Einschlägige Gesetzesgrundlagen sind: Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38 EG; Vertrag über die Arbeitsweise der EU; Gleichbehandlungsrichtlinie 2007/78 EG; Wanderarbeitnehmer Verordnung (EU) 492/ 2011; Verordnung EG 883/ 2004 zur Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit; Europäische Grundrechtscharta.

⁴⁵ Vgl.: § 11 FreizügG/EU.

⁴⁶ Jonny Bruhn-Tripp : Aufenthaltsrecht und Zugang von Ausländern, Drittstaatsangehörigen, Geflüchteten und Unionsbürgern in das SGB II (HARTZ IV), Stand April 2019, S. 506-507.

Beispielsfälle einer günstigeren Rechtsposition sind:

- *der Unionsbürger ist Ehe-/Lebenspartner und/oder Elternteil eines/ einer Deutschen,* ⁴⁷
- *der Partner des Unionsbürgers besitzt einen humanitären Aufenthaltstitel, z.B. als anerkannter Asylberechtigter, anerkannter Geflüchteter, subsidiär Schutzberechtigter oder national Abschiebeschutzberechtigter,* ⁴⁸
- *der Unionsbürger kann sich auf ein Aufenthaltsrecht zum Ehegattennachzug oder Kindernachzug nach dem AufenthG berufen,* ⁴⁹
- *der Unionsbürger und/oder sein Partner sind Opfer von Menschenhandel, Zwangsprostitution, Arbeitsausbeutung, Zwangsarbeit.* ⁵⁰

Unionsbürger verfügen über Freizügigkeitsrechte und bedürfen für das Recht auf Einreise keines Visums und für das Recht auf Aufenthalt keines Aufenthaltstitels. ⁵¹ Das Aufenthaltsrecht entsteht kraft Unionsbürgerstatus. ⁵² Der Unionsbürgerstatus beinhaltet unionsweit geltende Rechte, die gegenüber der Union, gegenüber dem eigenen Mitgliedstaat und gegenüber den anderen Mitgliedstaaten der EU/EWR und Schweiz bestehen. ⁵³

Das Freizügigkeitsrecht eines Unionsbürgers auf Einreise und Aufenthalt darf nicht aus Gründen der Staatsangehörigkeit eingeschränkt, beschränkt oder behindert werden. ⁵⁴ Es ist durch ein allgemeines Diskriminierungsverbot geschützt. ⁵⁵

⁴⁷ Vgl.: § 28 Abs. 1 AufenthG; § 4 StAG.

⁴⁸ Vgl.: § 25 AufenthG.

⁴⁹ Vgl.: §§ 30, 32 AufenthG.

⁵⁰ Vgl.: § 25 Absatz 4a AufenthG; BA, Fachliche Weisungen § 7 SGB II Leistungsberechtigte, Ziffer 1.4.8.4.; Bundesregierung, Antwort auf die Kleine Anfrage: Umgang mit Opfern von Menschenhandel, Drucksache 16/13804, 20.07.2009.

⁵¹ Vgl.: § 2 Abs. 5 FreizügG/EU.

⁵² Vgl.: Art. 20a Abs. 2 Nr.a, Art. 21 AEUV; AVV zum FreizügG/EU, Ziffer 5.0.

⁵³ Vgl.: Art. 20-25 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

⁵⁴ Vgl.: Art. 18 AEUV.

⁵⁵ Vgl.: EuGH, Rs. Martinez Sala, Urteil vom 12.05.1998, C-85/96; EuGH, Rs. Baumbast, Urteil vom 17.09.2002, C-413/99; EuGH, ,Rs. Grzelczyk, Urteil vom 20.09.2001, C-184/99; EuGH, Rs. Zambrano, Urteil vom 08.03.2011, Rs.C-34/09; EuGH, Rs. Garcia Avello, Urteil vom 02.10.2003, C-148/02.

Das Freizügigkeitsrecht steht Unionsbürgern für einen Zeitraum von bis zu drei Monaten voraussetzungslos zu.⁵⁶ Über diesen Zeitraum hinaus ist das Freizügigkeitsrecht an bestimmte materielle Voraussetzungen (Aufenthaltszwecke oder Aufenthaltsstatus) gebunden, z.B. *Aufenthalt zum Zweck der Arbeitsuche, Status als Arbeitnehmer, Unterhaltssicherung aus eigenen Existenzmitteln*.⁵⁷

Für Unionsbürger gilt eine Vermutung der Freizügigkeit.^{58/59} Danach ist von der Rechtmäßigkeit eines Aufenthalts solange auszugehen, wie die Ausländerbehörde nicht den Verlust des Freizügigkeitsrechts oder das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts festgestellt hat.⁶⁰ Unionsbürger haben auf Verlangen der Ausländerbehörde durch Vorlage entsprechender Dokumente den jeweiligen Freizügigkeitsstatus nachzuweisen, z.B. *Einstellungsbestätigung, Arbeitsvertrag, Krankenversicherungsschutz, Vorhandensein ausreichender Existenzmittel*.⁶¹ Unionsbürger sind ausreisepflichtig, wenn die Ausländerbehörde formell festgestellt hat, dass das Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht besteht.⁶² Rechtsfolge einer Verlustfeststellung der Freizügigkeit ist, dass ein Anspruch auf Kindergeld wegfällt⁶³ und Unionsbürger als geduldete Ausländer einen Anspruch auf Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz haben.⁶⁴

⁵⁶ Vgl.: § 2 Abs. 5 FreizügG/EU.

⁵⁷ Vgl.: § 2 Abs. 2 und 3 FreizügG/EU.

⁵⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz), BT-Dr. 15/420, 07.02.2003, S. 106; Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer aufenthaltsrechtlicher Vorschriften, BT-Dr. 17/10746, 24.09.2012, S. 9.

⁵⁹ BSG, Urteil vom 19.10.2010 – B 14 AS 23/19 Rnr. 14; BFH, Urteil vom 15.03.20147 – III R 32/15; BVerwG, Urteil vom 01.06.2017 – C 16.16.

⁶⁰ Vgl.: § 2 Abs. 7 und § 6 Abs. 1 FreizügG/EU.

⁶¹ Vgl.: § 5a Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU.

⁶² Vgl.: § 7 Abs. 1 FreizügG/EU.

⁶³ Bundesfinanzhof (BFH), Beschluss vom 27.04.2015 – III B 127/14; BFH, Urteil vom 27.04.2015 – III R 32/15.

⁶⁴ LSG NRW, Beschluss vom 14.11.2018 - L 19 AS 1434/18 B ER; SG Münster, Urteil vom 26.07.2018 - S 19 AS 14/18 ER.

2. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Kernstück des Freizügigkeitsrechts von Unionsbürgern ist die Markt- und Arbeitnehmerfreizügigkeit: Das Recht, sich frei und gleichberechtigt den Staatsbürgern eines Mitgliedstaates auf dessen Arbeitsmärkten zu bewegen: eine Arbeit zu suchen, eine Beschäftigung ausüben oder sich als Selbständige niederzulassen.⁶⁵ Was ein Arbeitnehmer ist, richtet sich für Unionsbürger nicht nach dem nationalen Arbeitsrecht, sondern nach dem Freizügigkeitsrecht und der Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitnehmerfreizügigkeit.

Arbeitnehmer ist nach dem koordinierenden Sozialrecht der VO/EU Nr. 883/2004, wer eine Beschäftigung ausübt, die für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird oder die gleichgestellte Situation vorliegt, als solche gilt.⁶⁶ Nach der Vorgängerregelung der VO/EU Nr. 883/2004 und der dazu ergangenen Rspr. des EuGH zum koordinierenden Sozialrecht reicht es für den Arbeitnehmerstatus aus, gegen ein Risiko der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert zu sein.^{67/68} Pflichtversichert sind z.B. *Bezieher von Lohnersatzleistungen (Krankengeld, Arbeitslosengeld nach dem SGB III)*.

Freizügigkeitsberechtigter Arbeitnehmer ist nach der Rspr. des EuGH und der Sozialgerichtsbarkeit, wer im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses (Arbeitsvertrages) während einer bestimmten Zeit eine tatsächliche,

⁶⁵ Zur Konstruktion der Arbeitnehmerfreizügigkeit siehe: Jonny Bruhn-Tripp : Aufenthaltsrecht und Zugang von Ausländern, Drittstaatsangehörigen, Geflüchteten und Unionsbürgern in das SGB II (HARTZ IV), 384-506; Deutscher Caritasverband, Freizügigkeit der Unionsbürger/innen -Zugang zu Transferleistungen, Juli 2017; Martin Nettesheim, Der „Kernbereich“ der Unionsbürgerschaft – vom Schutz der Mobilität zur Gewährleistung eines Lebensumfelds, in: JZ 21/2011, S. 1030-1037; Daniel Thym, Zur Rechtsstellung von Familienmitgliedern aus Drittstaaten im Lichte der Kernbereichs-Rechtsprechung des EuGH, in: Europa-recht Beihefte ; 2015, 1. - S. 135-156.

⁶⁶ Vgl.: Art. 1 Satz 1 Buchstabe a) VO/EG Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit.

⁶⁷ Art. 1 Satz 1 Buchstabe a) Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern.

⁶⁸ EuGH, Rs. Sürül, Urteil vom 4.5.1999, C-262/96; EuGH, Rs. F. van den Berg, Urteil vom 19.09.2019, C-95/18 und C-96/18.

echte und nicht nur völlig untergeordnete Tätigkeit für einen anderen nach dessen Weisung ausübt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Irrelevant für den Arbeitnehmerstatus ist die Art des Rechtsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Irrelevant ist auch, ob durch die Erwerbstätigkeit ein ausreichender Sozialversicherungsschutz erworben oder ein existenzsichernder Lohn erzielt wird. Selbst ein krasses Missverhältnis zwischen dem Existenzminimum und dem erzielten Lohn steht der Arbeitnehmerfreizügigkeit und dem Arbeitnehmerstatus nicht entgegen.^{69/70}

Dem Arbeitnehmerstatus steht nicht entgegen, dass eine Beschäftigung geringfügig ist. Ob bei geringfügig ausgeübten und bezahlten Tätigkeiten ein Arbeitnehmerstatus vorliegt, ist im Rahmen einer Gesamtschau aller Umstände zu beurteilen. Dazu gehören: > Dauer der Erwerbstätigkeit, > Umfang der Arbeitszeit, > Höhe des Verdienstes, > Anspruch auf Urlaub, > Lohnfortzahlung, > Anwendung eines Tarifvertrages.⁷¹ In der Rechtsprechung zeichnet sich ab, dass auch bei geringfügigsten Beschäftigungen ein Arbeitnehmerstatus zuerkannt wird. Eine im Unionsrecht, im FreizügG/EU oder in der Rechtsprechung definierte Untergrenze der Wochenarbeitszeit und Lohnhöhe gibt es nicht.⁷²

⁶⁹ EuGH, Rs. Levin C-53/81; Rs. Nolte C-317/93; Rs. Kempf C139-84; Rs. Geven, C-213/05; Rs. Genc C-14/09; Rs. Vatsouras 22/08; Rs. Koupatantze C-23/08

⁷⁰ BSG, Urteil vom 19.10.2010 – B 14 AS 23/10 R; BSG, Urteil 12.09.2018 - B 14 AS 18/17 R; LSG NRW, Beschluss v. 07.11.2007 - L 20 B 184/07 AS ER.

⁷¹ Vgl.: EuGH, s. Megner und Scheffel, Urteil vom 14.12.1995, C-444/93; EuGH, Rs. Raccanelli, Urteil vom 17.07.2008, C-94/07; EuGH, Rs. Genc, Urteil vom 04.02.2010, C-14/09; EuGH, Rs. N, Urteil vom 21.02.2013, C-46/12;

⁷² EuGH, Rs. Megner und Scheffel, C-444/93, 14.12.1995; Rs. Genc, C 14/09.

Tabelle: Nach der Rspr. begründen folgende Wochenarbeitszeiten und Niedrigverdienste einen Arbeitnehmer-Status

Wochenarbeitsstunden (WStd)	Monatsverdienst
	Monatsverdienst von 1/7 des Durchschnittseinkommens aller Arbeitnehmer ⁷³
	Au-pair-Beschäftigte mit einem Verdienst von 103 € ⁷⁴
Beschäftigung von 5,5 WStd.	Verdienst von 175 € ⁷⁵
Beschäftigung von 7,5 WStd.	Verdienst von 100 € ⁷⁶
Beschäftigung von 11 WStd. ⁷⁷	
Musiklehrer mit 12 WStd. ⁷⁸	
Beschäftigung von 12 Std. /Monat	Verdienst von 106 € ⁷⁹
	Verdienst in Höhe des SGB II-Grund-freibetrages für Erwerbseinkommen (100 €) ⁸⁰
	Monatsverdienst von 187 € ⁸¹
	Straßenprostitution mit einem Jahresverdienst von 8.400 € ⁸²
	Selbständigkeit mit Einnahmen/Monat von 188 € ⁸³

Aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit leitet sich ein unmittelbares Recht der Ehe-/Lebenspartner und Kinder des Unionsbürgers auf Familienzusammenführung ab. ⁸⁴ Zweck des familiären Aufenthaltsrechts ist es, Unionsbürger bei der Ausübung ihrer Arbeitnehmerfreizügigkeit oder sonstiger materieller Freizügigkeitsrechte zu unterstützen und ihren Verbleib abzusichern. Unionsbürger sollen sich nicht gezwungen sehen, im Interesse

⁷³ Vgl.: EuGH, Rs. Megner und Scheffel, Urteil vom 14.12.1995, C-444/93.

⁷⁴ Vgl.: EuGH, Rs. Payir, Urteil vom 24.01.2008, C-294/06.

⁷⁵ Vgl.: EuGH, Rs. Genc, Urteil vom 04.02.2010, C-14/09.

⁷⁶ Vgl.: BSG, Urteil vom 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R.

⁷⁷ Vgl.: EuGH, Rs. Lawrie-Blum, Urteil vom 03.07.1986, C- 66/85.

⁷⁸ Vgl.: EuGH, Rs. Kempf, Urteil vom 03.06.1986, C-139/85.

⁷⁹ Vgl.: SG Heilbronn, Urteil vom 18.02.2015 - S 10 AS 3035/13.

⁸⁰ Vgl.: LSG NRW, Beschluss v. 07.10.2016 - L 12 AS 965/16 B ER.

⁸¹ Vgl.: LSG Bayern, Beschluss v. 06.02.2047 - L 11 AS 887/16 B ER.

⁸² Vgl.: LSG NRW, Entscheidung vom 20.08.2012 - L 12 AS 531/12 B ER.

⁸³ Vgl.: LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 5.4.2016; L 2 AS 102/16 B ER.

⁸⁴ Vgl.: § 3 Abs.1 FreizügG/EU.

ihrer Ehe oder Familie auf die Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder ein anderen (materiellen) Freizügigkeitsrechts zu verzichten, z.B. *eine Schul-, Berufsausbildung oder eine Erwerbstätigkeit aufzugeben*.⁸⁵

Voraussetzung für ein vom Unionsbürger abgeleitetes Aufenthaltsrecht ist, dass die Familienangehörigen dem Unionsbürger nachziehen oder begleiten. Voraussetzung bei Ehe-/Lebenspartnern ist der formelle Bestand der Ehe; bei Verwandten in gerader aufsteigender Linie ist Voraussetzung, dass ihr Unterhalt vom Ansatz her aus eigenen Existenzmitteln abgedeckt ist, z.B. *durch Unterhaltsleistungen des Arbeitnehmers*.

⁸⁵ Vgl.: EuGH, Rs. Eyüp; Rs. Derin; Rs. Cetinkaya, C 467/02; Rs. Kahveci, C-7/10 und C-9/10; EuGH, Rs. Dülger C-451/11.

3. Die einzelnen Freizügigkeitsrechte nach dem nationalen Freizügigkeitsgesetz/EU

Freizügigkeitsberechtigt sind:

- Unionsbürger, die Arbeitnehmer, Berufsauszubildende und niedergelassene Selbstständige erwerbstätig sind, und ihre Familienangehörigen,
- Unionsbürger, die Arbeit suchen, und ihre Familienangehörigen. Das Recht zur Arbeitsuche gilt pauschal für sechs Monate, darüber hinaus, wenn weiter Arbeit gesucht wird und konkrete Aussicht besteht, eingestellt zu werden.
- Unionsbürger, die Dienstleistungen empfangen oder, ohne sich niederzulassen, Dienstleistungen erbringen, und ihre Familienangehörigen,
- nicht erwerbstätige Unionsbürger und ihre Familienangehörigen unter der Voraussetzung, dass ein ausreichender Krankenversicherungsschutz besteht und ausreichende Existenzmittel vorhanden sind. Nicht erwerbstätige Unionsbürger sind Unionsbürger, die nicht erwerbtätig sind und auch keine Arbeit suchen.
- Unionsbürger und Familienangehörige, die ein Daueraufenthaltsrecht erworben haben.⁸⁶ Mit Erwerb des Daueraufenthaltsrechts erwerben Unionsbürger und drittstaatsangehörige Familienangehörige einen voraussetzungslosen Aufenthaltsstatus.⁸⁷

Daueraufenthaltsrecht

Das Freizügigkeitsrecht ist nach Erwerb des Daueraufenthaltsrechts nicht mehr davon abhängig, ob der Unionsbürger erwerbstätig ist oder nicht. Das Erfordernis des Nachweises der Existenzsicherung und eines Krankenversicherungsschutzes entfällt völlig. Ebenso hat eine freiwillige/selbstverschuldete Arbeitslosigkeit keine (negativen) Auswirkungen (mehr) auf das Aufenthalts-/Freizügigkeitsrecht. Das Freizügigkeitsrecht kann > durch einen Verlust des Erwerbstätigenstatus, > durch fehlende Existenzmittel, > durch eine freiwillige/selbstverschuldete Arbeitslosigkeit oder > durch Ehescheidung nicht (mehr) verloren gehen.⁸⁸

⁸⁶ Vgl.: § 4a FreizügG/EU.

⁸⁷ Vgl.: Bundesministerium des Innern: Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Freizügigkeitsgesetz/EU, 23.02.2016, (AVV zum FreizügG/EU), Ziffer 4a.1.1.

⁸⁸ Vgl.: Art. 16 Abs. 1 Unionsbürgerrichtlinie; § 4a Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU.

Fortwirkender Arbeitnehmerstatus⁸⁹

Verbleibeberechtigt als Arbeitnehmer/Selbständige ist, wer seine Erwerbstätigkeit infolge einer vorübergehenden Erwerbsminderung nicht ausüben kann oder seine Erwerbstätigkeit unfreiwillig verloren hat. Bei einer Erwerbstätigkeit von weniger als einem Jahr, wirkt der Erwerbstätigenstatus für 6 Monate fort; bei einer Erwerbstätigkeit von mindestens einem Jahr wirkt der Erwerbstätigenstatus unter der Voraussetzung eines „unfreiwilligen Verbleibs“ in der Arbeitslosigkeit unbefristet fort.

⁸⁹ Zum fortwirkenden Arbeitnehmer- oder Erwerbstätigenstatus siehe: Jonny Bruhn-Tripp : Aufenthaltsrecht und Zugang von Ausländern, Drittstaatsangehörigen, Geflüchteten und Unionsbürgern in das SGB II (HARTZ IV), Redaktioneller Stand April 2019, S. 441-457.

Freizügigkeitsrechte nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU ^{90/91}

§ 2 Recht auf Einreise und Aufenthalt

(1) Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen haben das Recht auf Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe dieses Gesetzes.

(2) Unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigt sind:

1. Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer oder zur Berufsausbildung aufhalten wollen,

1a. Unionsbürger, die sich zur Arbeitsuche aufhalten, für bis zu sechs Monate und darüber hinaus nur, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden,

2. Unionsbürger, wenn sie zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (niedergelassene selbständige Erwerbstätige),

3. Unionsbürger, die, ohne sich niederzulassen, als selbständige Erwerbstätige Dienstleistungen im Sinne des Artikels 57 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union erbringen wollen (Erbringer von Dienstleistungen), wenn sie zur Erbringung der Dienstleistung berechtigt sind,

4. Unionsbürger als Empfänger von Dienstleistungen,

5. nicht erwerbstätige Unionsbürger unter den Voraussetzungen des § 4,

6. Familienangehörige unter den Voraussetzungen der §§ 3 und 4,

7. Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die ein Daueraufenthaltsrecht erworben haben.

(3) Das Recht nach Absatz 1 bleibt für Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätige unberührt bei

1. vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall,

2. unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit oder Einstellung einer selbständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbständige keinen Einfluss hatte, nach mehr als einem Jahr Tätigkeit,

3. Aufnahme einer Berufsausbildung, wenn zwischen der Ausbildung und der früheren Erwerbstätigkeit ein Zusammenhang besteht; der Zusammenhang ist nicht erforderlich, wenn der Unionsbürger seinen Arbeitsplatz unfreiwillig verloren hat.

Bei unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr Beschäftigung bleibt das Recht aus Absatz 1 während der Dauer von sechs Monaten unberührt.

⁹⁰ Freizügigkeitsgesetz/EU vom 30. Juli 2004 (BGBl. I S. 1950, 1986), zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2780) geändert.

⁹¹ Anmerkung: Zu den Freizügigkeitsrechten von Unionsbürgern nach dem FreizügG/EU und dem einschlägigen Europarecht siehe: Jonny Bruhn-Tripp, Aufenthaltsrecht und Zugang von Ausländern, Drittstaatsangehörigen, Geflüchteten und Unionsbürgern in das SGB II (HARTZ IV), 332-383.

4. Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche

Unionsbürger haben im Unterschied zu Drittstaatangehörigen ein originäres Recht zur Arbeitsuche und zwar unabhängig von einer vorgängigen Beschäftigung. Unionsbürger können zum Zweck der Arbeitsuche einreisen oder nach der Einreise jederzeit auf Arbeitsuche gehen. Das Recht zur Arbeitsuche selber ist unbegrenzt.⁹² Das Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche besteht pauschal für sechs Monate, darüber hinaus im Einzelfall nur, wenn > weiter Arbeit gesucht wird und > eine konkrete Aussicht auf einen Arbeitsplatz besteht.⁹³

Fortbestehen des Freizügigkeitsrechts bei Erfolgsaussichten auf eine Beschäftigung

Das Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche besteht über den Zeitraum von 6 Monaten fort, wenn eine konkrete Aussicht auf eine Erwerbstätigkeit besteht. Ob Erfolgsaussichten bestehen richtet sich nach > der bisherigen Erwerbsbiografie im Aufnahmestaat, > der Ernsthaftigkeit der Arbeitsuche, > der Lage und den Perspektiven auf dem allgemeinen (regionalen) Arbeitsmarkt. Bei einem „offenen Arbeitsmarkt“, einem Mangel an Arbeits- und speziell an Fachkräften ist, sind die Voraussetzungen für eine Erfolgsprognose gegeben.

Beim Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche entfällt das Erfordernis der Existenzsicherung aus eigenen Mitteln

Das Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche ist nicht vom Nachweis ausreichender Existenzmittel oder eines ausreichenden Krankenversicherungsschutzes abhängig. Das Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche begründet ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht für die (drittstaatangehörigen) Ehe-/Lebenspartner, Kinder des Unionsbürgers und seines Partners.

Das EU-Freizügigkeitsrecht sieht keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten vor, Arbeitsuchenden Sozialhilfe/SGB II-Leistungen zu gewähren. Den Mitgliedstaaten der EU vorbehalten, zu bestimmen, ob anderen Personen als aktiven oder verbleibeberechtigten Arbeitnehmern/Selbständi-

⁹² EuGH, Rs. Collins, Urteil vom 23.03.2004, C-138/02; EuGH, Rs. Antonissen, Urteil vom 26.02.1991 – C-292/89; AVV zum FreizügG/EU, Ziffer 2.2.1.3.

⁹³ Vgl.: Erwägungsgrund Nr. 21, Art. 14 Abs. 4b Unionsbürgerrichtlinie, § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a FreizügG/EU; EuGH, Rs. Antonissen, Urteil vom 26.02.1991 – C-292/89; BSG, Urteil vom 03.12.2015 – B 4 AS 44/15 R.

gen und ihren Familienangehörigen Sozialhilfe/SGB II-Leistungen gewährt wird oder nicht.⁹⁴ Es ist stets zu prüfen, ob Unionsbürger, die sich nicht (materiell) freizügigkeitsberechtigt oder alleinig zur Arbeitsuche aufhalten, ein anderes Freizügigkeitsrecht oder ein (fiktives) Aufenthaltsrecht nach dem Aufenthaltsgesetz haben.^{95/96}

⁹⁴ Vgl.: Erwägungsgrund 21 Unionsbürgerrichtlinie.

⁹⁵ Vgl.: § 11 Abs. 1 Satz 11 AufenthG; BSG, Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R; AVV zum FreizügG/EU, Ziffer 11.1.1.0.

⁹⁶ Vgl.: BSG, Urteil vom 30.1.2013, - B 4 AS 54/12 R; BA, Fachliche Weisungen § 7 SGB II Leistungsberechtigte, Ziffer 1.4.8.3.

5. Aufenthaltsrechte von Familienangehörigen

Das Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen eines Unionsbürgers, richtet sich nach dem Freizügigkeitsrecht. Die Staatsangehörigkeit des/der Familienangehörigen ist irrelevant.

Kreis der Familienangehörigen

Familienangehörige sind: > der Ehe-/Lebenspartner, > die Kinder des Unionsbürgers oder des Partners, die noch nicht 21 Jahre alt sind und > Verwandte in gerader aufsteigender oder absteigender Linie. Ehepartner und unter 21-jährige Kinder haben entweder ein eigenständiges Freizügigkeitsrecht oder ein vom Unionsbürger abgeleitetes Aufenthaltsrecht. Ehe-/Lebenspartner und unter 21-jährige Kinder, die kein eigenständiges Freizügigkeitsrecht haben, teilen mit dem Unionsbürger dessen Freizügigkeitsrecht. Verwandte in gerader aufsteigender oder absteigender Linie sind unter der Voraussetzung freizügigkeitsberechtigt, dass der Unionsbürger oder sein Partner ihnen Unterhaltsleistungen gewährt, die vom Ansatz her als Mittel zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts angesehen werden können.⁹⁷

5.1. Verbleibeberechtigte Ehe-/Lebenspartner und Kinder nach dem FreizügG/EU

Ehe-/Lebenspartner und unter 21-jährigen Kinder eines Unionsbürgers verfügen über ein vom Unionsbürger abgeleitetes Aufenthaltsrecht und können eigenständige Freizügigkeitsrechte nach § 2 Abs. 2 FreizügG/EU oder ein Verbleiberecht nach § 3 Abs. 3-5 FreizügG/EU erwerben.

Verbleiberechtigt nach § 3 Abs. 3-5 FreizügG/EU sind die Ehe-/Lebenspartner und Kinder eines Unionsbürgers bei:

- Tod oder Wegzug des Unionsbürgers,
- Scheidung oder Aufhebung der Ehe.

⁹⁷ EuGH, Rs. Lebon, Urteil vom 18.06.1987 – C 316/85.

Verbleibeberechtigte Ehe-/Lebenspartner, die selbst Unionsbürger sind, im Todesfall und bei Ehescheidung

Ehe-/Lebenspartner eines Unionsbürgers, die selbst Unionsbürger sind, können jederzeit einen eigenständigen Freizügigkeitsstatus nach § 2 Abs. 2 oder 3 FreizügG/EU erwerben. Verbleibeberechtigt nach § 3 Freizügigkeitsgesetz/EU sind:

- Unionsstaatsangehörige Ehe-/Lebenspartner beim Tod des Unionsbürger, ⁹⁸
- Geschiedene unionsstaatsangehörige Ehe-/Lebenspartner, vorausgesetzt, das Scheidungsverfahren wurde eingeleitet, bevor der Unionsbürger das Bundesgebiet verlassen hat. Eine Mindestehezeit wird bei Ehe-/Lebenspartner, die Unionsbürger sind, nicht gefordert. ^{99/100}

Verbleibeberechtigte drittstaatangehörige Ehe-/Lebenspartner im Todes- oder Scheidungsfall

Ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht haben auch drittstaatangehörige Ehe-/Lebenspartner von Unionsbürgern. Verbleibeberechtigt sind drittstaatangehörige Ehe-/Lebenspartner bei Tod des Unionsbürgers oder bei Ehescheidung unter kumulativen Voraussetzungen.

Bei drittstaatangehörigen Ehe-/Lebenspartner ist bei Tod des Unionsbürgers und bei Ehescheidung stets zu prüfen, ob das Aufenthaltsgesetz einen günstigeren Rechtsstatus vermittelt. ¹⁰¹

Im Todesfall bleibt für drittstaatangehörige Ehe-/Lebenspartner das Freizügigkeitsrecht unter der Voraussetzung erhalten, dass

- der drittstaatangehörige Partner selbst die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nrn. 1-3 oder Nr. 5 FreizügG/EU erfüllt und
- die Ehe vor dem Tod des Unionsbürgers mindestens ein Jahr in der BRD bestanden hat. ¹⁰²

⁹⁸ Vgl.: Art. 13 Abs. 1 Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG.

⁹⁹ Vgl.: Art. 13 Abs. 1 Unionsbürgerrichtlinie; Art. 20 und 21 AEUV.

¹⁰⁰ EuGH, Rs. NA, Urteil vom 30.06.2016, C-115/15.

¹⁰¹ Vgl.: § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU.

¹⁰² Vgl.: § 3 Abs. 3 FreizügG/EU; Art. 12 Abs. 2 Unionsbürgerrichtlinie 2004/38.

Bei Ehescheidung/Auflösung der Ehe sind drittstaatangehörige Ehe-/Lebenspartner unter der Voraussetzung verbleibeberechtigt, dass

- der drittstaatangehörige Partner selbst die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nrn. 1-3 oder Nr. 5 FreizügG/EU erfüllt und
- die Ehe mit dem Unionsbürger bis zur Einleitung des Scheidungsverfahrens mindestens 3 Jahre bestanden hat, davon mindestens 1 Jahr in der BRD, oder
- dem drittstaatangehörigen Partner durch Vereinbarung der Partner oder durch Gerichtsentscheid das Sorgerecht für die Kinder des Unionsbürgers übertragen wurde, oder
- dem drittstaatangehörigen Partner das persönliche Umgangsrecht mit einem minderjährigen Kind des Unionsbürgers eingeräumt wurde und ein Gericht festgestellt hat, dass das Umgangsrecht nur in der BRD wahrgenommen werden kann, oder
- weil es zur Vermeidung einer besonderen Härte dem drittstaatangehörigen Partner nicht zuzumuten war, an der Ehe mit dem Unionsbürger festzuhalten, *z.B. bei häuslicher Gewalt*.¹⁰³

¹⁰³ Vgl.: § 3 Abs. 5 FreizügG/EU.

Verbleibeberechtigte Ehe-/Lebenspartner und Kinder eines Unionsbürger § 3 Abs. 3-5 FreizügG/EU

(3) Familienangehörige, die nicht Unionsbürger sind, behalten beim Tod des Unionsbürgers ein Aufenthaltsrecht, wenn sie die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 erfüllen und sich vor dem Tod des Unionsbürgers mindestens ein Jahr als seine Familienangehörigen im Bundesgebiet aufgehalten haben. § 3 Abs. 1 und 2 sowie die §§ 6 und 7 sind für Personen nach Satz 1 nicht anzuwenden; insoweit ist das Aufenthaltsgesetz anzuwenden.

(4) Die Kinder eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers und der Elternteil, der die elterliche Sorge für die Kinder tatsächlich ausübt, behalten auch nach dem Tod oder Wegzug des Unionsbürgers, von dem sie ihr Aufenthaltsrecht ableiten, bis zum Abschluss einer Ausbildung ihr Aufenthaltsrecht, wenn sich die Kinder im Bundesgebiet aufhalten und eine Ausbildungseinrichtung besuchen.

(5) Ehegatten oder Lebenspartner, die nicht Unionsbürger sind, behalten bei Scheidung oder Aufhebung der Ehe oder Aufhebung der Lebenspartnerschaft ein Aufenthaltsrecht, wenn sie die für Unionsbürger geltenden Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 erfüllen und wenn

1. die Ehe oder die Lebenspartnerschaft bis zur Einleitung des gerichtlichen Scheidungs- oder Aufhebungsverfahrens mindestens drei Jahre bestanden hat, davon mindestens ein Jahr im Bundesgebiet,

2. ihnen durch Vereinbarung der Ehegatten oder der Lebenspartner oder durch gerichtliche Entscheidung die elterliche Sorge für die Kinder des Unionsbürgers übertragen wurde,

3. es zur Vermeidung einer besonderen Härte erforderlich ist, insbesondere weil dem Ehegatten oder dem Lebenspartner wegen der Beeinträchtigung seiner schutzwürdigen Belange ein Festhalten an der Ehe oder der Lebenspartnerschaft nicht zugemutet werden konnte, oder

4. ihnen durch Vereinbarung der Ehegatten oder der Lebenspartner oder durch gerichtliche Entscheidung das Recht zum persönlichen Umgang mit dem minderjährigen Kind nur im Bundesgebiet eingeräumt wurde.

§ 3 Abs. 1 und 2 sowie die §§ 6 und 7 sind für Personen nach Satz 1 nicht anzuwenden; insoweit ist das Aufenthaltsgesetz anzuwenden.

(6) (weggefallen)

5.2. Kreis der verbleibeberechtigten Kinder eines Unionsbürgers

Ausbildungsfreizügigkeitsrecht der Kinder bei Tod/Wegzug des Unionsbürgers und damit verbundenes Recht zur Elternsorge nach dem FreizügG/EU¹⁰⁴

Kinder eines Unionsbürgers sowie deren sorgerechtstragenden Eltern-teile bleiben nach dem Tod oder Wegzug des Unionsbürgers unter der kumulativen Voraussetzung freizügigkeitsberechtigt, dass

- der Unionsbürger bis zu seinem Tod oder Wegzug als Erwerbstätiger freizügigkeits- oder verbleibeberechtigt war und
- die Kinder sich in der BRD aufhalten und
- eine Schul- oder Berufsausbildung machen.

Ausbildungsaufenthaltsrecht der Kinder eines Unionsbürgers nach Art. 10 der Wanderarbeitnehmerverordnung Nr. 492/2011

Nach Art. 10 der Wanderarbeitnehmerverordnung Nr. 492/2011 haben die Kinder eines beschäftigten oder ehemals beschäftigten Unionsbürgers ein Aufenthaltsrecht zum Zweck einer Ausbildung (Schul-/ Berufsausbildung). Abgeleitet von dem Ausbildungsaufenthaltsrecht haben Eltern ein Aufenthaltsrecht zur Ausübung der Personensorge für das Kind.^{105/106} Obwohl das Ausbildungsrecht im Freizügigkeitsgesetz/EU nicht genannt ist, handelt es sich um ein materielles Freizügigkeitsrecht im Sinne des FreizügG/EU.¹⁰⁷

Voraussetzung für dieses Aufenthaltsrecht des Kindes ist, dass das Kind zu dem Zeitpunkt in dem Mitgliedstaat wohnt, wo sich der Unionsbürger

¹⁰⁴ Vgl.: § 3 Abs. 4 FreizügG/EU.

¹⁰⁵ Stamatia Devetzi und Constanze Janda: Verfassungsrechtliche und europarechtliche Aspekte der Überbrückungsleistungen und des Leistungsentzugs von Eltern bei bestehendem Aufenthaltsrecht der Kinder, Gutachten im Auftrag des DGB, 2016, S. 12-19; Jonny Bruhn-Tripp, Aufenthaltsrecht und Zugang von Ausländern, Drittstaatsangehörigen, Geflüchteten und Unionsbürgern in das SGB II (HARTZ IV), 477-489.

¹⁰⁶ EuGH, Rs. Teixeira, Urteil vom 23.02.2010, C-408/08; BSG, 03.12.2015 - B 4 AS 59/13 R; BSG Urteil vom 03.12.2015 - B 4 AS 44/15 R.

¹⁰⁷ BVerwG, Urteil vom 11.09.2049 - 1 C 48.18; LSG NRW, EuGH Vorlagebeschluss zu der Frage, ob der Leistungsausschluss von Unionsbürgern mit einem Ausbildungsaufenthaltsrecht nach Art. 10 der VO (EU) Nr. 492/2011 aus dem SGB II europarechtskonform ist, Beschluss vom 14.02.2019 - L 19 AS 1104/18.

als Arbeitnehmer aufhält oder aufgehalten hat. Es muss zu diesem Zeitpunkt noch nicht mit der Schule oder einer Berufsausbildung begonnen haben.¹⁰⁸ Das Aufenthaltsrecht besteht auch dann fort, wenn der Unionsbürger verbleibeberechtigter Arbeitnehmer ist, seinen Arbeitnehmerstatus wegen einer selbst verschuldeten Arbeitslosigkeit verloren hat oder wenn er verstirbt oder ins Ausland verzieht.¹⁰⁹ Das abgeleitete Aufenthaltsrecht der sorgetragenden Eltern endet mit dem Ende der Schul- oder Berufsausbildung oder mit Erreichen der Volljährigkeit. Besteht nach Erreichen der Volljährigkeit weiterhin Betreuungsbedarf, endet das abgeleitete Aufenthaltsrecht erst mit dem Ende der Ausbildung.

Voraussetzung für dieses Aufenthaltsrecht des Kindes und der sorgeausübenden Eltern ist nicht, dass der Unterhalt und ein ausreichender Krankenversicherungsschutz aus eigenen Existenzmitteln gesichert sind.¹¹⁰

¹⁰⁸ EuGH, Rs. Teixeira, Urteil vom 23.02.2010, C-408/08.

¹⁰⁹ Vgl.: EuGH, Rs. Echternach und Moritz, Urteil vom 15.03.1989, C- 89/87 und 390/87; LSG NRW, Beschluss vom 27.12.2016 – L 7 AS 2148/16 B ER.

¹¹⁰ EuGH, Rs. Teixeira, Urteil vom 23.02.2010, C-480/08; EuGH, Rs. Nimco Hassan Ibrahim, Urteil vom 23.02.2010, C-310/08.

6. (Fiktive) Aufenthaltsrechte von Unionsbürgern nach dem Aufenthaltsgesetz

Unionsbürger können sich immer auf das Aufenthaltsgesetz berufen, wenn dieses eine günstigere Rechtsstellung vermittelt, z.B. *wenn das Ausländeramt den Verlust des Freizügigkeitsrechts oder das Nichtbestehen der Voraussetzungen für ein materielles Freizügigkeitsrecht festgestellt hat*. Die Günstigerregelung bezieht sich auf Aufenthaltsrecht und/oder auf Anspruchsrechte im Sozialleistungssystem. Anwendungsfälle einer günstigeren Rechtsstellung nach dem AufenthG sind:

- der Unionsbürger ist Ehe-/Lebenspartner eines Deutschen, ¹¹¹
- der Unionsbürger ist Elternteil eines Kindes, das Deutscher ist, ^{112/113}
- der Unionsbürger ist, ohne mit dem anderen Elternteil verheiratet zu sein, sorgetragendes Elternteil eines minderjährigen, freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers, ¹¹⁴
- die Unionsbürgerin erwartet die Geburt eines Kindes, das Deutscher ist, ¹¹⁵
- der Unionsbürger ist Ehe-/Lebenspartner eines Drittstaatsangehörigen, der einen humanitären Aufenthaltstitel als > anerkannter Asylberechtigter, > anerkannter Geflüchteter, > subsidiär Schutzberechtigter oder > national Abschiebeschutzberechtigter besitzt, ¹¹⁶
- der Unionsbürger ist Ehe-/Lebenspartner eines Drittstaatsangehörigen, der eine Niederlassungserlaubnis hat, ¹¹⁷
- der eine Aufenthaltserlaubnis hat, die zum Kindergeld berechtigt ¹¹⁸
- der Unionsbürger ist Opfer von Menschenhandel, Arbeitsausbeutung oder Zwangsprostitution. ¹¹⁹

¹¹¹ Vgl.: § 28 AufenthG.

¹¹² Vgl.: § 28 AufenthG.

¹¹³ Zum Begriff und Erwerb „Deutscher Staatsangehöriger“ siehe: §§ 3-5 und 8 Staatsangehörigkeitsgesetz.

¹¹⁴ Vgl.: Art.18 AEUV i.V.m. § 28 AufenthG; Jonny Bruhn-Tripp, Aufenthaltsrecht und Zugang von Ausländern, Drittstaatsangehörigen, Geflüchteten und Unionsbürgern in das SGB II (HARTZ IV), S. 492-502.

¹¹⁵ BSG, Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R.

¹¹⁶ Vgl.: § 25 AufenthG.

¹¹⁷ Vgl.: § 62 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG.

¹¹⁸ Vgl.: § 62 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 2, 3 EStG

7. Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen

Drittstaatsangehörige sind Ausländer, die nicht Unionsbürger sind. Drittstaatsangehörige sind zu unterscheiden nach Arbeitsmigration, Flucht und Asyl. Asylbewerber sind Ausländer, die Schutz als politisch Verfolgte nach Art. 16a Grundgesetz (GG) suchen. Kriege, Bürgerkriege und Armut sind keine ausreichenden Asylgründe. Auf das Asylrecht des § 16a GG kann sich nicht berufen, wer aus einem EU-Staat oder aus einem sicheren Drittstaat einreist. Sichere Herkunftsstaaten sind die EU-Mitgliedstaaten, Albanien, Bosnien und Herzegowina, Ghana, Kosovo, Mazedonien, Montenegro, Senegal und Serbien.¹²⁰ Nach einem Gesetzentwurf der Bundesregierung sollen Georgien, Algerien, Tunesien und Marokko als sichere Herkunftsstaaten bestimmt werden.¹²¹

Ausländer, die um Asyl nachsuchen und noch keinen Asylantrag gestellt haben, erhalten einen Ankunftsachweis.¹²² Nach der Asylantragstellung wird eine Aufenthaltsgestattung ausgestellt. Eine Aufenthaltsgestattung ist kein Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz, sondern nur ein gestatteter Aufenthalt zur Durchführung des Asylverfahrens.¹²³ Während des Asylverfahrens unterliegen Asylbewerber dem Asyl- und Asylverfahrensgesetz.

Das Aufenthaltsrecht Drittstaatsangehöriger richtet sich nach dem Aufenthaltsgesetz. Für Arbeitnehmer, die Staatsangehörige der Türkei sind, richtet sich das Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG und dem Assoziationsabkommen EU/Türkei.¹²⁴ Abhängig von der Dauer einer ord-

¹¹⁹ Vgl.: § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU i.V.m. § 25 Abs. 4a Satz 1 und § 25 Abs. 4b AufenthG.

¹²⁰ Vgl.: Anlage II zu § 29a Asylgesetz; Erster Bericht der Bundesregierung gemäß §29a Absatz 2a Asylgesetz zu der Überprüfung der Voraussetzungen zur Einstufung der in Anlage II zum Asylgesetz bezeichneten sicheren Herkunftsstaaten vom 23. Oktober 2017.

¹²¹ Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Einstufung Georgiens, der Demokratischen Volksrepublik Algerien, des Königreichs Marokko und der Tunesischen Republik als sichere Herkunftsstaaten, Drucksache 19/5314, 29.10.2018.

¹²² Vgl.: § 63a Asylgesetz.

¹²³ Vgl.: § 55 Abs.1 Asylgesetz.

¹²⁴ Vgl.: Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei vom 12. 09.1963; Beschluss des Assoziationsrats EWG/Türkei Nr. 2/76 vom 20.12.1976; Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrates vom 19.09.1980 über die Entwicklung der Assoziation (ARB 1/80); Beschluss Nr. 3/80 des Assoziationsrats

nungsgemäßen Beschäftigung erwerben assoziationsberechtigte Arbeitnehmer stufenweise höhere Arbeitsmarktrechte bis hin zur vollen Arbeitnehmerfreizügigkeit.¹²⁵ Mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit verbunden sind - Unionsbürgern und Deutschen gleichgestellte - Leistungsrechte im System der Sozialen Sicherheit und der Sozialen Fürsorge.¹²⁶

7.1. Aufenthaltstitel und Aufenthaltserlaubnisse

Ausländer dürfen nur im Besitz eines gültigen Passes oder Passersatzes einreisen.¹²⁷ Für die Einreise oder den Aufenthalt bedürfen Ausländer generell eines Aufenthaltstitels.¹²⁸ Im Unterschied zu Unionsbürger, für die eine Freizügigkeitsvermutung besteht, sieht das Aufenthaltsrecht für Drittstaatsangehörige nicht die Vermutung einer Aufenthaltsberechtigung vor.

Das Erfordernis eines Aufenthaltstitels entfällt für Staatsangehörige, die ein Aufenthaltsrecht nach dem Assoziationsabkommen EWG/Türkei haben.¹²⁹ Aufenthaltstitel sind: Visum, Aufenthaltserlaubnisse, Blaue Karte EU, ICT-Karte, Mobile-ICT-Karte, Niederlassungserlaubnis, Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU. Ein Aufenthaltstitel berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, sofern es nach dem Aufenthaltsgesetz bestimmt ist oder der Aufenthaltstitel eine Erwerbstätigkeit erlaubt.¹³⁰

vom 19. September 1980 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften auf die türkischen Arbeitnehmer und auf deren Familienangehörige (ARB 3/80).

¹²⁵ Vgl.: Art. 6 – 11 ARB 1/80.

¹²⁶ Vgl.: Art. 4 ARB 3/80

¹²⁷ Vgl.: § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG.

¹²⁸ Vgl.: § 4 Abs.1 Satz 1 AufenthG.

¹²⁹ Vgl.: § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG.

¹³⁰ Vgl.: § 4 Abs. 2 AufenthG.

Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen für Aufenthaltstitel¹³¹

Allgemeine Voraussetzungen für einen Aufenthaltstitel sind:

- der Lebensunterhalt des Ausländers und seiner Familie muss aus eigenen Mitteln gesichert sein (Unterhaltssicherung),¹³²
- die Identität und Staatsangehörigkeit sind geklärt,
- die Passpflicht ist erfüllt,
- es besteht kein (nationales) Ausweisinteresse.

Von „Arbeits-Migranten“, aber auch von anderen Statusgruppen wird gefordert, ihren Lebensunterhalt durch eine existenzsichernde Beschäftigung auf dem Arbeitsmarkt nachzuweisen.

Unterhaltssicherung

Die Unterhaltssicherung aus eigenen Mitteln ist eine zwingende Voraussetzung für die Erteilung eines Aufenthaltstitels und für die Familienzusammenführung.^{133/134/135} Die Unterhaltssicherung ist im Aufenthaltsgesetz negativ definiert. Er ist gesichert, wenn der Ausländer seinen Unterhalt inklusive eines ausreichenden Krankenversicherungsschutzes dauerhaft ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestreiten kann (Prognoseerfordernis). Zu den öffentlichen Mitteln zählen: > Sozialhilfe, > Unterhaltsleistungen der Kinder- und Jugendhilfe, > SGB II-Leistungen (ALG II, Sozialgeld), Asylbewerberleistungen.^{136/137} Der Lebensunterhalt gilt bereits dann als nicht gesichert, wenn Sozialhilfe- oder SGB II-Hilfebedürftigkeit besteht, genauer: die eigenen Mittel den jeweiligen Hilfe-

¹³¹ Vgl.: § 5 Abs. 1 AufenthG.

¹³² Vgl.: § 2 Abs. 3 AufenthG.

¹³³ Vgl.: § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG.

¹³⁴ BVerwG, Urteil vom 26.08.2008 – 1 C 32.07; Urteil vom 28.10.2008 – 1 C 34.07; Urteil vom 30.04.2009 – 1 C 3.08; Urteil vom 16.11.2010 – 1 C 20.09; Urteil vom 16.08.2011 – 1 C 12/10; Urteil vom 16.11.2010 – 1 C 20.09; Urteil vom 18.04.2012 – 10 C 10.12; Urteil vom 29.11.2012 – 10 C 4.12; Urteil vom 13.06.2013 – 10 C 16.12; Urteil vom 23.03.2017 1 C 14.16; Beschluss vom 22.11.2016 – 1 B 117.16.

¹³⁵ Zur Rechtsprechung über das Erfordernis der Unterhaltssicherung siehe: Jonny Bruhn-Tripp, Aufenthaltsgesetz und Zugang von Ausländern, Drittstaatsangehörigen, Geflüchteten und Unionsbürgern in das SGB II (HARTZ IV), S. 99-105.

¹³⁶ Vgl.: § 2 Abs. 3 Satz 1 AufenthG.

¹³⁷ Vgl.: Sven Hasse, Die Sicherung des Lebensunterhalts. Ein systematischer Überblick zur Grundvoraussetzung für die Erteilung von Aufenthaltstiteln, in: Asylmagazin, 7-8/2018, S. 225-231.

bedarf nicht abdecken und ein Anspruch auf aufstockende Sozialhilfe-/SGB II-Leistungen besteht. Auf die Inanspruchnahme oder den Bezug von Sozialhilfe, SGB II-Leistungen kommt es nicht an.¹³⁸ Bei bestimmten Statusgruppen ist oder kann von dem Erfordernis der Unterhaltssicherung abgesehen werden.

Aufenthaltserlaubnis und Unterhaltssicherung

Von Ausländern mit einem Aufenthaltsrecht zur Erwerbstätigkeit wird in der Regel eine Unterhaltssicherung in Höhe des SGB II-Hilfebedarfs gefordert.^{139/140} Für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis ist von der Unterhaltssicherung abzusehen, wenn der Ausländer aufgrund einer Krankheit oder Behinderung außerstande ist, seinen Unterhalt (durch Erwerbstätigkeit) abzusichern.¹⁴¹ Gleiches gilt bei einer Aufenthaltserlaubnis für > geduldete Ausländer mit einer Aufenthaltsgewährung bei nachhaltiger Integration sowie für deren Ehe-/Lebenspartner und minderjährigen Kinder.¹⁴² Generell ist bei Staatsangehörigen der Türkei mit einer Aufenthaltserlaubnis nach Artikel 6 und 7 ARB 1/80 abzusehen von der Unterhaltssicherung durch Arbeit und/oder durch eigene Existenzmittel (assoziationsberechtigte Arbeitnehmer und ihre Ehe-/Lebenspartner und Kinder).¹⁴³ Bei einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug zu einem Deutschen ist ebenfalls vom Erfordernis der Unterhaltssicherung abzusehen.¹⁴⁴ Bei Statusgruppen mit einem humanitären Aufenthaltsstatus kann für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis von dem Erfordernis der Unterhaltssicherung abgesehen werden.

¹³⁸ BVerwG, Urteil vom 26.08.2008 – 1 C 32.07; Urteil vom 16.11.2010 – 1 C 2.09.

¹³⁹ BMI, AVwV, Ziffer 2.3.1.1 und 2.3.1.4.

¹⁴⁰ BVerwG, Urteil vom 28.10.2008 – 1 C 34.07; Urteil vom 16.11.2010 – 1 C 21.09; Urteil vom 16.11.2010 – 1 C 20.09; Urteil vom 16.08.2011 – 1 C 12.10; Urteil vom 29.11.2012 – 10 C 4.12.

¹⁴¹ Vgl.: § 9 Abs. 2 Satz 6 AufenthG.

¹⁴² Vgl.: § 25b Abs. 3 und 4 AufenthG.

¹⁴³ Jonny Bruhn-Tripp: Aufenthaltsrecht und Zugang von Ausländern, Drittstaatsangehörigen, Geflüchteten und Unionsbürgern in das SGB II (HARTZ IV), S. 286-331.

¹⁴⁴ Vgl.: § 28 Abs. 1 Satz 2 AufenthG.

Von dem Erfordernis der Unterhaltssicherung kann abgesehen werden:

- bei Aufenthaltserlaubnissen aus humanitären, völkerrechtlichen oder politischen Gründen,
z.B.: > bei Resettlement-Flüchtlingen, > einer Aufenthaltserlaubnis zum vorübergehenden Aufenthalt aus dringenden humanitären Gründen oder > bei Vorliegen von Ausreisehindernissen, > bei Rückkehrberechtigten, die im Bundesgebiet einen anerkannten Schulabschluss erworben haben oder in besonderen Härtefällen.

In folgenden Fällen und bei folgenden Statusgruppen ist von der Unterhaltssicherung abzusehen:

- Aufenthaltsgewährung zum vorübergehenden Schutz,
- anerkannten Asylberechtigten,
- Konventions-Flüchtlingen,
- anerkannten subsidiär Schutzberechtigten,
- national Schutzberechtigten,
- Opfern von Menschenhandel, Zwangsprostitution und Arbeitsausbeutung,
- Aufenthaltsrecht für integrierte Kinder von geduldeten Ausländern.

Abzusehen ist in der Regel bei

- minderjährigen Kindern,
- gut integrierten Jugendlichen in einer Schul- oder Berufsausbildung.

Aufenthaltserlaubnisse

Aufenthaltserlaubnisse sind Aufenthaltstitel, die befristet zu im Aufenthaltsgesetz vorgesehenen Zwecken und aus bestimmten Gründen erteilt oder verlängert werden. In begründeten Fällen kann eine Aufenthaltserlaubnis auch für nicht im Gesetz vorgesehene Aufenthaltsw Zwecke erteilt werden (Auffangregelung).¹⁴⁵ Die jeweilige Aufenthaltserlaubnis muss erkennen lassen, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt ist.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Vgl.: § 7 Abs. 1 AufenthG.

¹⁴⁶ Vgl.: § 4 Abs. 2 AufenthG.

Im Gesetz genannte Zwecke und Gründe für die Erteilung/Verlängerung von Aufenthaltserlaubnissen sind:

- zum Zweck der Ausbildung (Schule, Berufsausbildung, Studium),
- zum Zweck der Ausübung einer Beschäftigung und/oder selbständigen Erwerbstätigkeit
- zum Zweck der Arbeitsuche nach einer vorherigen Ausbildung oder Beschäftigung,
- aus politischen, nationalen, völkerrechtlichen oder humanitären Gründen, z.B. Asylgewährung für politisch Verfolgte, Schutzgewährung für Kriegsflüchtlinge und Genfer-Flüchtlinge, Schutzgewährung bei Menschenrechtsverletzungen, Abschiebeschutz bei begründeter Furcht vor Menschenrechtsverletzungen,
- zum Zweck der Familienzusammenführung.

Tabelle: Im Aufenthaltsgesetz vorgesehene Aufenthaltszwecke

§§ AufenthG.	Aufenthaltszwecke
4 Abs.5	Aufenthaltsrecht als assoziationsberechtigter Staatsangehöriger der Türkei
16 – 17b	Aufenthalt zum Zweck der Ausbildung: > Schule, > Berufsausbildung, > Aus- und Weiterbildung > Studium
16 Abs. 5 16b Abs. 3 17 Abs. 3	Aufenthalt zum Zweck der Arbeitsuche nach einer erfolgreich abgeschlossenen Berufsausbildung oder eines Studiums
18 - 21	Aufenthalt zum Zweck der Erwerbstätigkeit
18c; 20 – 20b	Aufenthalt zum Zweck der Arbeitsplatzsuche für qualifizierte/hochqualifizierte Fachkräfte (Akademiker)
18d	Aufenthalt zum Zweck der Teilnahme am europäischen Freiwilligendienst
22 - 26	Aufenthalt aus > politischen (nationalen), völkerrechtlichen, > humanitären Gründen
25 Abs. 4b, 25 Abs. 5	Aufenthalt aus humanitären Gründen für Opfer von > Menschenhandel/Zwangsprostitution und > Arbeitsausbeutung
27 – 36a	Aufenthalt aus familiären Gründen: > Ehe-/Lebenspartnernachzug, Kindernachzug zu Deutschen/Ausländern, > Nachzug von Eltern zu minderjährigen Deutschen/Ausländern, > Eigenständiges Aufenthaltsrecht für Ehe-/Lebenspartner, > Eigenständiges Aufenthaltsrecht für minderjährige Kinder, > Familiennachzug Sonstiger
37 - 39	Aufenthalt aufgrund besonderer Aufenthaltsrechte: > Recht auf Wiederkehr aufgrund eines langjährigen, rechtmäßigen Aufenthalts als Minderjähriger, > Aufenthaltsrecht für ehemalige Deutsche, > für in anderen EU-Staaten langfristig Aufenthaltsberechtigte
7 Abs. 1 Satz 3 22 Satz 1 und 3 25 Abs. 4	Auffangtatbestand für nicht im AufenthG vorgesehene Aufenthaltszwecke. Anwendungsfall könnte ein Familiennachzug von eheähnlichen Partnern sein. ¹⁴⁷
104b	Aufenthaltsrecht für geduldete Ausländern nach der Altfallregelung
104b	Aufenthaltsrecht für integrierte minderjährige (ledige) Kinder von geduldeten Ausländern

¹⁴⁷ EuGH, Rs. Banger, C-89/17, 12.07.2018.

7.2. Humanitäre Aufenthaltserlaubnisse

Tabelle: Aufenthaltserlaubnisse aus politischen, völkerrechtlichen und humanitären Gründen

§§ AufenthG	Aufenthaltsstatus
22 Satz 1	Aufenthaltserlaubnis zur Aufnahme aus dem Ausland
22 Satz 2	Aufenthaltserlaubnis nach Aufnahmeerklärung des BMI
23 Abs. 1	Aufenthaltserlaubnis nach Aufenthaltsgewährung
23 Abs. 2	Aufenthalts-/Niederlassungserlaubnis nach Aufenthaltsgewährung aus besonders gelagerten politischen Interessen
23 Abs. 4 25 Abs. 1 25 Abs. 2 25 Abs. 2	Aufenthaltserlaubnis für > Resettlement-Flüchtlinge > Anerkannte Asylberechtigte > Anerkannte Genfer-Flüchtlinge > Subsidiär Schutzberechtigte
24 Abs. 2	Aufenthaltserlaubnis für Schutzberechtigte nach EU Ratsbeschluss
25 Abs. 3	Aufenthaltserlaubnis für National Schutzberechtigte
25 Abs. 4 Satz 1	Aufenthaltserlaubnis um vorübergehendem Aufenthalt aus dringenden humanitären oder persönlichen Gründen
25 Abs. 4 Satz 2	Aufenthaltserlaubnis im Härtefall
25 Abs. 4a, 4b	Aufenthaltserlaubnis für Opfer von Menschenhandel, Zwangsprostitution und Arbeitsausbeutung
25 Abs. 5	Aufenthaltserlaubnis für vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer bei Vorliegen von rechtlichen oder tatsächlichen Ausreisehindernissen
25a Abs. 1 und 2	Aufenthaltserlaubnis für gut integrierte Jugendliche und deren Ehe-/Lebenspartner, Eltern, Geschwister
25b Abs. 1 und 4	Aufenthaltserlaubnis für nachhaltig integrierte Geduldete und deren Ehe-/Lebenspartner, minderjährige ledige Kinder
26 Abs. 3 und 4	Niederlassungserlaubnis für ➤ anerkannte Asylberechtigte nach 3-jährigem Aufenthalt ➤ International Schutzberechtigte nach 3-jährigem Aufenthalt ➤ sonstige humanitäre Aufenthaltsw Zwecke nach 5-jährigem Aufenthalt

III. Kapitel: Neuregelung des Kindergeldanspruchs von Unionsbürgern im Einkommenssteuergesetz

Was ist Kindergeld? – Zum Charakter des Kindesgeldes

Das Kindergeldrecht ist im Einkommenssteuergesetz ¹⁴⁸ und im Bundeskindergeldgesetz (BKGG) geregelt. Unbeschränkt steuerpflichtige Personen erhalten Kindergeld nach dem EStG; beschränkt steuerpflichtige Personen nach dem BKGG. ¹⁴⁹ Kindergeld wird auf Antrag hin gewährt. ¹⁵⁰ Ein Antrag wirkt sechs Monate zurück. ¹⁵¹ Zuständig für Kindergeld ist die Familienkasse.

Charakter des Kindesgeldes

Kindergeld ist –entgegen der Zweckbehauptung der Bundesregierung ¹⁵²– weder nach dem nationalen Sozialleistungsrecht noch nach dem einschlägigen Europarecht als Leistung der Sozialhilfe anzusehen. ^{153/154} Es ist eine aus öffentlichen Mitteln finanzierte und unabhängig von einer Hilfebedürftigkeit zustehende Leistung des allgemeinen Familienlastenausgleichs an Erziehungsberechtigte und hat die Aufgabe, das Existenzminimum eines Kindes inklusive der Bedarfe für Betreuung und Erziehung sicherzustellen. ^{155/156} Nach dem einschlägigen Europarecht und

¹⁴⁸ EStG, §§ 62-78.

¹⁴⁹ Vgl.: § 62 EStG, § 1 Abs. 1 BKGG.

¹⁵⁰ Vgl.: § 67 EStG.

¹⁵¹ Vgl.: § 70 Abs. 1 Satz 2 EStG.

¹⁵² Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch, S. 72.

In der Gesetzesbegründung (S. 72) leitet die Bundesregierung einen Sozialhilfecharakter des Kindesgeldes aus dessen (bedarfsmindernde) Wirkung als anrechenbares Einkommen auf die Sozialhilfe und das ALG II/Sozialgeld nach dem SGB II ab. „Soweit das Kindergeld - bei geringem oder gar keinem Einkommen - dafür nicht erforderlich ist, dient es der Förderung der Familie. Es handelt sich insoweit um eine einkommensteuerliche Leistung, die bei wirtschaftlich nicht aktiven Personen wie eine Sozialleistung wirkt und im Falle einer sozialrechtlichen Hilfebedürftigkeit als Einkommen den Bedarf mindern würde.“

¹⁵³ Vgl.: VO (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, Art. 1 Buchstabe z), Art. 4, 67.

¹⁵⁴ EuGH, Rs. Kommission/Vereinigtes Königreich, Vertragsverletzung eines Mitgliedstaats, Urteil vom 14.06.2016, C 308-14, Rnr. 58-60; EuGH, Rs. Bogatu, Urteil vom 07.02.2019, C-322/1.

¹⁵⁵ Vgl.: § 31 Satz 1 EStG.

der Rspr. des EuGH ist Kindergeld als eine Leistung der Sozialen Sicherheit anzusehen ^{157/158} und fehlt es dem Kindergeld an dem Charakter einer Leistung der Sozialhilfe. ¹⁵⁹

Rspr. des EuGH zum Charakter des Kindergeldes

EuGH, Urteil vom 14.06.2016 Rs. C-308/14	Rnr. 60 (...) Leistungen, die unabhängig von einer auf Ermessensausübung beruhenden Einzelfallbeurteilung der persönlichen Bedürftigkeit ohne Weiteres solchen Familien gewährt werden, die bestimmte objektive Kriterien insbesondere hinsichtlich ihrer Größe, ihres Einkommens und ihrer Kapitalrücklagen erfüllen, und die dem Ausgleich von Familienlasten dienen, (sind) als Leistungen der sozialen Sicherheit anzusehen (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteile vom 16. Juli 1992, Hughes, C-78/91, EU:C:1992:331, Rn. 22, und vom 10. Oktober 1996, Hoever und Zachow, C-245/94 und C-312/94, EU:C:1996:379, Rn. 27). Rnr. 68 Aus der Rspr. des Gerichtshofs geht aber hervor, dass grundsätzlich nichts dagegen spricht, dass die Gewährung von Sozialleistungen an Unionsbürger, die wirtschaftlich nicht aktiv sind, von dem Erfordernis abhängig gemacht wird, dass diese die Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat erfüllen (vgl. in diesem Sinne insbesondere Urteile vom 19. September 2013, Brey, C-140/12, EU:C:2013:565, Rn. 44, und vom 11. November 2014, Dano, C-333/13, EU:C:2014:2358, Rn. 83).
EuGH Rs. Bogatu Urteil vom 07.02.2019 C-322/17	Leitsatz: Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 (...) zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, insbesondere ihr Art. 67 in Verbindung mit ihrem Art. 11 Abs. 2, ist dahin auszulegen, dass für den Anspruch einer Person auf Familienleistungen im zuständigen Mitgliedstaat (...) weder Voraussetzung ist, dass diese Person in diesem Mitgliedstaat eine Beschäftigung ausübt, noch, dass sie von ihm aufgrund oder infolge einer Beschäftigung eine Geldleistung bezieht.

¹⁵⁶ BVerfG, Beschluss vom 29.05.1990 – 1 BvL 20,26,184 und 4/86; BVerfG, Beschluss vom 14.06.1994 – 1 BvR 1022/88; BVerfG, Urteil vom 10.11.1998 – 2 BvL 42/93; BVerfG, Beschluss vom 06.07.2004 – 1 BvL 4/9, 1BvL 5/97, 1 BvL 6/97.

¹⁵⁷ Vgl.: VO (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, Art.3 Buchstabe j.

¹⁵⁸ EuGH, Rs. Hudzinski, Urteil vom 12.06.2012, C-611/10 und C-621/10; EuGH, Rs. Kommission, Urteil vom 14.06.2016, C 308-14; EuGH, EuGH, Rs. Bogatu, Urteil vom 07.02.2019, C-322/17.

¹⁵⁹ Zum Begriff der Sozialhilfe nach dem Europarecht siehe: EuGH, Rs. Alimanovic, Urteil vom 15.09.2015, C-67/14; Rs. Dano, Urteil vom 11.11.2014, C-333/13; Rs. Garcia-Nieto, Urteil vom 25.02.2016, C-299/14.

Kreis der Kinder, für die Kindergeld gezahlt wird ¹⁶⁰

Kindergeld wird gewährt für

- Kinder unter 18 Jahren
- für bei der Agentur für Arbeit arbeitslos und zur Arbeitsuche gemeldete Kinder unter 21 Jahren,
- für Kinder, die ein Freiwilliges soziales Jahr ableisten, unter 25 Jahren,
- für Kinder in Ausbildung (Schule, Berufsausbildung, Studium) unter 25 Jahren,
- für behinderte Kinder über das 25. Lebensjahr hinaus, die außerstande sind, sich selbst zu unterhalten.

Die Höhe des Kindergeldes richtet sich nach der Zahl der Kinder und beträgt: für das erste und zweite Kind je 204 €, für ein drittes Kind 210 € und für jedes weitere Kind 235 € pro Monat.

Kindergeldbezug und Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht

Der Bezug von Kindergeld und anderen Leistungen des Kinderlastenausgleichs (Kinderzuschlag, Erziehungsgeld, Elterngeld, Unterhaltsvorschuss) ist unschädlich für das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen. ¹⁶¹

¹⁶⁰ Vgl.: § 2 BKGG; § 63 EStG.

¹⁶¹ Vgl.: § 2 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1-4 und Nr.7 AufenthG.

1. Ziel und Inhalt der Gesetzesänderungen im Bereich des Kindergeldes

Offizielles Ziel der Gesetzesänderungen ist es, den (organisierten) Missbrauch von Kindergeld zu bekämpfen und die Arbeitslosen- und Armutsflucht von Unionsbürgern in das Sozialleistungssystem zu verhindern. In der Gesetzesbegründung zu der Neuregelung des Kindergeldanspruchsberechtigung von Unionsbürgern heißt es:

„Durch den Leistungsausschluss wird sichergestellt, dass das Kindergeld nur an zugezogene Personen gezahlt wird, die wirtschaftlich aktiv sind und zum Beispiel von ihrer Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch machen. Nicht begünstigt werden Personen, die für eine Erwerbstätigkeit nicht zur Verfügung stehen oder lediglich zur Arbeitsuche eingereist sind und deshalb kaum ausreichend in den Arbeitsmarkt oder in das System der sozialen Sicherheit in Deutschland integriert sind. Mit der Maßnahme wird verhindert, dass das System der sozialen Sicherheit in Deutschland unangemessen in Anspruch genommen und dadurch seine Finanzierung gefährdet wird. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass vom Kindergeld eine nicht beabsichtigte Anreizwirkung für einen Zuzug aus anderen Mitgliedstaaten der EU ausgeht.“¹⁶²

Umgesetzt werden diese Ziele durch:

- die Befugnis der Behörden des Zolls, die Rechtmäßigkeit des Kindergeldbezuges von Ausländern im automatisierten Datenabgleich mit Finanzämtern, Sozialleistungsträgern zu überprüfen,¹⁶³
- die Befugnis der Zollbehörden, die Mitwirkungspflichten der Kindergeldempfänger gegenüber der Familienkasse zu überprüfen,¹⁶⁴
- das Recht der Familienkassen, bei Verdacht auf Kindesgeldmissbrauch oder Verletzung von Mitwirkungspflichten, die Zahlung von Kindergeld vorläufig einzustellen,¹⁶⁵
- einen Kindergeldausschluss neu eingereister Unionsbürger in den ersten drei Monaten, sofern in diesem Zeitraum keine Einkünfte im Inland erzielt werden,¹⁶⁶

¹⁶² Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch, Drucksache 19/8691, 25.03.2019, S. 64.

¹⁶³ Vgl.: § 6 Abs. 4 Satz 1 Nr. 7 SchwarzArbG.

¹⁶⁴ Vgl.: § 2 Abs. 1 Satz 3 SchwarzArbG.

¹⁶⁵ Vgl.: § 71 EStG.

¹⁶⁶ Vgl.: § 62 Abs. 2a Satz 1 und Satz 2 EStG.

- eine engere Verknüpfung des Kindergeldanspruchs an bestimmte Freizügigkeitsrechte,
- Ausschluss von Unionsbürgern, die über kein materielles Freizügigkeitsrecht verfügen oder nur zum Zweck der Arbeitsuche einreisen und sich nur zu diesem Zweck aufhalten,¹⁶⁷
- die Kompetenz der Familienkassen, in eigener Zuständigkeit den Freizügigkeitsstatus von Unionsbürgern zu überprüfen. Genauer: Bei der Bearbeitung von Kindergeldanträgen zu prüfen, ob die Voraussetzungen für ein (kindergeldberechtigendes) Freizügigkeitsrecht vorliegen.^{168/169}
- Mitteilungspflichten der Familienkasse über eine fehlende Freizügigkeitsberechtigung und über einen Kindergeldmissbrauch von Unionsbürgern gegenüber der Ausländerbehörde.

Im Fall einer negativen Statusfeststellung, hat die Familienkasse das Ausländeramt zu informieren.¹⁷⁰ Darüber hinaus ist die Familienkasse verpflichtet, einen Kindergeldmissbrauch von Unionsbürgern (Ausländern) der Ausländerbehörde unverzüglich mitzuteilen.¹⁷¹

Drittstaatsangehörige und Kindergeldanspruch

Für Drittstaatsangehörige ist der Katalog der ausländerspezifischen Anspruchsvoraussetzungen auf Kindergeld nicht geändert worden. Die neu eingeführten Leistungsausschlüsse gelten dem Wortlaut nach nur für Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates der EU/EWR und gelten nicht für > Drittstaatsangehörige, > freizügigkeitsberechtigte Drittstaatsangehörige eines Unionsbürgers, > Unionsbürger und Drittstaatsangehörige, die Ehe-/Lebenspartner eines Deutschen¹⁷² und > Unionsbürger

¹⁶⁷ Vgl.: § 62 Abs. 1a EstG.

¹⁶⁸ Vgl.: § 62 Abs. 1a Satz 3 und 4 EstG.

¹⁶⁹ Nach der vorherigen Gesetzeslage durfte die Familienkasse in eigener Zuständigkeit nicht prüfen, ob Unionsbürger freizügigkeitsberechtigt sind. Bei Zweifeln an der Freizügigkeitsberechtigung musste sich die Familienkasse an die Ausländerbehörde wenden, z.B. längerer Arbeitslosigkeit oder wenn Unionsbürger ihren Lebensunterhalt überwiegend aus Leistungen des SGB II (ALG II/Sozialgeld) bestreiten.

¹⁷⁰ Vgl.: § 62 Abs. 1a Satz 5 EstG.

¹⁷¹ Vgl.: § 62 Abs. 1a Satz 6 EstG.

¹⁷² Vgl.:

und Drittstaatsangehörige, die Elternteil eines Kindes sind, das Deutscher ist.¹⁷³ Ein Kind ist Deutscher, wenn ein Elternteil Deutscher ist.¹⁷⁴

Die Leistungsausschlüsse gelten nicht für Unionsbürger/Drittstaatsangehörige, die Elternteil eines Deutschen Kindes sind

Ein Kind von Ausländern erwirbt die deutsche Staatsangehörigkeit, wenn es im Inland geboren ist und ein Elternteil seit 8 Jahren rechtmäßig seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat und ein unbefristetes Aufenthaltsrecht oder als Staatsangehöriger der Schweiz oder dessen Familienangehöriger eine Aufenthaltserlaubnis nach dem Freizügigkeitsabkommen EU/Schweiz besitzt.¹⁷⁵

Beispiel: Kindergeldberechtigung eines Unionsbürgers/Drittstaatsangehörigen, der Elternteil eines Kindes ist, das als „Ausländerkind“ Deutscher ist¹⁷⁶

Die Unionsbürgerin/Drittstaatsangehörige G. und der Italiener F. haben ein gemeinsames Kind. G. trennt sich von F. F. ist daueraufenthaltsberechtigt und lebt seit acht Jahren in der BRD. Das gemeinsame (Ausländer-) Kind ist Deutscher nach dem Staatsangehörigkeitsgesetz. G. ist als Mutter eines deutschen Kindes aufenthalts- und kindergeldberechtigt.

Gleiches würde gelten, wenn G. von F. schwanger wäre, sich weiterhin in der BRD aufhält und die Geburt des Kindes bevorsteht und erfolgt.

Die Ausschlüsse aus dem Kindergeldanspruch treffen nicht Drittstaatsangehörige und auch nicht freizügigkeitsberechtigte Drittstaatsangehörige eines Unionsbürgers

Die neu eingeführten Leistungsausschlüsse des § 62 Abs. 1a EStG aus dem Kindergeld: 1. Karenzzeit, 2. fehlende materielle Freizügigkeitsberechtigung, 3. alleiniges Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche, 4. Verlust des fortwirkenden Erwerbsstatus und 5. alleiniges Ausbildungsfreizügigkeitsrecht und davon abgeleitetes Aufenthaltsrecht der Eltern zur Kin-

¹⁷³ Vgl.: § 28 AufenthG.

¹⁷⁴ Vgl.: § 4 Abs. 1, 5 Staatsangehörigkeitsgesetz.

¹⁷⁵ Vgl.: § 4 Abs. 3 Staatsangehörigkeitsgesetz.

¹⁷⁶ BSG, Urteil vom 30.01.2013 – B 4 AS 54/12; HartzBote. Infos zu Grundsicherung & Co: Grundsicherung für schwangere Bulgarin. Download: <https://www.hartzbote.de/grundsicherung-fuer-eine-schwangere-bulgarin-411165>

dessorge nach Art 10 der VO (EU) Nr. 492/2011 gelten nicht für folgende Ausländergruppen:

- Ausländer, die nicht dem Freizügigkeitsgesetz unterliegen und einen kindergeldberechtigten Aufenthaltstitel besitzen
- Drittstaatangehörige, freizügigkeitsberechtigte Ehe-/Lebenspartner eines Unionsbürgers,
- Drittstaatangehörige Ehe-/Lebenspartner eines Unionsbürgers, die sich auf einen (begünstigenden) kindergeldberechtigten Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz berufen können (fiktives Aufenthaltsrecht),
- Drittstaatangehörige sorgetragende Elternteile eines nach Art. 10 der Wanderarbeitnehmerverordnung VO/EU 492/2011 freizügigkeitsberechtigten Kindes.

Beispiel: Kindergeldberechtigung eines freizügigkeitsberechtigten Drittstaatangehörigen eines Unionsbürgers, der wegen eines alleinigen Freizügigkeitsrecht zum Zweck der Arbeitsuche vom Kindergeldanspruch ausgeschlossen ist ¹⁷⁷

Das Ehepaar M. ist mit seinen zwei Kindern zum Zweck der Arbeitsuche eingereist. Die Ehefrau und die Kinder sind Unionsbürger (Spanier); der Ehemann Marokkaner. Der Ehemann leitet von seiner Frau ein Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche ab. Als Staatsangehöriger eines Drittstaates unterliegt er nicht den Kindergeldausschlüssen. Er hat Anspruch auf Kindergeld.

¹⁷⁷ Vgl.: GGUA, Stellungnahme zum Referent*innenentwurf zu einem „Gesetz zur Bekämpfung von Missständen am Arbeitsmarkt, illegaler Beschäftigung sowie von Kindergeld- und Sozialleistungsmissbrauch“, GZ: II A 3 – SV 3010/18/10016 DOK: 2018/0936635, 18.12.2018.

2. Anspruchsberechtigung von Unionsbürgern auf Kindergeld nach dem vorherigen Recht

Nach dem vorherigen Gesetzesstand waren Unionsbürger unter den gleichen Voraussetzungen kindergeldberechtigt wie Deutsche. Für den Anspruch auf Kindergeld reichte es aus, dass unbeschränkt einkommenssteuerpflichtige Unionsbürger von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen und einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland begründen. Die Kindergeldberechtigung war nicht an ein bestimmtes Freizügigkeitsrecht gebunden. Jedes Freizügigkeitsrecht berechnigte zum Kindergeld.

Anspruchsberechtigt auf Kindergeld waren nach der vorherigen Gesetzesfassung des § 62 EStG: Unionsbürger, die im Inland ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben oder ohne Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland unbeschränkt einkommenspflichtig sind oder als unbeschränkt einkommensteuerpflichtig behandelt werden. Eine Verknüpfung des Anspruchs auf Kindergeld mit bestimmten Freizügigkeitsrechten sah die vorherige Gesetzeslage nicht vor.

Kindergeldberechnigte Unionsbürger nach dem vorherigen Recht ¹⁷⁸

§ 62 Anspruchsberechtigte

(1) Für Kinder im Sinne des § 63 hat Anspruch auf Kindergeld nach diesem Gesetz, wer

1. im Inland einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder
2. ohne Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland
 - a) nach § 1 Absatz 2 unbeschränkt einkommensteuerpflichtig ist oder
 - b) nach § 1 Absatz 3 als unbeschränkt einkommensteuerpflichtig behandelt wird.

Voraussetzung für den Anspruch nach Satz 1 ist, dass der Berechnigte durch die an ihn vergebene Identifikationsnummer (§ 139b der Abgabenordnung) identifiziert wird.

¹⁷⁸ Vgl.: § 62 Abs. 1 EStG. in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Oktober 2009, zuletzt geändert durch Artikel 9 des Gesetzes vom 14. August 2017.

Rechtsprechung zur Kindergeldberechtigung von Unionsbürgern nach der Gesetzeslage vor der Neuordnung

Nach der zum vorherigen Kindergeldrecht ergangenen Rspr. des Bundesfinanzhofs (BFH) waren Unionsbürger ungeachtet eines materiellen Freizügigkeitsrechts oder eines Verbleiberechts solange kindergeldberechtigt, wie die Ausländerbehörde nicht den Verlust oder das Nichtbestehen des allgemeinen Freizügigkeitsrechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU festgestellt hat.¹⁷⁹ Danach waren unter der Voraussetzung der Wohnsitznahme oder eines gewöhnlichen Aufenthalts im Inland neben Unionsbürgern im Erwerbs- oder Verbleibestatus oder mit ausreichenden Existenzmitteln kindergeldberechtigt: Unionsbürger mit > einem Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche, > einem Aufenthaltsrecht nach der Art. 10 Wanderarbeitnehmerverordnung VO (EU) Nr. 492/2011 und > nichterwerbstätige Unionsbürger. Im Klartext: Solange sich ein Unionsbürger rechtmäßig und gewöhnlich aufhält, und ein Unionsbürger hält sich solange rechtmäßig auf, wie die Ausländerbehörde nicht den Verlust oder das Nichtbestehen der Freizügigkeitsberechtigung festgestellt hat, besteht ein Anspruch auf Kindergeld. Unionsbürger, bei denen

¹⁷⁹ BFH, Beschluss vom 27.04.2015 – III B 127/14; BFH, Urteil vom 15.03.2017 – III R 32/15;

Rechtsprechung des BFH zur Kindergeldberechtigung von Unionsbürgern

BFH, Beschluss 27.04.2015 III B 127/14	Unionsbürgern, die sich rechtmäßig im Inland aufhalten, sind Kindergeldberechtigter. Die Familienkasse ist solange von der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts auszugehen, wie die Ausländerbehörde nicht den Verlust oder das Nichtbestehen der Freizügigkeitsberechtigung festgestellt hat. Für die Kindergeldberechtigung reicht die „Vermutung der Freizügigkeit“ aus. Ein Unionsbürger, bei dem die Ausländerbehörde den Verlust oder das Nichtbestehen der Freizügigkeitsberechtigung festgestellt hat, kann (weiterhin) kindergeldberechtigter sein, wenn er sich auf einen kindergeldberechtigten Aufenthaltstitel (fiktives Aufenthaltsrecht) nach dem Aufenthaltsgesetz berufen kann. 13 Für Staatsangehörige der Europäischen Union gilt gemäß Art. 21 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV, früher: Art. 18 EG) ein von der Arbeitnehmerfreizügigkeit unabhängiges Freizügigkeitsrecht, das allein aus der Unionsbürgerschaft folgt. Danach hat jeder Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten –vorbehaltlich der in diesem Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen– frei zu bewegen und aufzuhalten. Es handelt sich um ein unmittelbar anwendbares subjektiv-öffentliches Recht, das dem Unionsbürger (...) unabhängig vom Zweck seiner Inanspruchnahme zusteht (Beschluss des Bayerischen LSG vom 22. Dezember 2010 L 16 AS 767/10 B ER, Rz 44, (...) 14 Dieses Aufenthaltsrecht der Unionsbürger entfällt –verbunden mit einer Ausreisepflicht nach § 7 FreizügG/EU–, sobald die Ausländerbehörde nach §§ 5, 6 FreizügG/EU festgestellt hat, dass das Recht auf Einreise und Aufenthalt nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU nicht besteht. Die förmliche Feststellung obliegt allein den Ausländerbehörden und den Verwaltungsgerichten und damit weder den Familienkassen noch den Finanzgerichten (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 29. November 2010 L 34 AS 1001/10 B ER, Rz 40, n.v.). Erst nach einer entsprechenden Feststellung findet das Aufenthaltsgesetz Anwendung (§ 11 Abs. 2 FreizügG/EU) mit der Folge, dass der Unionsbürger einen Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz benötigt, will er sich weiterhin legal in Deutschland aufhalten. 15 Allein die fehlende Arbeitsgenehmigung ohne eine Feststellung des Verlustes des Aufenthaltsrechts führt somit nicht dazu, dass der Unionsbürger nunmehr als nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer i.S. des § 62 Abs. 2 EStG zu behandeln ist.
---	--

Fortsetzung: Rechtsprechung des BFH zur Kindergeldberechtigung von Unionsbürgern

BFH Urteil 15.03.2017 III R 32/15	Leitsätze Die Feststellung der fehlenden Freizügigkeit obliegt --auch hinsichtlich der Kindergeldfestsetzung-- allein den Ausländerbehörden und den Verwaltungsgerichten, nicht jedoch den Familienkassen. Erst nach einer Feststellung des Nichtbestehens oder des Verlustes des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU benötigt der Unionsbürger gemäß § 11 Abs. 2 FreizügG/EU einen Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz, will er sich weiterhin legal in Deutschland aufhalten und Kindergeld beanspruchen.
--	---

Kindergeldberechtigender Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt

Die Begriffe „Wohnsitz“ und „Gewöhnlicher Aufenthalt“ richten sich nach der Abgabenordnung¹⁸⁰ und nicht nach dem Sozialrecht.¹⁸¹ Nach den einschlägigen Rechtsvorschriften und der Rechtsprechung hat jemand einen kindergeldberechtigten Wohnsitz im Inland, wenn er eine Wohnung unter Umständen innehat, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird. Die Wohnung muss objektiv zum Wohnen geeignet sein, wobei einfachste Unterkünfte ausreichen.¹⁸² Ein gewöhnlicher Aufenthalt liegt vor, wenn sich jemand an einem Ort oder in einem Gebiet unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er dort nicht nur vorübergehend verweilt.¹⁸³ Von einem gewöhnlichen Aufenthalt im Inland ist stets bei einem zusammenhängenden Aufenthalt von mehr als sechs Monaten Dauer auszugehen.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Vgl.: §§ 8,9 Abgabenordnung.

¹⁸¹ Vgl.: § Vgl.: § 30 SGB I.

¹⁸² Bundesministerium des Innern, Anwendungserlass zur Abgabenordnung (AEAO) vom 31.01.2014, AEAO vor §§ 8,9 – Wohnsitz, gewöhnlicher Aufenthalt; Bundeszentralamt für Steuern, Dienstanweisung zum Kindergeld nach dem Einkommensteuergesetz (DA-KG), Stand 2019, S. 23-28.

¹⁸³ BFH, Urteil vom 30.08.1989 – I R 215/85; BFH, Beschluss vom 17.03.2006 – III B 67/05.

¹⁸⁴ BFH, Urteil vom 11.09.1987 – III R 148/86; BFH, Urteil vom 22.06.2011 – I R 26/10.

4. Vom Kindergeld ausgeschlossene Unionsbürger nach der Neuregelung

Mit dem neu eingefügten § 62 Abs. 1a EStG wird erklärtermaßen die Unionsbürgerpolitik fortgesetzt, den Anspruch auf Sozialleistungen auf die Unionsbürger zu beschränken, die Steuern und Sozialbeiträge zahlen. Wie im Rechtskreis des SGB II und des Sozialhilferechts wird der Anspruch von Unionsbürgern auf Kindergeld an eine Karenzzeit und an bestimmte Freizügigkeits-/Aufenthaltsrechte geknüpft. Von der Zielrichtung her sollen nur noch Unionsbürger im aktiven oder nachwirkenden Erwerbstätigenstatus oder mit ausreichenden Existenzmitteln anspruchsberechtigt auf Kindergeld sein. Dieser Zielsetzung stehen das komplizierte Freizügigkeitsrecht und die Konstruktion der Arbeitnehmerfreizügigkeit entgegen.

Neue Gesetzeslage der Kindergeldberechtigung von Unionsbürgern

Nach der neuen Gesetzeslage reicht es für den Anspruch auf Kindergeld nicht mehr aus, dass unbeschränkt einkommenssteuerpflichtige Unionsbürger einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland begründen. Unionsbürger müssen auch über bestimmte materielle Freizügigkeitsrechte verfügen. Von den damit verbundenen Kindergeldausschlüssen sind die Statusgruppen betroffen, die auch vom Anspruch auf ALG II und auf die reguläre Sozialhilfe ausgeschlossen sind.¹⁸⁵

¹⁸⁵ Nach dem Neuregelungsgesetz über Ansprüche von Ausländern im SGB II und dem Sozialhilferecht sind Unionsbürger, die nicht über ein Freizügigkeitsrecht oder Verbleibeerecht als Arbeitnehmer/Selbständige verfügen, innerhalb der ersten 5 Jahre ihres gewöhnlichen Aufenthalts vom Zugang in existenzsichernde Leistungen des SGB II und der regulären Sozialhilfe ausgeschlossen. Von der Ausschlussregelung betroffen sind: Unionsbürger mit einem > alleinigen Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche, > eigenständigen Aufenthaltsrecht nach Art. 10 der VO/EU 492/2011 und > Unionsbürger, bei denen ein erworbener Erwerbsstatus nicht fortwirkt. Bei Hilfebedürftigkeit können Unionsbürger darauf verwiesen werden, im jeweiligen Heimatstaat Sozialhilfe zu beantragen. Zur Unterstützung der Rückkehr können einmalige Überbrückungsleistungen der Sozialhilfe und ein Rückkehrdarlehen gewährt werden. Die Überbrückungsleistungen werden bis zur Ausreise, längstens jedoch für einen Zeitraum von 1 Monat, einmalig innerhalb von 2 Jahren gewährt.

Ausgeschlossene Statusgruppen von Unionsbürgern

Ausgeschlossen vom Anspruch auf Kindergeld sind nach der Gesetzesänderung folgende Statusgruppen von Unionsbürgern:

- Unionsbürger ohne materielles Freizügigkeitsrecht
- Unionsbürger mit einem materiellen Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche
- nicht erwerbstätige Unionsbürger, die nicht ausreichend krankenversichert sind und ihren Unterhalt nicht aus eigenen Existenzmitteln bestreiten können, sogenannte „wirtschaftlich inaktive Unionsbürger“.¹⁸⁶

Vom Wortlaut der Gesetzesvorschrift her sind auch Unionsbürger ausgeschlossen,

- die alleinig oder neben einem alleinigen Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche über ein Freizügigkeits-/Aufenthaltsrecht nach Art. 10 der VO/EU 492/2011 verfügen.

Die neuen Leistungsausschlüsse treffen auch

- die Ehe-/Lebenspartner von Unionsbürgern, die selbst Staatsangehörige eines EU-/EWR-Staates sind und nicht ein kindergeldberechtigendes Freizügigkeits-/Verbleibe- oder Aufenthaltsrecht besitzen.

Die Neuregelung ist auf Kindergeldfestsetzungen anzuwenden, die Zeiträume betreffen, die nach dem 31. Juli 2019 beginnen.¹⁸⁷

Wie schon nach der bisherigen Gesetzeslage sind vom Kindergeldanspruch ausgeschlossen:

- Unionsbürger, bei denen das Ausländeramt den Verlust oder das Nichtbestehen einer Freizügigkeitsberechtigung festgestellt hat und kein kindergeldberechtigendes „fiktives Aufenthaltsrecht“ nach dem Aufenthaltsgesetz besteht.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Gesetzesentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch, Drucksache 19/8691, 25.03.2019, S. 63-65.

¹⁸⁷ Vgl.: § 52 Abs. 43a EStG.

¹⁸⁸ OVG Hamburg, Beschluss vom 06.03.2008 – 3 Bs 281/07.

Kindergeldberechtigte Unionsbürger nach dem neuen Recht: § 62 Abs. 1a EStG

Kindergeldberechtigter Personenkreis: § 62 EStG

(1) ¹ Für Kinder im Sinne des § 63 hat Anspruch auf Kindergeld nach diesem Gesetz, wer

1. im Inland einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder
2. ohne Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland
 - a) nach § 1 Absatz 2 unbeschränkt einkommensteuerpflichtig ist oder
 - b) nach § 1 Absatz 3 als unbeschränkt einkommensteuerpflichtig behandelt wird.

² Voraussetzung für den Anspruch nach Satz 1 ist, dass der Berechtigte durch die an ihn vergebene Identifikationsnummer (§ 139b der Abgabenordnung) identifiziert wird. ³ Die nachträgliche Vergabe der Identifikationsnummer wirkt auf Monate zurück, in denen die Voraussetzungen des Satzes 1 vorliegen.

(1a) ¹ Begründet ein Staatsangehöriger eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines Staates, auf den das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum Anwendung findet, im Inland einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, so hat er für die ersten drei Monate ab Begründung des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts keinen Anspruch auf Kindergeld. ² Dies gilt nicht, wenn er nachweist, dass er inländische Einkünfte im Sinne des § 2 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 bis 4 mit Ausnahme von Einkünften nach § 19 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 erzielt. ³ Nach Ablauf des in Satz 1 genannten Zeitraums hat er Anspruch auf Kindergeld, es sei denn, die Voraussetzungen des § 2 Absatz 2 oder Absatz 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU liegen nicht vor oder es sind nur die Voraussetzungen des § 2 Absatz 2 Nummer 1a des Freizügigkeitsgesetzes/EU erfüllt, ohne dass vorher eine andere der in § 2 Absatz 2 des Freizügigkeitsgesetzes/EU genannten Voraussetzungen erfüllt war. (...)

4.1. Temporärer Leistungsausschluss: Kein Kindergeld für Unionsbürger in den drei Monaten nach Wohnsitznahme

Nach der neuen Gesetzeslage des § 62 Abs. 1a EStG sind Unionsbürger in den ersten drei Monaten nach einer Wohnsitznahme oder einem gewöhnlichen Aufenthalt im Inland (Karenzzeit) generell vom Anspruch auf Kindergeld ausgeschlossen. Der Ausschluss aus dem Kindergeldanspruch gilt nicht für Unionsbürger, die steuerpflichtige Einnahmen aus einer Erwerbstätigkeit erzielen.

Nach Ablauf der Karenzzeit ist kindergeldberechtigt, wer über ein materielles Freizügigkeitsrecht nach § 2 Abs. 2 oder ein Verbleiberecht nach § 2 Abs. 3 FreizügG/EU verfügt. Über die Karenzzeit hinaus bleiben vom Kindergeldanspruch ausgeschlossen: Neu zugewanderte Unionsbürger mit einem alleinigen Freizügigkeitsrecht nach § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU zum Zweck der Arbeitsuche.

4.2. Genereller Leistungsausschluss bei fehlendem (kindergeldberechtigenden) Freizügigkeitsrecht

Generell sind vom Anspruch auf Kindergeld Unionsbürger ausgeschlossen, die nicht über ein > materielles Freizügigkeitsrecht nach § 2 Abs. Nrn. 1, 2-7 FreizügG/EU verfügen, > alleinig über ein materielles Freizügigkeitsrecht nach § 2 Abs. 1 Nr. 1a FreizügG/EU zur Arbeitsuche verfügen, > das Verbleiberecht als Arbeitnehmer/Selbständige verloren haben oder > alleinig über ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 der VO/EU 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer verfügen.

Aufenthaltsrecht nach Art. 10 der VO/EU 492/2011

Art. 10 der VO/EU 492/2011 sieht ein eigenständiges Aufenthaltsrecht der Kinder eines Unionsbürgers in einem anderen Mitgliedstaat der EU zum Zweck und für die Dauer einer Schul- und/oder Berufsausbildung vor. Voraussetzung ist: Der Unionsbürger ist in dem Mitgliedstaat als Arbeitnehmer erwerbstätig oder war ehemals in dem Mitgliedstaat als Arbeitnehmer erwerbstätig. Dieses Aufenthaltsrecht steht Kindern von Selbständigen nicht zu. Abgeleitet vom Ausbildungsaufenthaltsrecht der Kinder sind auch die personensorgeberechtigten Elternteile aufenthaltsberechtigt.

Kreis der generell vom Kindergeldanspruch ausgeschlossenen Unionsbürger

Die neuen Leistungsausschlüsse treffen Staatsangehörige der EU-/EWR-Mitgliedstaaten. Nicht kindergeldberechtigt sind: Unionsbürger, die

- sich als Nicht-Erwerbstätige aufhalten und ihren Unterhalt, inklusive eines ausreichenden Krankenversicherungsschutzes, nicht aus eigenen Existenzmitteln bestreiten können
- alleinig über ein materielles Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche verfügen, ohne vorher die Voraussetzungen für ein anderes materielles Freizügigkeitsrecht erfüllt zu haben
- das Verbleiberecht als Arbeitnehmer oder Selbständige verloren haben, z.B. wegen einer „freiwilligen“ Arbeitslosigkeit oder schuldhaften Aufgabe der Selbständigkeit
- alleinig über ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 der VO/EU 492/2011 verfügen,
- bei denen das Ausländeramt den Verlust oder das Nichtbestehen einer Freizügigkeitsberechtigung festgestellt hat und kein kindergeldberechtigendes „fiktives Aufenthaltsrecht“ nach dem Aufenthaltsgesetz besteht.

Beispiel: Ausschluss aus dem Kindergeld wegen Wegfall des Verbleiberechts als Arbeitnehmer infolge einer „freiwilligen Arbeitslosigkeit“

Der Portugiese A. wird wegen einer schweren Arbeitsvertragsverletzung fristlos entlassen. Er war in dem Unternehmen 2 ½ beschäftigt. Er hat Anspruch auf die Lohnersatzleistung ALG I erworben und ist über den ALG I-Bezug kranken-, pflege- und rentenversichert. Obwohl er über das ALG I sozialversichert ist, verliert er nach der Gesetzesänderung es Kindergeldrechts aufgrund der durch die Arbeitsvertragsverletzung „freiwillig herbeigeführten Arbeitslosigkeit“ den Anspruch auf Kindergeld.

Ob dieser Kindergeldausschluss europarechtswidrig ist, ist offen und muss im Richterrecht noch geklärt werden.

Ausgeschlossen vom Kindergeldanspruch sind auch die

- Ehe-/Lebenspartner eines Unionsbürgers, die selbst Staatsangehörige eines EU-/EWR-Staates sind und keinen kindergeldberechtigenden Freizügigkeits-/Aufenthaltsstatus besitzen.
Ehe-/Lebenspartner, die Staatsangehörige eines Drittstaates sind, sind nicht von den auf Unionsbürger beschränkten Leistungsaus-
schlüssen betroffen.

5. Kindergeldberechtigte Unionsbürger

Kindergeldberechtigt sind Unionsbürger, die nach § 2 Abs. 2 Nrn. 1, 2-7 freizügigkeitsberechtigt oder nach § 2 Abs. 3 FreizügG/EU als Erwerbstätige verbleibeberechtigt sind. Dazu zählen:

- Erwerbstätige Unionsbürger (Arbeitnehmer und niedergelassene Selbständige),
- Unionsbürger, die in einer Berufsausbildung sind,
- (verbleibeberechtigte) Unionsbürger im fortwirkenden Erwerbsstatus, *z.B. bei einer vorübergehenden Erwerbsminderung oder im Fall einer unfreiwilligen Arbeitslosigkeit/ Geschäftsaufgabe*,
- Unionsbürger, die, ohne sich niederzulassen, als Selbständige Dienstleistungen erbringen,
- Unionsbürger als Empfänger von Dienstleistungen,
- nicht erwerbstätige Unionsbürger, die über eine ausreichende Krankenversicherung und über ausreichende Existenzmittel verfügen,
- Familienangehörige dieser Unionsbürger unter den Voraussetzungen der §§ 3 und 4 FreizügG/EU
- Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die ein Daueraufenthaltsrecht erworben haben,
- Unionsbürger mit einem kindergeldberechtigenden „fiktiven Aufenthaltsrecht“ nach dem Aufenthaltsgesetz.

6. Kindergeldberechtigung von Unionsbürgern mit einem Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche

Der Ausschluss aus dem Kindergeldanspruch bei einem Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche greift nur bei Unionsbürgern, bei denen vor der Arbeitsuche nicht ein Freizügigkeitsrecht nach § 2 Abs. 2 Nrn. 1, 2-7 FreizügG/EU bestand.

7. Kindergeldberechtigte Familienangehörige

Kindergeldberechtigt sind: Familienangehörige,

- die ein Daueraufenthaltsrecht erworben haben,
- die eigenständig über ein Freizügigkeits- oder Verbleiberecht nach § 2 Abs. 2 Nrn. 1, 2-7 oder Abs. 3 FreizügG/EU verfügen,
- eines nach § 2 Abs. 2 Nrn. 1, 2-7 freizügigkeits- oder nach § 2 Abs. 3 FreizügG/EU verbleibeberechtigten Unionsbürgers,
- die verbleibeberechtigt nach EU-Recht oder nach § 3 FreizügG/EU sind,
- freizügigkeitsberechtigte drittstaatangehörige Familienangehörige (Ehe-/Lebenspartner) eines nach § 62 Abs. 1a EStG ausgeschlossenen Unionsbürgers.

8. Kindergeldausschlüsse und Europarecht

Ob die Kindergeldausschlüsse nach § 62 Abs. 1a EStG europarechtskonform sind, ist ebenso strittig wie die Leistungsausschlüsse von Unionsbürgern aus dem SGB II und der regulären Sozialhilfe.¹⁸⁹ Offen und klärungsbedürftig sind die Fragen:

- Verstößt der generelle Leistungsausschluss in den ersten drei Monaten der Wohnsitznahme, sofern keine steuerpflichtigen Einkünfte erzielt werden, gegen das Gleichbehandlungsgebot¹⁹⁰ und gegen das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit?¹⁹¹
- Verstößt der Ausschluss von Unionsbürgern mit einem Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche und/oder mit einem Freizügigkeitsrecht nach Art. 10 der VO/EU 492/2011 gegen das Diskriminierungsverbot und gegen das Unionsbürgerrecht auf Zugang zu Familienleistungen?¹⁹²
- Darf der Kindergeldanspruch von einem Erwerbsstatus oder einem Verbleiberecht als Erwerbstätiger abhängig gemacht werden?

¹⁸⁹ Anmerkung: Zur Rspr. über die Leistungsausschlüsse im SGB II und im Sozialhilferecht siehe: Jonny Bruhn-Tripp, Aufenthaltsrecht und Zugang von Ausländern, Drittstaatangehörigen, Geflüchteten und Unionsbürgern in das SGB II (HARTZ IV), 482-485; GGUA, Rechtsprechung der Sozialgerichte zum Ausschluss von Unionsbürger*innen seit 29. Dezember 2016 (nur halbwegs positive Entscheidungen, Verfasser, Claudius Voigt, Stand, 23. Oktober 2019).

¹⁹⁰ Vgl.: Art. 24 Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG.

¹⁹¹ Vgl.: Art. 18 AEUV.

¹⁹² Vgl.: Art. 67 VO/EG 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit.

- Ist der Ausschluss von Unionsbürgern, die noch kein Daueraufenthaltsrecht erworben und ihr Verbleiberecht als Arbeitnehmer wegen einer „freiwilligen Arbeitslosigkeit“ verloren haben, europarechtswidrig? Verstößt der Ausschluss gegen das koordinierende Sozialrecht¹⁹³ und gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz?^{194/195}
- Verstößt der Ausschluss von Unionsbürgern, die sich rechtmäßig aufhalten, ohne dass die Ausländerbehörde den Verlust oder das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts festgestellt hat, gegen das Diskriminierungsverbot?

Die Fragen: „Darf der Anspruch auf Kindergeld davon abhängig gemacht werden, dass ein rechtmäßiger Aufenthalt vorliegt?“ und „Darf der Kindergeldanspruch von einem Erwerbsstatus abhängig gemacht werden?“, hat der EuGH entschieden. Entschieden hat der EuGH, das es nicht gegen das Unionsbürgerrecht verstößt, den Zugang zu Familienleistungen von einem rechtmäßigen Aufenthalt abhängig zu machen.¹⁹⁶ Gegen das Unionsbürgerrecht verstößt jedoch, den Zugang zu Familienleistungen (Kindergeld) vom Erwerbsstatus abhängig zu machen. Voraussetzung für den Zugang eines Unionsbürgers, der sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhält, ist nach dem EuGH weder ein Erwerbsstatus noch der Bezug von - aufgrund einer vorangegangenen Erwerbstätigkeit - erworbenen Sozialleistungen.¹⁹⁷ Nach dieser Rspr. dürfte es europarechtswidrig sein, den Anspruch auf Kindergeld auf die Unionsbürger zu beschränken, die bereits in das Arbeitsmarkt- und beitragsfinanzierte Sozialleistungssystem integriert sind.

¹⁹³ Vgl.: Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit.

¹⁹⁴ Vgl.: Art. 7 Abs.2 VO/EU 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union.

¹⁹⁵ Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Sozialrecht und Ausschuss Strafrecht zum Entwurf eines Gesetzes gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmisbrauch BT-Dr. 19/8691 (Stand 25.03.2019), S. 12-13.

¹⁹⁶ EuGH, Rs. C-308/14, Urteil 14.06.2016.

¹⁹⁷ EuGH, Rs. Bogatu, C-322/17, Urteil vom 07.02.2019.

8.1. Übersicht: Rechtsprechung zu diesen Streitfragen

Gericht	Streitfrage /Urteil
EuGH Rs. C-308/14 Urteil 14.06.2016	Streitfrage Darf die Gewährung von Kindergeld von einem rechtmäßigen Aufenthalt abhängig gemacht werden? Urteil RNr. 68 Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs geht aber hervor, dass grundsätzlich nichts dagegen spricht, dass die Gewährung von Sozialleistungen an Unionsbürger, die wirtschaftlich nicht aktiv sind, von dem Erfordernis abhängig gemacht wird, dass diese die Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat erfüllen (vgl. in diesem Sinne insbesondere Urteile vom 19. September 2013, Brey, C-140/12, Rn. 44, und vom 11. November 2014, Dano, C-333/13, Rn. 83).
EuGH Rs. C-322/17 Bogatu Urteil 07.02.2019	Streitfrage Darf der nach Europarecht gegebene Anspruch eines Unionsbürgers, der sich in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig aufhält, auf Familienleistungen gemäß Art. 67 der VO /EG Nr. 883/2004 davon abhängig gemacht werden, dass er entweder im Mitgliedstaat als Arbeitnehmer tätig ist oder aufgrund einer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit eine Sozialleistung i.S.d. Art. 11 Abs. 2 der Verordnung bezieht? Urteil RNr. 33 die Verordnung Nr. 883/2004, insbesondere ihr Art. 67 in Verbindung mit ihrem Art. 11 Abs. 2, (ist) dahin auszulegen, dass für den Anspruch einer Person auf Familienleistungen im zuständigen Mitgliedstaat (...) weder Voraussetzung ist, dass diese Person in diesem Mitgliedstaat eine Beschäftigung ausübt, noch, dass sie von ihm aufgrund oder infolge einer Beschäftigung eine Geldleistung bezieht.

Fortsetzung: Rechtsprechung zum Kindergeldanspruch von Unionsbürgern

Gericht	Streitfrage / Urteil /Pressemitteilung
BVerwG 1 C 48.18 Urteil 11.09.2019	Streitfrage Charakter des Aufenthaltsrechts eines Kindes und des davon abgeleiteten Aufenthaltsrechts des sorgerechttragenden Elternteils gemäß Art. 10 VO 492/2011 Ist das Aufenthaltsrecht gemäß Art. 10 der der VO492/2011 als eigenständiges Freizügigkeitsrecht? Darf die Ausländerbehörde bei einem alleinigen Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 eine Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU treffen? Pressemitteilung Gemäß Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 können die Kinder eines Unionsbürgers unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen. Dies vermittelt ihnen und - hiervon abgeleitet - auch ihren tatsächlich die Personensorge ausübenden Eltern ein Aufenthaltsrecht. Aufenthaltszeiten, die allein auf der Grundlage des Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 zurückgelegt wurden, ohne dass die für die Inanspruchnahme eines Aufenthaltsrechts nach der sogenannten Unionsbürger-Richtlinie (RL 2004/38/EG) vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt waren, können zwar nicht für die Zwecke eines Daueraufenthaltsrechts i.S.d. § 4a FreizügG/EU berücksichtigt werden. Jedoch vermitteln sie den Kindern eines Wanderarbeitnehmers und dem Elternteil, der die tatsächliche Sorge für diese ausübt, Freizügigkeit im Sinne des § 2 Abs. 1 FreizügG/EU in dem Aufnahme-mitgliedstaat des (vormaligen) Wanderarbeitnehmers, so dass eine Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU ausscheidet.

III. Kapitel: Kindergeldanspruch von Ausländern (Drittstaatangehörigen)

Das Kindergeldrecht für Drittstaatangehörigen wurde durch das Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch nicht geändert. Die durch die Gesetzesänderung im Kindergeldrecht eingeführten Leistungsausschlüsse sind auf Staatsangehörige aus den Mitgliedstaaten der EU/EWR-Staaten beschränkt und gelten daher nicht für Drittstaatangehörige, auch nicht für freizügigkeitsberechtigte drittstaatangehörige Ehe-/Lebenspartner von Unionsbürgern.¹⁹⁸

Für Drittstaatangehörige richtet sich die Kindergeldberechtigung nach dem Aufenthaltsstatus als > „Arbeitsmigranten“, > Asylbewerber, > Genfer-Flüchtling, > Kriegsflüchtling oder > aus anderen humanitären oder politischen Gründen schutzbedürftige Personen. Kurz: Die Kindergeldberechtigung richtet sich nach dem auf der Grundlage des Aufenthaltsgesetzes erteilten Aufenthaltstitel.¹⁹⁹ Ein bloßer Aufenthalt, und nicht jeder rechtmäßige Aufenthalt begründet keinen Kindergeldanspruch. Je nach Art des rechtmäßigen Aufenthalts (Aufenthaltstitel) sind nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer kindergeldberechtigt oder nicht. Ausländer, die sich nicht rechtmäßig oder ohne Aufenthaltstitel aufhalten, sind nicht kindergeldberechtigt. Die Frage, ob die Verknüpfung des Anspruchs auf Kindergeld (Familienleistungen) verfassungswidrig ist, ist strittig. Dem BVerfG liegt die Streitfrage vor, ob die in § 62 Abs. 2 EStG vorgenommene Verknüpfung des Kindergeldanspruches mit dem Aufenthaltstitel gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz verstößt.^{200/201}

¹⁹⁸ Vgl.; § 62 Abs. 1a Satz 1 EStG.

¹⁹⁹ Vgl.: § 62 Abs. 2 EStG.

²⁰⁰ Finanzgericht Niedersachsen, Vorlagebeschluss BVerfG vom 19.08.2013 - 7 K 9/10.

²⁰¹ Für dem Grunde nach grundgesetzkonform halten die Verknüpfung von Aufenthaltstitel und Anspruch auf Familienleistungen (Elterngeld, Kindergeld, Unterhaltsvorschuss) der BFH und das BSG. BFH, Urteil vom 15.03.2007 – III R 54/05; BFH, Urteil vom 28.04. 2010 – III R 1/08; BFH, Urteil vom 05.02.2015 – III 19/14; BSG, Urteil vom 10.07.2014 – B 10 EG 1/13 R.

Der BFH sieht keinen Verstoß gegen das Grundgesetz darin, die Anspruchsberechtigung auf Kindergeld an bestimmte Aufenthaltstitel und an die Integration in den Arbeitsmarkt zu knüpfen.²⁰²

Kindergeldberechtigt sind Ausländer mit einer

- Niederlassungserlaubnis,
- Erlaubnis zum Daueraufenthalt/EU,
- Aufenthaltserlaubnisse, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigen
- anerkannte Asylbewerber²⁰³,
- Aufenthaltserlaubnisse aus politischen und völkerrechtlichen Gründen, z.B. *unbegleitete minderjährige anerkannte Geflüchtete*²⁰⁴, *anerkannte Flüchtlinge gemäß der Genfer Flüchtlingskonvention*²⁰⁵,
- bestimmte Aufenthaltserlaubnisse aus humanitären Gründen.

Andere Aufenthaltserlaubnisse können ebenfalls zum Kindergeld berechtigen. Keinen Anspruch auf Kindergeld haben nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländer mit einer > Aufenthaltsgestattung und einer > Aufenthaltserlaubnis zum Zweck des Studiums.²⁰⁶

Drittstaatsangehörige Ausländer, für die Sonderregelungen bestehen

Für Staatsangehörige der Türkei bestehen Sonderregelungen. Ein Kindergeldanspruch kann bestehen nach dem erteilten Aufenthaltstitel oder nach anderen Rechtsgrundlagen. Sonderregelungen bestehen auch für Arbeitnehmer aus Staaten, mit denen bilaterale Abkommen über Soziale Sicherheit bestehen (abkommensberechtigte Arbeitnehmer).

²⁰² BFH, Urteil vom 15.03.2007 – III R 54/05; BFH, Urteil vom 22.11.2007 – III R 54/02; BFH, Urteil vom 28.04. 2010 – III R 1/08; BFH, Urteil vom 05.02.2015 – III 19/14.

²⁰³ Vgl.: § 25 Abs. 1 AufenthG.

²⁰⁴ BSG, Urteil vom 05.05.2015 – B 10 KG 1/14 R.

²⁰⁵ Vgl.: § 25 Abs. 2 AufenthG.

²⁰⁶ Vgl.: § 62 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe a EStG.

1. Anspruchsberechtigte Ausländer (Drittstaatsangehörige Ausländer)

Bei nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern richtet sich die Kindergeldberechtigung nach dem Aufenthaltstitel. Aufenthaltstitel werden von der Ausländerbehörde erteilt. Jeder Aufenthaltstitel muss erkennen lassen, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt ist.²⁰⁷ Dies gilt nicht, wenn dem Ausländer eine Erwerbstätigkeit aufgrund eines Abkommens, eines Gesetzes oder einer Rechtsverordnung erlaubt ist, ohne dass er hierzu durch einen Aufenthaltstitel berechtigt sein muss.²⁰⁸

Erwerbstätigkeiten nach dem AufenthG sind:²⁰⁹

- Selbständige Erwerbstätigkeit,
- Beschäftigungen im Sinne von § 7 des SGB IV
- Tätigkeiten als Beamter.

Kindergeldberechtigende Aufenthaltstitel: Kreis der kindergeldberechtigten Ausländer

Anspruchsberechtigt auf Kindergeld sind Ausländer:

- die Ehe-/Lebenspartner eines Deutschen oder Elternteil eines Kindes sind, das Deutscher ist,²¹⁰
- die Arbeitnehmer aus einem Staat sind, mit dem ein Abkommen über Soziale Sicherheit besteht (abkommensberechtigte Arbeitnehmer)
- die Staatsangehörige der Türkei sind und den Status eines assoziationsberechtigten Arbeitnehmer innehaben
- mit einer Niederlassungserlaubnis, Daueraufenthaltserlaubnis EU,²¹¹
- mit einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck einer Berufsausbildung für länger als 6 Monate,²¹²

²⁰⁷ Vgl.: 4 Abs. 2 Satz 2 AufenthG.

²⁰⁸ Vgl.: § Satz 3 AufenthG.

²⁰⁹ Vgl.: § 2 Abs. 2 AufenthG

²¹⁰ Vgl.: § 28 AufenthG.

²¹¹ Vgl.: §§ 9, 9a AufenthG.

²¹² Vgl.: Art. 3 Abs. 2 Buchstabe c,d,e der Richtlinie 2011/98/EU über ein einheitliches Verfahren zur Beantragung einer kombinierten Erlaubnis für Drittstaatsangehörige, sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufzuhalten und zu arbeiten, sowie über ein gemeinsames Bündel von Rechten für Drittstaatsarbeitnehmer, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten.

- mit einer Aufenthaltserlaubnis für in anderen Mitgliedstaaten der EU langfristig Aufenthaltsberechtigte, soweit eine Arbeitserlaubnis besteht,²¹³
- mit einer Aufenthaltserlaubnis, die zu einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat,²¹⁴ ausgenommen erteilter Arbeitserlaubnisse nach § 16, nach § 17 für einen Höchstzeitraum von 6 Monaten oder nach § 18 Abs. 2 AufenthG als entsandter oder versetzter Arbeitnehmer, Aupair oder Saisonbeschäftigter.
- mit einer erteilten Arbeitserlaubnis nach § 18 Abs. 2 AufenthG als Sprachlehrer, Spezialitätenkoch, Hausangestellter eines Entsandten, Schaustellergehilfe, Haushaltshilfe, Werkvertragsarbeitnehmer, Gastarbeiter,²¹⁵
- mit einer Aufenthaltserlaubnis für qualifiziert Geduldete zum Zweck der Beschäftigung,²¹⁶
- mit einer Aufenthaltserlaubnis aus besonders gelagerten politischen Gründen,²¹⁷
- Anerkannte Asylberechtigte, Genfer-Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte ab dem Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels. Der Kindergeldanspruch entsteht unabhängig von der Erteilung eines Aufenthaltstitels nach einem sechsmonatigen Wohnsitz im Inland.²¹⁸
- Unbegleitete minderjährig Asylberechtigte und Geflüchtete ab dem Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels,²¹⁹
- mit einer humanitären Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG, die nicht wegen eines Krieges im Herkunftsland erteilt worden ist,²²⁰

²¹³ Vgl.: § 38a AufenthG.

²¹⁴ Vgl.: Abschnitt 4, §§ 18-21 AufenthG.

²¹⁵ Vgl.: Art. 12 Abs. 1 Buchstabe e der Richtlinie 2011/98/EU

²¹⁶ Vgl.: § 18 a AufenthG.

²¹⁷ Vgl.: § 23 Satz 2 AufenthG.

²¹⁸ Vgl.: Art. 2 Vorläufiges Europäisches Abkommen über Soziale Sicherheit unter Ausschluss der Systeme für den Fall des Alters, der Invalidität und zugunsten der Hinterbliebenen (VEA) i.V.m. Art. 2 des Zusatzprotokolls zu dem VEA. Nach Art.2 des VEA i.V.m. Art 2 des Zusatzabkommens sind Asylberechtigte und anerkannte Flüchtlinge nach einer Aufenthaltszeit von mindestens 6 Monaten in gleicher Weise wie Deutsche sozialleistungsbe-rechtigt.

²¹⁹ BSG, Urteil vom 05.05.2015 – B 10 KG 1/14 R.

²²⁰ Vgl.: § 23 Abs. 1 AufenthG.

- mit humanitären Aufenthaltserlaubnisse wegen eines Krie-ges im Heimatland nach § 23 Abs. 1 oder nach §§ 23a, 24, 25 Abs. 3-5 AufenthG, die sich seit mindestens 3 Jahren ununterbrochen rechtmäßig, gestattet oder geduldet aufhalten und berechtigt sind, erwerbstätig zu sein oder die laufende SGB II-Leistungen zu beziehen oder Elternzeit in Anspruch zu nehmen, ²²¹
- gut integrierte Jugendliche und Heranwachsende, wenn eine Aufenthaltserlaubnis mit der Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit gesteht oder bestanden hat, ²²²
- Eltern gut integrierter Jugendlicher und Heranwachsender, wenn eine Aufenthaltserlaubnis mit der Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit gesteht oder bestanden hat, ²²³
- Ausländer, die einen Aufenthaltstitel aus familiären Gründen haben (Recht der Familienzusammenführung). ²²⁴ Ein Aufenthaltstitel aus familiären Gründen berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit. ²²⁵

In der Regel besteht der Anspruch auf Kindergeld ab dem Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels. Erteilt die Ausländerbehörde rückwirkend einen kindergeldberechtigenden Aufenthaltstitel, führt dies nicht dazu, dass für diesen rückwirkenden Zeitraum ein Anspruch auf Kindergeld besteht. ²²⁶

²²¹ Vgl.: § 62 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe c und Nr. 3 EStG.

²²² Vgl.: § 25a Abs. 1 AufenthG.

²²³ Vgl.: § 25a Abs. 1 AufenthG.

²²⁴ Vgl.: Abschnitt 6, §§ 27-36 AufenthG.

²²⁵ Vgl.: § 27 Abs. 5 AufenthG.

²²⁶ BFH, Urteil vom 5.2.2015 – III R 19/14.

Kindergeldberechtigte assoziationsberechtigte Arbeitnehmer aus der Türkei und abkommensberechtigte Arbeitnehmer aus einem Abkommensstaat über Soziale Sicherheit

Kindergeldberechtigt sind

- Staatsangehörige der Türkei, die abkommens- oder assoziationsberechtigte Arbeitnehmer sind,
- Arbeitnehmer aus den Abkommensstaaten: Türkei, Algerien, Marokko, Tunesien, Bosnien und Herzegowina, Kosovo, Serbien, Montenegro, Mazedonien.

Arbeitnehmer ist, wer gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist. ^{227/228}

²²⁷ Vgl.: Art. 1 Satz 1 Buchstabe a) der VO/EWG 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern.

²²⁸ EuGH, Rs. Sürül, Urteil vom 04.05.1999 – C-262/96.

2. Vom Kindergeldanspruch ausgeschlossene Ausländer

Kein Anspruchsrecht auf Kindergeld haben:

- Illegal aufhältige Drittstaatsangehörige,
- Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis, die nicht die Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit enthält ^{229/230}
- Abgelehnte Asylbewerber,
- Asylbewerber und Geflüchtete während des laufenden Asylverfahrens,
- Geduldete Ausländer, ^{231/232},
- Ausländer mit einer Aufenthaltsgestattung ²³³,
- Ausländer, die bereits im Ausland eine dem Kindergeld ähnliche Familienleistung erhalten. ²³⁴

Ausgeschlossen sind auch bestimmte Statusgruppen von Ausländern mit Aufenthaltserlaubnisse, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigten.

Nicht kindergeldberechtigt sind trotz einer Arbeitserlaubnis: Ausländer denen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird

- nach §§ 16, 17 AufenthG für ein Studium, einen Sprachkurs, einen Schulbesuch oder einer sonstigen Ausbildung,
- nach § 17 AufenthG für eine Berufsausbildung für einen Höchstzeitraum von 6 Monaten,
- nach § 18 Abs. 2 AufenthG als entsandte oder versetzte Arbeitnehmer, Au-pair oder Saisonbeschäftigter, ²³⁵
- aus humanitären, völkerrechtlichen oder politischen Gründen nach § 23 Abs. 1 AufenthG wegen eines Krieges in seinem Heimatland oder nach den §§ 23a, 24, 25 Absatz 3, 4 und 5 des AufenthG erteilt, wenn

²²⁹ Vgl.: § 62 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG; § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BKGG.

²³⁰ BGH, Urteil vom 26.08.2010 – III R 47/09.

²³¹ Vgl.: § 62 Abs. 2 EStG und § 60a AufenthG.

²³² BFH, Urteil vom 15.03.2007 III R 93/03; BFH, Urteil vom 22.11.2007 – III R 54/02; BFH, Urteil vom 21.02.2008 – III R 79/03; BFH, Beschluss vom 23.12.2013 – III B 88/13.

²³³ Vgl.: § 55 Asylverfahrensgesetz.

²³⁴ Vgl.: § 65 Abs. 1 EStG.

²³⁵ Vgl.: Art. 3 Abs. 2 Buchstabe c,d,e der Richtlinie 2011/98/EU.

sich der Ausländer > noch nicht seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet aufhält und > nicht berechtigt ist, erwerbstätig zu sein, laufende Geldleistungen nach dem SGB III zu beziehen oder Elternzeit in Anspruch zu nehmen.²³⁶

Einschlägige Gesetzesvorschrift

§ 62 Abs. 2 EStG - Kindergeld für nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer

Ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer erhält Kindergeld nur, wenn er

1. eine Niederlassungserlaubnis
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 Absatz 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 Absatz 1 des Aufenthaltsgesetzes wegen eines Krieges in seinem Heimatland oder nach den §§ 23a, 24, 25 Absatz 3 bis 5 des Aufenthaltsgesetzes erteiltoder
3. eine in Nummer 2 Buchstabe c genannte Aufenthaltserlaubnis besitzt und
 - a) sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und
 - b) im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem SGB III (ALG I, Sozialgeld) bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt.

²³⁶ Vgl.: § 62 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG; § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BKGG.

3. Kindergeldberechtigte Ausländer

3.1. Staatsangehörige der Türkei

Staatsangehörige der Türkei können nach folgenden Rechtsvorschriften kindergeldberechtigt sein:

- nach dem Aufenthaltsgesetz; dem erteilten Aufenthaltstitel, z.B. *Niederlassungserlaubnis, Aufenthaltserlaubnisse, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigen oder Aufenthaltserlaubnisse aus politischen, völkerrechtlichen oder humanitären Gründen,*
- nach dem bilateralen Abkommen über Soziale Sicherheit,
- nach dem Assoziationsbeschluss EWG/Türkei Nr. 3/80,
- nach dem Vorläufigen Europäischen Abkomme (VEA).

Kindergeldanspruch nach dem Sozialabkommen ²³⁷

Kindergeldberechtigt sind Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmerbegriff richtet sich nach dem Abkommen. Arbeitnehmer ist, wer

- sozialversicherungspflichtig beschäftigt ist, einschließlich der Bezugszeiten von Kurzarbeitergeld oder
- Arbeitslosengeld nach dem SGB III bezieht oder
- Geldleistungen der Krankenversicherung wegen vorübergehender Arbeitsunfähigkeit erhält oder
- einkommensabhängiges Elterngeld bezieht oder
- Elternzeit nach dem Elternzeitgesetz in Anspruch nimmt oder
- Mutterschaftsgeld oder vergleichbare Leistungen bezieht.

Kindergeldanspruch nach dem Assoziationsbeschluss Türkei/EU Nr. 3/80 ^{238/239}

Kindergeldberechtigt sind Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmerbegriff richtet sich nach dem Assoziationsrecht. Arbeitnehmer ist, wer gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer erfasst werden, pflichtversichert

²³⁷ Bundeszentralamt für Steuern, Dienstanweisung zum Kindergeld nach dem Einkommensteuergesetz (DA-KG), Stand 2019, A 4.6, S. 32.

²³⁸ Vgl.: Art. 1, 6, 7, 9 Assoziationsabkommen EWG/Türkei Nr. 3/80; Zusatzprotokoll zum Assoziationsabkommen für die Übergangsphase der Assoziation vom 23.11.1970.

²³⁹ DA-KG), A 4.6, S. 32,33.

oder freiwillig weiterversichert ist.²⁴⁰ Ein Anspruch auf Kindergeld und anderen Familienleistungen besteht auch bei Bezug von ALG II, einer Rente aus der Deutschen Rentenversicherung. Für assoziationsberechtigten Arbeitnehmer richtet sich der Arbeitnehmerbegriff schrittweise nach dem Freizügigkeitsrecht und der dazu ergangenen Rspr. des EuGH.^{241/242}

Kindergeldanspruch nach dem VEA²⁴³

Nach dem VEA ist ein Staatsangehöriger der Türkei kindergeldberechtigt, wenn er seit mindestens 6 Monaten in der BRD wohnt.²⁴⁴

3.2. Abkommensberechtigte Arbeitnehmer aus Algerien, Marokko, Tunesien, Bosnien und Herzegowina, Kosovo, Serbien, Montenegro, Mazedonien

Kindergeldberechtigt sind Arbeitnehmer.²⁴⁵ Für Arbeitnehmer aus Algerien, Marokko und Tunesien richtet sich der Arbeitnehmerbegriff nach der VO (EWG) Nr. 1408/71. Arbeitnehmer ist, wer in einem System der Sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist, z.B. *Krankenversicherung*.^{246/247} Arbeitnehmer sind: Arbeiter, Angestellte, Beamte, Rentner, Studenten und freiwillig weiterversicherte Selbstständige.

²⁴⁰ Vgl.: Art. 1 Buchstabe b) Assoziationsabkommen EWG/Türkei Nr. 3/80

²⁴¹ Vgl.: Art. 6 – 11 ARB 1/80 und Art. 4 ARB 3/80.

²⁴² Jonny Bruhn-Tripp, Aufenthaltsrecht und Zugang von Ausländern, Drittstaatsangehörigen, Geflüchteten und Unionsbürgern in das SGB II (HARTZ IV), S. 313-315; Jonny Bruhn-Tripp, Gisela Tripp, Erwerbsfähige Unionsbürger und das Recht auf ALG UU und reguläre Sozialhilfe, Stand Mai 2018, S. 45-48.

²⁴³ Vgl.: Art. 2 Vorläufiges Europäisches Abkommen über Soziale Sicherheit (VEA) i.V.m. Art. 2 des Zusatzprotokolls zu dem VEA.

²⁴⁴ BFH, Urteil vom 17.06.2010 – III R 42/09.

²⁴⁵ BFH, Urteil vom 15.3.2007 – III R 93/03.

²⁴⁶ Vgl.: Art. 1 VO (EWG) Nr.1408/71; Art.67 Handelsabkommen EU-Mittelmeer.

²⁴⁷ Bundeszentralamt für Steuern: DA-KG, A 4.6 (2) S. 32,33.

Bei abkommensberechtigten Arbeitnehmern aus den Staaten Bosnien und Herzegowina, Kosovo, Serbien, Montenegro, Mazedonien ist Voraussetzung für den Kindergeldanspruch eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung. Eine geringfügige Beschäftigung, für die der Arbeitgeber pauschale Sozialversicherungsbeiträge abführt, berechtigt nicht zum Kindergeld.^{248/249} Ein Werkstudent, für den aufgrund des Werkstudentenprivilegs keine Sozialversicherungspflicht bestand, kann kinderberechtigt sein.²⁵⁰

Arbeitnehmer ist, wer²⁵¹

- in einem sozialversicherten Beschäftigungsverhältnis steht oder
- Geldleistungen der Krankenversicherung wegen einer vor-übergehenden Arbeitsunfähigkeit bezieht oder
- Arbeitslosengeld I bezieht.

3.3. Asylbewerber

Asylbewerber haben bis zur Anerkennung als Asylberechtigte keinen Anspruch auf Kindergeld.²⁵²

3.4. Asylberechtigte, Genfer-Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte

Anerkannte Asylbewerber, Genfer-Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte sind unabhängig von einem Erwerbsstatus ab dem Zeitpunkt der Anerkennung bzw. der Zuerkennung der Schutzberechtigung kindergeldberechtigt.^{253/254} Unabhängig von einem erteilten Aufenthaltstitel steht diesen Statusgruppen nach einem Aufenthalt von mindestens 6 Monaten Kindergeld zu.²⁵⁵

²⁴⁸ Bundeszentralamt für Steuern, DA-KG, A 4.6 S. 32 ff.

²⁴⁹ BFH, Beschluss vom 08.10.2001 – VI B 138/01; -BFH, Urteil vom 21.02.2008 – III R 79/03; BFH, Urteil vom 27.10.2011 – III R 14/08.

²⁵⁰ BFH, Urteil vom 07.03.2013 – V R 61/10.

²⁵¹ Bundeszentralamt für Steuern: DA-KG, A 4.6 (1) S. 32

²⁵² BFH, Urteil vom 15.3.2007 – III R 93/03; BFH, Urteil vom 28.4.2010 – III R 1/08; FG München, Urteil vom 25.06.2008 – 9 K 3238/06;

²⁵³ Vgl.: Art. 16a GG,

²⁵⁴ Vgl.: Art. 16a GG, §§ 3, 4 AsylG

²⁵⁵ Vgl.: Art. 2 Vorläufiges Europäisches Abkommen über Soziale Sicherheit (VEA) i.V.m. Art. 2 des Zusatzprotokolls zu dem VEA.

3.5. (Bürger-) Kriegsflüchtlinge mit einer Aufenthaltsgewährung aus politischen Gründen

(Bürger-) Kriegsflüchtlinge, denen eine Aufenthaltsgewährung nach Anordnung der obersten Landesbehörden erteilt worden ist, sind kindergeldberechtigt.²⁵⁶ Es handelt sich um (Bürger-) Kriegsflüchtlinge, denen aufgrund von Altfall- und Bleiberechtsregelungen aus den Jahren 1999, 2000, 2001 und 2006 eine Aufenthaltserlaubnis erteilt oder verlängert wurde. Diese Statusgruppe von (Bürger-) Kriegsflüchtlingen ist zu unterscheiden von (Bürger-) Kriegsflüchtlingen mit einer Aufenthaltserlaubnis wegen eines „Krieges im Heimatland“ oder aus humanitären Gründen.

3.6. Kriegsflüchtlinge und Aufenthaltserlaubnisse wegen eines Krieges im Heimatland oder aus humanitären Gründen

Ausländer, die eine Aufenthaltserlaubnis wegen eines Krieges im Heimatland oder aus humanitären Gründen haben, sind unter den kumulativen Voraussetzungen kindergeldberechtigt:²⁵⁷

- eines rechtmäßigen, gestatteten oder geduldeten Aufenthalt von mindestens 3 Jahren und
- einer berechtigten Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder des Bezug von Geldleistungen nach dem SGB III (ALG I, Unterhalts-, Übergangsgeld, Berufsausbildungsbeihilfe)²⁵⁸ oder Inanspruchnahme von Elternzeit. Der Bezug von Sozialhilfe und ALG II berechtigt nicht zum Kindergeld.²⁵⁹ Berechtigt erwerbstätig ist, wer eine selbständige oder abhängige Beschäftigung nach dem Aufenthaltsgesetz ausüben darf und ausübt.^{260/261}

Eine Mindestdauer, einen Mindestumfang oder eine Mindesthöhe des Erwerbseinkommens ist im Gesetz nicht bestimmt.²⁶² Eine geringfügige Beschäftigung reicht aus.²⁶³

²⁵⁶ Vgl.: § 23 Abs. 1 AufenthG.

²⁵⁷ Vgl.: §§ 23 Abs. 1, 23a, 24, 25 Abs. 3 und 5 AufenthG.

²⁵⁸ BFH vom 4.8.2011 - III R 62/09.

²⁵⁹ FG Münster, Urteil vom 24.04.2007 – 15 K 3830/04 KG.

²⁶⁰ Vgl.: § 2 Abs. 2 AufenthG i.V.m. § 7 SGB IV.

²⁶¹ FG München, Urteil vom 2.4.2008 – 9 K 1126/06; FG Münster, Urteil vom 20.5.2009 – 10 K 4209/06.

²⁶² BFH, Urteil vom 22.11.2007 – III R 60/99.

²⁶³ Bundeszentralamt für Steuern, DA-KG, A 4.3.2, S. 30 ff.

Ob es mit dem Grundgesetz vereinbar ist, nach einem über dreijährigen rechtmäßigen Aufenthalt aus humanitären Gründen die Kindergeldberechtigung noch von weiteren Voraussetzungen (Arbeitsmarktintegration, Integration in das beitragsfinanzierte Sozialsystem, Elternzeit) abhängig zu machen, ist strittig. Nach dem BFH ist die Anknüpfung des Kindergeldanspruches an die Integration in den Arbeitsmarkt und in das beitragsfinanzierte Sozialsystem mit dem Grundgesetz vereinbar.²⁶⁴

3.7. Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge

Auch für Kinder von drittstaatangehörigen Ausländern ist der Kindergeldanspruch vom Aufenthaltsstatus (Aufenthaltstitel) abhängig. Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge (Asylberechtigte; anerkannte geflüchtete oder subsidiär schutzberechtigte Kinder) sind kindergeldberechtigt.²⁶⁵ Voraussetzung für den Kindergeldanspruch ist:²⁶⁶

- das Kind ist Vollwaise (die Eltern des Kindes sind verstorben oder für tot erklärt worden) oder
- es weiß nicht, wo sich seine Eltern aufhalten und
- es wird nicht bei einer anderen Person berücksichtigt, z.B. als *Adoptivkind*, *Pflegekind*.

Ein Kindergeldanspruch besteht auch dann, wenn das Kind mit seinen Eltern im Ausland Telefonkontakt hält, aber nicht jederzeit weiß, wo sich seine Eltern gerade (auf der Flucht) im Heimatland oder Ausland aufhalten.^{267/268}

²⁶⁴ BFH, Urteil vom 15.3.2007 – III R 93/03; BFH, Urteil vom 22. 11. 2007 – III R 54/02; BFG, Urteil vom 28.4.2010 – III R 1/08; FG Köln, Vorlagebeschluss BVerfG vom 09.05.2007 – 10 K 1689/07.

²⁶⁵ BSG, Urteil vom 05.05.2015 – B 10 KG 1/14 R.

²⁶⁶ Vgl.: § 1 Abs. 2 BKGG.

²⁶⁷ SG Mainz, Urteil vom 22.09.2015 – S 14 KG 1/15.

²⁶⁸ Der Paritätische Gesamtverband: Arbeitshilfe – Sicherung des Lebensunterhalts während einer Ausbildung für junge Menschen mit Aufenthaltsgestattung oder Duldung. Verfasser: Claudius Voigt, Stand 06. April 2018, S. 11.

Unbegleitete minderjährige Kinder mit einer Aufenthaltsgestattung, Duldung

Unbegleitete minderjährige Kinder, die keinen Status als Asylberechtigte oder als Genfer-Flüchtlinge oder subsidiär Schutzberechtigte innehaben und nur einen in § 1 Abs. 3 Nr. 2 Buchstabe c BKGK genannten Aufenthaltstitel besitzen, sind nach einem rechtmäßigen, gestatteten oder geduldeten Aufenthalt von mindestens 3 Jahren kindergeldberechtigt.

3.8. Opfer von Menschenhandel, Zwangsprostitution und Arbeitsausbeutung

Eine Aufenthaltserlaubnis für Opfer von Menschenhandel, Zwangsprostitution und Arbeitsausbeutung, die in einem Strafgerichtsverfahren aussagen wollen, berechtigt zum Kindergeld.²⁶⁹

Voraussetzung ist,

- ein erlaubter, gestatteter oder geduldeter Aufenthalt von mindestens 3 Jahren und
- berechtigte Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder Bezug von Geldleistungen nach dem SGB III oder Inanspruchnahme von Elternzeit

3.8. Ausländer mit einer Duldung, Aufenthaltsgewährung

Ausländer, die eine Aufenthaltserlaubnis nach § 62 Abs. 2 Nr. 2 EStG besitzen, sind unter kumulativen Voraussetzungen kindergeldberechtigt.²⁷⁰

Es handelt sich um Ausländer mit einer

- Aufenthaltserlaubnis wegen eines Krieges in ihrem Heimatland²⁷¹
- Aufenthaltsgewährung in Härtefällen²⁷²,
- Aufenthaltsgewährung zum vorübergehenden Schutz²⁷³,
- Aufenthalt aus humanitären Gründen.²⁷⁴

²⁶⁹ Vgl.: § 25 Abs. 4a, 4b AufenthG.

²⁷⁰ BFG, Urteil vom 22.11.2007 – III R 60/99.

²⁷¹ Vgl.: § 23 Abs. 1 AufenthG.

²⁷² Vgl.: § 23a AufenthG.

²⁷³ Vgl.: § 24 AufenthG.

²⁷⁴ Vgl.: § 25 Abs. 4, 4, 5 AufenthG.

Voraussetzung ist: Der Ausländer

- hält sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet in der BRD auf und
- er ist berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit und übt eine berechnigte Erwerbstätigkeit aus oder bezieht Geldleistungen nach dem SGB III oder nimmt Elternzeit in Anspruch.²⁷⁵

3.9. Staatenlose Ausländer

Staatenlose sind Personen, die kein Staat auf Grund seines Rechts als Staatsangehörigen ansieht.²⁷⁶ Staatenlosen haben die Rechtsstellung von Genfer-Flüchtlingen inne. Nach dem Europarecht sind Staatenlose im Sozialleistungsrecht (Kindergeldrecht) Genfer-Flüchtlingen gleichzustellen.²⁷⁷ Für den Anspruch auf Kindergeldleistungen bedürfen Staatenlose eines Aufenthaltstitels.²⁷⁸

Wie bei Ausländern mit einer Duldung, Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen mit dem Vermerk „wegen eines Krieges im Heimatland“ reicht bei Staatenlosen alleine der Besitz eines Aufenthaltstitel nicht aus, um Kindergeld zu erhalten. Zusätzlich zum Aufenthaltstitel müssen die kumulativen Voraussetzungen erfüllt sein:

- rechtmäßiger, gestatteter oder geduldeter Aufenthalt von mindestens 3 Jahren und
- berechnigte Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder Bezug von Geldleistungen nach dem SGB III oder Inanspruchnahme von Elternzeit.

²⁷⁹ / ²⁸⁰

²⁷⁵ Vgl.: § 62 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG.

²⁷⁶ Vgl.: Art. 1 Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen von 1954; Art. 1 Buchstabe c) VO/EWG Nr. 1408/71.

²⁷⁷ Vgl.: Art. 2 der VO/EWG Nr. 1408/71.

²⁷⁸ EuGH, Urteil vom 11.10.2001 – C-95/99.

²⁷⁹ Vgl.: § 62 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG.

²⁸⁰ BFG, Urteil vom 22.11.2007 – III R 60/99.

3.10. Ausländer, die Ehe-/Lebenspartner oder Elternteil eines Deutschen sind

Ausländer (Unionsbürger, Drittstaatsangehörige), > die Ehe-/Lebenspartner eines Deutschen sind oder > Elternteil eines Kindes sind, das Deutscher ist, sind generell kindergeldberechtigt. Zum Kreis der Kindergeldberechtigten zählen: Ausländer,

- die Elternteil des Kindes eines Deutschen sind ²⁸¹,
- die Elternteil des Kindes eines Ausländers sind, der seit 8 Jahren rechtmäßig seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat und ein unbefristetes Aufenthaltsrecht oder als Staatsangehöriger der Schweiz oder dessen Familienangehöriger eine Aufenthaltserlaubnis auf Grund des Freizügigkeitsabkommens EU/Schweiz besitzt, ²⁸²
- die Elternteil eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgerkindes sind. ^{283 / 284}

²⁸¹ Vgl.: § 3 StAG.

²⁸² Vgl.: § 4 Abs. 3 StAG.

²⁸³ Vgl.: Art. 20, 21 AEUV; Art. 7 und 24 Charta der Grundrechte der EU.

²⁸⁴ EuGH, Rs. Chavez-Vilchez, Urteil vom 10.05.2017, C-133/15; EuGH, Rs. Ruiz-Zambrano, Urteil vom 08.03.2011, C-34/09 ; EuGH, Rs. Haqbin. Urteil vom 12.11.2019, C-233/18.

IV. Übersichtstabelle: Kindergeldberechtigte Unionsbürger und Drittstaatsangehörige

1. Kindergeldberechtigte Unionsbürger

Tabelle: Kindergeldberechtigte Unionsbürger nach der Neuregelung der Kindergeldansprüche durch das Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch vom 18. Juli 2019

Freizügigkeits-/Aufenthaltsstatus	§§ FreizügG/EU	Kindergeldberechtigt	Anmerkungen
Aufenthalt in den ersten 3 Monaten	§ 2 Abs. 1	Nein/Ja	Ja, wenn der Unionsbürger in der Karenzzeit der ersten drei Aufenthaltsmonate steuerpflichtige Einnahmen erzielt.
Erwerbstätiger	§ 2 Abs. 2 Nrn. 1,2	Ja	Erwerbstätige sind: Arbeitnehmer, Selbständige. Der Erwerbsstatus richtet sich nach dem Europarecht.
Berufsauszubildende	§ 2 Abs. 2 Nr. 1	Ja	
Verbleibeberechtigte Erwerbstätige im fortwirkenden Erwerbsstatus	§ 2 Abs. 3	Ja	
Verlust des Verbleiberechts als Erwerbstätige	§ 2 Abs. 3	Nein	Mit dem Verlust des Verbleiberechts im „fortwirkenden Erwerbsstatus“ geht auch die Kindergeldberechtigung verloren. Ob der Leistungsausschluss europarechtskonform ist, ist strittig.
Erbringer oder Empfänger von Dienstleistungen	§ 2 Abs. 2 Nrn. 3 und 4	Ja	
Nicht erwerbstätige Unionsbürger	§ 2 Abs. 2 Nr. 5 § 4 Abs. 1	Ja / Nein	Ja, wenn der Unionsbürger über einen angemessenen Krankenversicherungsschutz und über ausreichende Existenzmittel für sich und seine Familienangehörigen verfügt.
Daueraufenthaltsberechtigte Unionsbürger	§ 2 Abs. 2 Nr. 7	Ja	
Daueraufenthaltsberechtigte Familienangehörige	§ 2 Abs. 2 Nr. 7	Ja	

Fortsetzung Übersichtstabelle: Kindergeldberechtigte Unionsbürger

Freizügigkeits-/ Aufenthalts- status	§§ FreizügG/EU	Kindergeld- berechtigt	Anmerkungen
Freizügigkeits- recht zur Arbeitsuche	§ 2 Abs. 2 Nr. 1a	Nein	Nein, Unionsbürger, die sich zum Zweck der Arbeitsuche aufhalten, ohne vorher einen anderen Freizügigkeitsstatus nach § 2 Abs. 2 FreizügG/EU innegehabt zu haben, sind vom Kindergeld ausgeschlossen, Ob der Leistungsausschluss europarechts- konform ist, ist strittig. EuGH, Rs. Bogatu, Urteil vom 07.02.2019, C-322/17
		Ja	Ja, wenn der Unionsbürger vor dem Auf- enthalt zum Zweck der Arbeitsuche einen anderen Freizügigkeitsstatus nach § 2 Abs. 2 FreizügG/EU innehatte.
Rechtmäßiger Aufenthalt über die ersten 3 Monate hinaus, ohne dass a) ein materielles Frei- zügigkeitsrecht vorliegt und b) die Ausländerbe- hörde den Ver- lust oder das Nichtbestehen des Freizügig- keitsrecht festge- stellt hat.	§ 2 Abs. 1 § 11 Abs. 2	Nein	Nein, nach der Neuregelung berechtigt ein rechtmäßiger Aufenthalt auf der Grundlage der „Freizügigkeitsvermutung“ nicht zum Kindergeld. Ob der Leistungsausschluss europarechts- konform ist, ist strittig.
Verlustfeststel- lung der Freizü- gigkeitsberechti- gung	§ 2 Abs. 1, § 6 § 11 Abs. 2	Nein	Es ist zu prüfen, ob das Aufenthaltsgesetz dem Unionsbürger eine günstigere Rechts- stellung und einen kindergeldberechtigten- den (fiktiven) Aufenthaltsstatus vermittelt.
Feststellung des Nichtbestehens des Freizügig- keitsrechts	§ 2 Abs. 1, 7 § 11 Abs. 2	Nein	

2. Kindergeldberechtigte Familienangehörige eines Unionsbürgers

Übersichtstabelle: Kindergeldberechtigte Familienangehörige eines Unionsbürgers

Freizügigkeits-/ Aufenthalts- status	§§ FreizügG/EU	Kindergeld- berechtigt	Anmerkungen
Ehe-/Lebenspartner und Kinder eines nach § 2 Abs. 2 Nrn. 1, 2-7 freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers	§ 3 Abs. 1	Ja/Nein	Ausgeschlossen sind Partner oder Kinder eines Unionsbürgers mit einem alleinigen Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche. Ob der Leistungsausschluss europarechtskonform ist, ist strittig.
Eheähnliche Partner eines Unionsbürgers	§ 3 Abs. 2	Nein	Eheähnliche Partner sind keine Familienangehörigen.
Verbleibeberechtigte Ehe-/Lebenspartner und Kinder eines Unionsbürgers	§ 3 Abs. 3-5	Ja	
Ausbildungsfreizügigkeitsrecht des Kindes eines verstorbenen oder ins Ausland verzogenen freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers	§ 3 Abs. 4	Ja	
Sorgetragendes Elternteil eines nach § Abs. 4 FreizügG/EU ausbildungsfreizügigkeitsberechtigten Kindes	§ 3 Abs. 4	Ja	

Fortsetzung Übersichtstabelle: Kindergeldberechtigte Familienangehörige eines Unionsbürgers

Aufenthalts-status	§§ FreizügG/EU	Kindergeld-berechtigt	Anmerkungen
Geschiedene unionsstaatsangehörige Partner eines Unionsbürgers	Art. 13 Abs. 1 Unionsbürger richtlinie 2004/38/EG	Ja	Ja, vorausgesetzt, das Scheidungsverfahren wurde eingeleitet, bevor der Unionsbürger die BRD verlassen hat. EuGH, Rs. Kuldip Singh, Urteil vom 16.07.2015, C-218/14
Geschiedene drittstaatangehörige Partner eines Unionsbürgers	§ 3 Abs. 5 Art. 13 Abs. 2 Unionsbürger richtlinie 2004/38/EG § 31 AufenthG	Ja/Nein	Ja, wenn der geschiedene Ehepartner die Voraussetzungen des § 3 Abs. 5 FreizügG/EU erfüllt. Voraussetzung ist: ➤ der Drittstaatangehörige kann durch eine Erwerbstätigkeit oder aus eigenen Mittel seine Existenz bestreiten, inklusive einer angemessenen Krankenversicherung und ➤ die Ehe bestand mindestens 3 Jahre, davon 1 Jahr in der BRD oder ➤ der Drittstaatangehörige hat das Sorgerecht für ein Kind des Unionsbürgers inne oder ➤ hat ein vereinbartes oder vom Gericht eingeräumtes Umgangsrecht mit dem Kind nur in der BRD inne oder ➤ es liegt eine besondere Härte vor, bei der es dem Drittstaatangehörigen nicht zuzumuten war, die Ehe fortzusetzen. Es ist zu prüfen, ob das Aufenthaltsgesetz dem Unionsbürger eine günstigere Rechtsstellung und einen kindergeldberechtigenden (fiktiven) Aufenthaltsstatus vermittelt.
Verwitwete Ehe-/Lebenspartner, die Unionsbürger sind	Art. 12 Abs. 1 Unionsbürger richtlinie 2004/38/EG		
Verwitwete Ehe-/Lebenspartner, die Drittstaatenangehörige sind	§ 3 Abs. 3 Art. 12 Abs. 1 Unionsbürger richtlinie 2004/38/EG	Ja/Nein	Ja, wenn der verwitwete Partner die Voraussetzungen des § 3 Abs. 3 FreizügG/EU erfüllt. Voraussetzung ist: ➤ der Drittstaatangehörige kann durch eine Erwerbstätigkeit oder aus eigenen Mittel seine Existenz bestreiten, inklusive einer angemessenen Krankenversicherung und ➤ die Ehe bestand in der BRD mindestens 1 Jahr.

Fortsetzung Übersichtstabelle: Kindergeldberechtigte Familienangehörige eines Unionsbürgers

Aufenthalts-status	§§ FreizügG/EU AufenthG	Kindergeld-berechtigt	Anmerkungen
Ehe-/Lebenspartner eines Deutschen	§§ 27, 28 AufenthG	Ja	
Elternteil eines minderjährigen Kindes, das Deutscher ist zum Zweck der Personensorge	§ 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG	Ja	
Elternteil des Kindes eines Ausländers mit einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis	§ 4 Abs. 3 Satz 1 StAG	Ja	Voraussetzung ist: ➤ das Kind ist in der BRD geboren und ➤ der unbefristet aufenthaltsberechtigte Ausländer hat seit 8 Jahren rechtmäßig einen gewöhnlichen Aufenthalt in der BRD inne. Das Elternteil muss nicht Ehe-/Lebenspartner des aufenthaltsberechtigten Ausländers sein. Die Staatsangehörigkeit (Unionsbürger, Drittstaatler) ist irrelevant.
Unionsbürger, die sich auf ein „fiktives Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG berufen können	§ 11 Abs.1 Satz 11 FreizügG/EU i.V.m. Abschnitt 5 (§§ 22-26) und Abschnitt 6 (§§ 27-36a) AufenthG	Ja/Nein	Abhängig von dem fiktiven Aufenthaltsrecht. In Frage kommen: Aufenthaltserlaubnisse zum Zweck ➤ zum Zweck der Familienzusammenführung mit einem Deutschen oder einem drittstaatangehörigen Ehe-/Lebenspartner und Kind ➤ aus humanitären Gründen, z.B. <i>Opfer von Menschenhandel, Arbeitsausbeutung, Zwangsprostitution.</i>
Ehe-/Lebenspartner des Unionsbürgers, die sich auf ein „fiktives Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG berufen können		Ja/Nein	

3. Kindergeldberechtigte Drittstaatsangehörige

Tabelle: Kindergeldberechtigte Drittstaatsangehörige

Aufenthalts-status	§§ Aufenthalts-gesetz	Kindergeld-berechtigt	Anmerkungen
Niederlassungser-laubnis	§ 9	Ja	
Erlaubnis zum Daueraufenthalt/ EU	§ 9a	Ja	
Aufenthaltser-laubnis für > ein Studium, > einen Sprach-kurs, > einen Schul-abschluss oder > sonstige nicht Betriebliche Ausbildung	§ 16, 16a, 17,	Nein	
Aufenthaltser-laubnis für eine betriebliche Aus- und Weiterbil-dung	§ 17 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 Buchstabe b Richtlinie/EU 2011/98	Ja	Voraussetzung ist, die Aufenthaltserlaub-nis für die Aus- und Weiterbildung wird für mehr als 6 Monate erteilt.
Aufenthaltser-laubnis zum Zweck der Ausübung einer Erwerbstätigkeit	§ 19a Abs. 1-5 § 25 Abs. 1, §§ 28-38 § 38a Abs. 3 und 4 § 104a	Ja	Gefordert wird eine erlaubte Erwerbstätig-keit nach dem AufenthG (§ 2 Abs. 2). Eine erlaubte Erwerbstätigkeit ist eine > selbstän-dige Tätigkeit, eine > Berufsausbildung und/oder eine > Beschäftigung in einem Arbeits-verhältnis (§ 7 SGB IV) oder in einem Mini-job (§§ 8,8a SGB IV).

Fortsetzung Übersichtstabelle: Kindergeldberechtigte Drittstaatsangehörige

Aufenthalts-status	§§ AufenthG	Kindergeld-berechtigt	Anmerkungen
Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Erwerbstätigkeit unter dem Vorbehalt der Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit nach der VO/Beschäftigung	§ 18 Abs. 2 i.V.m. der BeschV §§ 11, 13,15b, 15c 29 Abs. 1, 2 § 18 Abs. 2 i.V.m. der BeschV §§ 10, 19 Abs. 2 15a	Ja/Nein	Kindergeldberechtigt sind: ➤ Sprachlehrer oder Spezialitätenkoch ➤ Hausangestellter eines Entsandten ➤ Schaustellergehilfe ➤ Haushaltshilfe ➤ Werkvertragsarbeitnehmer/Gastarbeitnehmer auf der Grundlage zwischenstaatlicher Vereinbarungen) Keinen Anspruch auf Kindergeld haben ➤ Entsandte Arbeitnehmer ➤ Au-Pair ➤ Saisonbeschäftigte
Aufenthaltserlaubnis für qualifizierte Geduldete	§ 18a	Ja	Voraussetzung: Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit
Asylbewerber	§ 62 Abs. 2 EStG	Nein	
Illegal aufhältige Ausländer		Nein	
Asylberechtigte	§ 25 Abs. 1 i.V.m. Art. 16a GG § 2 AsylG	Ja	Ab dem Zeitpunkt der Anerkennung als Asylbewerber, Genfer-Flüchtling und subsidiär Schutzberechtigter.
Genfer-Flüchtling	§ 25 Abs. 2 i.V.m. § 3 AsylG	Ja	Unabhängig von der Erteilung eines Aufenthaltstitels besteht nach einer Aufenthaltszeit von 6 Monaten ein Anspruch auf Kindergeld (Art. 2 des VEA i.V.m. Art. 2 des Zusatzprotokolls zum VEA).
Subsidiär Schutzberechtigter	§ 25 Abs. 2 i.V.m. § 4 AsylG	Ja	

Fortsetzung Übersichtstabelle: Kindergeldberechtigte Drittstaatsangehörige

Aufenthalts-status	§§ AufenthG	Kindergeld-berechtigt	Anmerkungen
Aufenthaltser-laubnis mit dem Vermerk „wegen eines Krieges im Heimatland“	23 Abs. 1	Ja/Nein	Nein, der Aufenthaltstitel alleine reicht für den Kindergeldanspruch nicht aus. Voraussetzung ist, ➤ rechtmäßiger, gestatteter oder gedul-deter Aufenthalt von mindestens 3 Jah-ren und ➤ berechnete Ausübung einer Erwerbs-tätigkeit oder Bezug von Geldlei-stungen nach dem SGB III oder Inan-spruchnahme von Elternzeit.
Aufenthaltser-laubnis in Härtefällen	23a	Ja/Nein	
Aufenthaltser-laubnis zum vorübergehenden Schutz	24	Ja/Nein	
Aufenthalt aus humanitären Gründen	§ 25 Abs. 3-5	Ja/Nein	
Subsidiärer Schutz aufgrund eins Abschie-bungsverbots	§ 25 Abs. 3 i.V.m. § 60 Abs. 5 und 7	Ja/Nein	
Nicht vollziehbar ausreisepflichtiger Ausländer	§ 25 Abs. 4	Ja/Nein	
Opfer von Menschenhandel, Zwangsprostitu-tion	§ 25 Abs. 4a	Ja/Nein	
Opfer von Arbeits-ausbeutung	§ 25 Abs. 4b i.V.m. § 10 Schwarz-arbeitsgesetz § 15a Arbeit-nehmerüber-lassungsgesetz	Ja/Nein	
Vollziehbar aus-reisepflichtige Ausländer, die unverschuldet an der Ausreise ver-hindert sind	§ 24 Abs. 5	Ja/Nein	

Fortsetzung Übersichtstabelle: Kindergeldberechtigte Drittstaatsangehörige

Aufenthaltsstatus	§§ AufenthG	Kindergeldberechtigt	Anmerkungen
Aufenthaltserlaubnis für gut integrierte Jugendliche und Heranwachsende	§ 25a Abs. 1	Ja	Voraussetzung: Geburt in der BRD oder Einreise vor dem 14. Lebensjahr. Die Aufenthaltserlaubnis kann erteilt werden, wenn der Jugendliche sich bereits 6 Jahre in der BRD aufhält, hier erfolgreich eine Schule besucht hat oder einen Schul- oder Berufsabschluss erworben hat und die Aufenthaltserlaubnis zwischen dem 15. Und 16. Lebensjahr beantragen.
Aufenthaltsrecht für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge	§ 25 Abs. 1, 2 § 1 Abs. 2 BKG	Ja	Ja, wenn das Kind anerkannt ist als ➤ Asylberechtigter (Art. 16a GG) ➤ Genfer-Flüchtling (§ 3 AsylG) ➤ Subsidiär Schutzberechtigter (§ 4 AsylG) Voraussetzung für den Kindergeldanspruch ist: das Kind ➤ ist Vollwaise (Tod der Eltern oder die Eltern wurden für tot erklärt) oder ➤ es kennt nicht (jederzeit) den Aufenthaltsort seiner Eltern und ➤ es wurde nicht bei einer anderen Person als Kind berücksichtigt.
	§ 62 Abs. 2 Nr.3 EStG § 1 Abs. 3 Nr. 3 BKG	Nein/Ja	Nein, wenn das Kind nicht Voraussetzungen einer Mindestaufenthaltszeit von 3 Jahren erfüllt. Ja, wenn das Kind eine Aufenthaltserlaubnis wegen eines Krieges im Heimatland oder eine Aufenthaltserlaubnis nach den §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG besitzt und ➤ sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und ➤ im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem SGB III bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt.

Fortsetzung Übersichtstabelle: Kindergeldberechtigte Drittstaatsangehörige

Aufenthaltsstatus	§§ AufenthG	Kindergeldberechtigt	Anmerkungen
Aufenthaltserlaubnis für in anderen Mitgliedstaaten der EU langfristig Aufenthaltsberechtigte	§ 38a		Voraussetzung: Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit
Familienangehörige eines Ausländers	§§ 27-36a	Ja	Der Aufenthaltstitel nach diesem Abschnitt berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit (§ 27 Abs. 5)
Eigenständiges Aufenthaltsrecht der Ehe-/Lebenspartner im Scheidungs- und Todesfall	§ 31	Ja	Unter den Voraussetzungen ➤ einer Mindestehezeit von 3 Jahren in der BRD und Eintritt des Todes während der Ehezeit in der BRD oder ➤ unter Absehen der geforderten dreijährigen Ehezeit in Härtefällen, z.B. > <i>bei Zwangsheirat</i>, > <i>häuslicher Gewalt</i> oder > <i>wenn dem Partner im Fall der Rückkehr wegen der Ehescheidung Gefahren drohen</i> oder > <i>zum Wohl des Kindes</i> (§ 31 Abs. 2).
Aufenthaltsrecht der Kinder	§ 34 Abs. 3	Ja/Nein	Ja, wenn die Aufenthaltserlaubnis die Ausübung einer Erwerbstätigkeit explizite erlaubt. Nein, wenn der Aufenthaltstitel nicht explizit die Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit enthält.

4. Staatsangehörige der Türkei

Übersichtstabelle: Kindergeldberechtigte Staatsangehörige der Türkei

Aufenthalts-status als	§§	Kindergeld-berechtigt	Anmerkungen
Arbeitnehmer i.S.d. bilateralen Abkommens über Soziale Sicherheit	Art. 2 Abkommen Soziale Sicher- heit BRD/Türkei	Ja	Das Erfordernis eines Aufenthaltstitels besteht nicht für Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmerbegriff richtet sich nach dem nationalen Arbeit- und Sozialrecht der BRD (§ 7 SGB IV). Arbeitnehmer ist, wer ➤ sozialversicherungspflichtig beschäftigt ist, einschließlich der Bezugszeiten von Kurzarbeitergeld oder ➤ Arbeitslosengeld nach dem SGB III bezieht oder ➤ Geldleistungen der Krankenversicherung wegen vorübergehender Arbeitsunfähigkeit erhält oder ➤ einkommensabhängiges Elterngeld bezieht oder ➤ Elternzeit nach dem Elternzeitgesetz in Anspruch nimmt oder ➤ Mutterschaftsgeld oder vergleichbare Leistungen bezieht.
Assoziations-berechtigte Arbeitnehmer	Art. 6 EU Assozia- tionsrecht EU/Türkei ARB 1/80 Art. 1 Buchstabe a VO (EWG) Nr. 1408/71.	Ja	Der Arbeitnehmerbegriff richtet sich nach der VO (EWG) Nr. 1408/71, bei einem verfestigten Aufenthalt nach dem Assoziationsrecht und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer.
Sonstige Aufent-haltsberechtigte	Art. 2 Vorläufige Abkommen über Soziale Sicherheit VO (EWG) Nr. 1408/71		Nach einem Aufenthalt von mindestens 6 Monaten besteht ein Kindergeldanspruch.
Asylberechtigte	§ 25 AufenthG	Ja	

5. Kindergeldberechtigte Arbeitnehmer aus Abkommensstaaten: Algerien, Marokko, Tunesien, Bosnien und Herzegowina, Kosovo, Serbien, Montenegro, Mazedonien

Übersichtstabelle: Kindergeldberechtigte Arbeitnehmer

Aufenthalts- status als	§§	Kindergeld- berechtigt	Anmerkungen
Arbeitnehmer aus Algerien, Marokko, Tunesien	Bilaterale Abkommen Soziale Sicherheit Art. 1 VO (EWG) Nr.1408/71 Art.67 Handelsab- kommen EU- Mittelmeer		Das Erfordernis eines Aufenthaltstitels be- steht nicht für Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmerbegriff richtet sich nach der VO (EWG) Nr. 1408/71. Arbeitnehmer ist, wer in einem System der Sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist, z.B. Kranken- versicherung. Arbeitnehmer sind: Arbeiter, Angestellte, Beamte, Rentner, Studenten und freiwillig weiterversicherte Selbstän- dige.
Arbeitnehmer aus Bosnien, Herzegowina, Kosovo, Marokko, Montenegro, Serbien	Bilaterale Abkommen Soziale Sicherheit		Das Erfordernis eines Aufenthaltstitels be- steht nicht für Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmerbegriff richtet sich nach dem nationalen Arbeit- und Sozialrecht der BRD (§ 7 SGB IV). Arbeitnehmer ist, wer Arbeitnehmer ist, wer ➤ sozialversicherungspflichtig beschäftigt ist, einschließlich der Bezugszeiten von Kurzarbeitergeld oder ➤ Arbeitslosengeld nach dem SGB III bezieht oder ➤ Geldleistungen der Krankenversicherung wegen vorübergehender Arbeitsunfähig- keit erhält.

Weiterführende Literatur

Bruhn-Tripp, Jonny: Aufenthaltsrecht und Zugang von Ausländern, Drittstaatsangehörigen, Geflüchteten und Unionsbürgern in das SGB II (HARTZ IV), Stand April 2019
https://tacheles-sozialhilfe.de/fa/redakteur/Harald_2019/AH_Unionsbuerger_Bruhn-Tripp_05-2019.pdf

Bundeszentralamt für Steuern: Dienstanweisung zum Kindergeld nach dem Einkommensteuergesetz, DA-KG, Stand 2019

Bundeszentralamt für Steuern: Neufassung des Abschnittes 62.4 der DA-FamEStG unter anderem aufgrund des Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union, St II – S 2470-12/2008 vom 26. Mai 2008

Caritasverband für die Diözese Mainz e. V. – Sozialrecht
Sozialrechtsbrief Nr. 4/2019, Kindergeld für EU-Ausländer, August 2019

Der Paritätische Gesamtverband
Soziale Rechte für Flüchtlinge, Autor: Claudius Voigt, Dezember 2016

Hasse, Sven: Freizügigkeit und öffentliche Leistungen für Unionsbürger
Stand: Januar 2018
<https://www.jurati.de/wp-content/uploads/2018/08/Freizuegigkeit-und-Sozialleistungen-fuer-Unionsbuerger-und-Familienangehoerige.pdf>

Reimann, Roland: Das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger
Voraussetzungen für Erwerb und Verlust des unionsrechtlichen Aufenthalts, in: ASYLMAGAZIN 6/2012

Steffen, Eva: Aufenthalts- und Sozialleistungsrechte von EU-Bürgern,
31.05.2017

