

X. Kindergeld

§ 62

Anspruchsberechtigte

idF des EStG v. 19.10.2002 (BGBl. I 2002, 4210; BStBl. I 2002, 1209),
zuletzt geändert durch AuslAnsprG v. 13.12.2006
(BGBl. I 2006, 2915; BStBl. I 2007, 62)

- (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 Abs. 2 unbeschränkt einkommensteuerpflichtig ist oder
 - b) nach § 1 Abs. 3 als unbeschränkt einkommensteuerpflichtig behandelt wird.
- (2) Ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer erhält Kindergeld nur, wenn er
1. eine Niederlassungserlaubnis besitzt,
 2. eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat, es sei denn, die Aufenthaltserlaubnis wurde
 - a) nach § 16 oder § 17 des Aufenthaltsgesetzes erteilt,
 - b) nach § 18 Abs. 2 des Aufenthaltsgesetzes erteilt und die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit darf nach der Beschäftigungsverordnung nur für einen bestimmten Höchstzeitraum erteilt werden,
 - c) nach § 23 Abs. 1 des Aufenthaltsgesetzes wegen eines Krieges in seinem Heimatland oder nach den §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 des Aufenthaltsgesetzes erteilt
- oder
3. eine in Nummer 2 Buchstabe c genannte Aufenthaltserlaubnis besitzt und
 - a) sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und
 - b) im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt.

Autor: Rainer **Wendl**, Richter am FG, Augsburg
Mitherausgeber: Dr. Winfried **Bergkemper**, Richter am BFH, München

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 62

	Anm.		Anm.
I. Grundinformation zu § 62	1	III. Bedeutung des § 62	3
II. Rechtsentwicklung des § 62	2		

B. Erläuterungen zu § 62 Abs. 1: Anspruchsberechtigung bei unbeschränkter und fiktiver unbeschränkter Steuerpflicht

	Anm.		Anm.
I. Anspruchsberechtigung nach Abs. 1	4	III. Kindergeldanspruch Steuerpflichtiger, die der erweiterten unbeschränkten Steuerpflicht unterliegen (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a)	6
II. Kindergeldanspruch unbeschränkt Steuerpflichtiger (Abs. 1 Nr. 1)	5	IV. Kindergeldanspruch beschränkt Steuerpflichtiger iSd. § 1 Abs. 3 (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b)	7

C. Erläuterungen zu § 62 Abs. 2: Sondervorschriften für Ausländer

	Anm.		Anm.
I. Vorbemerkung zu den Sondervorschriften für Ausländer	10	VI. Ausnahmen bei Aufenthaltserlaubnis zu vorübergehendem Zweck (Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a–c)	17
II. Einschränkung des Anspruchs nach Abs. 1 für nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer (Abs. 2 Einleitungssatz)		VII. Rückausnahme zu Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c (Abs. 2 Nr. 3)	
1. Begriff der Freizügigkeitsberechtigung	11	1. Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c (Abs. 2 Nr. 3 Einleitungssatz)	18
2. Begriff des Ausländers	12	2. Rechtmäßiger, gestatteter oder geduldeter Aufenthalt im Bundesgebiet seit mindestens drei Jahren (Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a)	19
III. Besitz eines Aufenthaltstitels (Abs. 2 Nr. 1–3)		3. Berechtigte Erwerbstätigkeit, Bezug laufender Geldleistungen nach dem SGB III oder Inanspruchnahme von Elternzeit (Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b)	20
1. Aufenthaltstitel nach dem AufenthG	13		
2. Besitz	14		
IV. Niederlassungserlaubnis (Abs. 2 Nr. 1)	15		
V. Zur Erwerbstätigkeit berechtigende Aufenthaltserlaubnis (Abs. 2 Nr. 2)	16		

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 62

Schrifttum: SEEWALD/FELIX, Kindergeldrecht; HELMKE/BAUER, Familienleistungsausgleich; HILDESHEIM, Der Ausländerbegriff im Kindergeldrecht des EStG, DStZ 2000, 25; SCHINDLER, Das neue Kindergeldrecht für Ausländer, NWB F. 3, 15055; KULMSEE, Die Berücksichtigung von Kindern im Einkommensteuergesetz, Aachen 2002 (Diss. Köln); s. ferner die Nachweise Vor §§ 62–78 Anm. 1.

Verwaltungsanweisung: Dienstanweisung zur Durchführung des Familienleistungsausgleichs nach dem X. Abschnitt des Einkommensteuergesetzes v. 5.8.2004, BStBl. I 2004, 743, geändert in BStBl. I 2004, 1193, BStBl. I 2005, 669, BStBl. I 2005, 800, BStBl. I 2005, 819, BStBl. I 2007, 489 (DAFamESt.); H 62 EStH.

I. Grundinformation zu § 62

1

Die Vorschrift bestimmt den Kreis der Personen, die Anspruch auf Kindergeld haben, also die Kindergeldberechtigten. Die maßgeblichen Anspruchsvoraussetzungen ergeben sich dabei aus Abs. 1.

Abs. 1 sieht vor, dass Kindergeld „für Kinder“ gewährt wird. Das bedeutet, dass Kinder selbst nicht anspruchsberechtigt sind.

- ▷ *Abs. 1 Nr. 1:* Für die Anspruchsberechtigung kommt es im Übrigen nach Abs. 1 Nr. 1 nicht auf die Staatsangehörigkeit des Betroffenen an, sondern auf seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland. Entscheidend ist also das Territorialitätsprinzip (s. § 1 Abs. 1 Satz 1).
- ▷ *Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a und b* erweitert den Kreis der Anspruchsberechtigten auf Personen, die zwar im Inland keinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben, aber in sonstiger Weise hier verwurzelt sind (s. § 1 Abs. 2, 3).

Abs. 2 ist *lex specialis* für Ausländer. Die Vorschrift schränkt die Anspruchsberechtigung für Ausländer, die im Inland ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben, ein.

II. Rechtsentwicklung des § 62

2

Die Vorschrift wurde im Zusammenhang mit der Neuregelung der estrechtl. Kindergeldvorschriften durch das JStG 1996 v. 11.10.1995 (BGBl. I 1995, 1250; BStBl. I 1995, 438) in das EStG eingefügt (zur Rechtsentwicklung der Kindergeldvorschriften s. im Einzelnen Vor §§ 62–78 Anm. 3 f.).

1. SGB III-ÄndG v. 16.12.1997 (BGBl. I 1997, 2970; BStBl. I 1998, 127): In Anpassung an die Änderungen der sozialrechtl. Bestimmungen ist Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 mit Wirkung ab 1.1.1998 (Art. 32 Abs. 1 des 1. SGB III-ÄndG) neu gefasst worden.

ZuwanderungsG v. 20.6.2002 (BGBl. I 2002, 1946): Abs. 2 wurde durch Art. 11 Nr. 16 des Ges. neu gefasst. Die Neufassung sollte erstmals für den VZ 2003 anzuwenden sein (§ 52 Abs. 61a idF des Ges. v. 20.6.2002). Allerdings hat BVerfG v. 18.12.2002 (BGBl. I 2003, 126) festgestellt, dass das ZuwanderungsG wegen eines Fehlers im Gesetzgebungsverfahren mit Art. 78 GG unvereinbar und daher nichtig ist. Die Neufassung des Abs. 2 durch dieses Ges. hat daher keine Geltung erlangt.

3. Ges. für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23.12.2003 (BGBl. I 2003, 2848): In Abs. 2 Satz 2 wurde der Begriff Bundesanstalt durch Bundesagentur ersetzt.

ZuwanderungsG v. 30.7.2004 (BGBl. I, 1950): Abs. 2 wurde durch Art. 11 Nr. 17 des Ges. neu gefasst. Die Neufassung war ab dem VZ 2005 anzuwenden (§ 52 Abs. 61a Satz 1 idF des Ges. v. 30.7.2004). Der Wortlaut der Bestimmung entsprach weitgehend dem des gescheiterten ZuwanderungsG v. 20.6.2002. Die Anspruchsberechtigung wurde in Anpassung an die veränderten Aufenthaltstitel des als Art. 1 des ZuwanderungsG beschlossenen AufenthaltsG an den Besitz einer Niederlassungserlaubnis bzw. bestimmter Arten der Aufenthaltserlaubnis geknüpft.

Ges. zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss v. 13.12.2006 – AusAnsprG – (BGBl. I 2006, 2915; BStBl. I 2007, 62): In Reaktion auf BVerfG v. 6.7.2004 – 1 BvL 4-6/97 (BVerfGE 111, 160) zu § 1 Abs. 3 BKGG wurde Abs. 2 geändert. Die Neufassung ist ab dem VZ 2006 und zudem auf alle Fälle noch nicht bestandskräftiger Kindergeldfestsetzung anzuwenden (§ 52 Abs. 61a Satz 2 idF des Ges. v. 13.12.2006; zur Verfassungsmäßigkeit s. BFH v. 22.11.2007 – III R 54/02, BFH/NV 2008, 457; SCHINDLER, NWB F. 3, 15055). Dies gilt im Gegensatz zu § 20 Abs. 1 BKGG auch dann, wenn die frühere Regelung günstiger wäre.

3

III. Bedeutung des § 62

Die Vorschrift betrifft die Anspruchsberechtigung (Kindergeldberechtigung) und damit den persönlichen Geltungsbereich der Kindergeldvorschriften (s. Vor §§ 62–78 Anm. 14). Weitere Anspruchsvoraussetzungen ergeben sich aus dem Zusammenspiel mit § 63. Dem in § 62 genannten Personenkreis steht das Kindergeld nur für Kinder iSd. § 63 zu.

§ 62 Abs. 1 knüpft bewusst an die Regelung des § 1 über die StPflcht an. Denn das Kindergeld dient nach § 31 Satz 1 der stl. Freistellung eines Einkommensbetrags in Höhe des Existenzminimums einschl. der Bedarfe für Betreuung und Erziehung oder Ausbildung.

Soweit Anspruchsberechtigte nicht in die stl. Regelung des § 62 aufgenommen worden sind, handelt es sich um Gruppen, bei denen ein StSchuldverhältnis nicht gegeben ist, weil sie im Inland weder einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt noch irgendwelche Einkünfte haben (BTDrucks. 13/1558, 160). Ein Kindergeldanspruch kann sich in diesen Fällen aus dem BKGG ergeben (zum Verhältnis konkurrierender Ansprüche nach § 62 und nach § 1 BKGG s. § 63 Anm. 20).

Zur Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit der Kindergeldvorschriften des EStG und zum Verhältnis zu anderen Vorschriften s. Vor §§ 62–78 Anm. 6 f. Zur Verfassungsmäßigkeit des Abs. 2 s. Anm. 13.

B. Erläuterungen zu § 62 Abs. 1: Anspruchsberechtigung bei unbeschränkter und fiktiver unbeschränkter Steuerpflicht

I. Anspruchsberechtigung nach Abs. 1

4

Anspruchsberechtigt ist, wer im Inland einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Abs. 1 Nr. 1) oder nach § 1 Abs. 2 unbeschränkt estpfl. ist (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) oder nach § 1 Abs. 3 als unbeschränkt estpfl. behandelt wird (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b). Die Anspruchsberechtigung besteht nur für die Kalendermonate, in denen die Voraussetzungen erfüllt sind.

Nur für Kinder im Sinne des § 63 besteht ein Anspruch. Das bedeutet, dass anspruchsberechtigt nur Eltern (§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1) oder Personen sind, die zu Kindern in einem elternähnlichen familiären Verhältnis stehen (§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3). Kinder sind grundsätzlich nicht anspruchsberechtigt, weil ihnen neben der stl. Freistellung des Existenzminimums durch den Grundfreibetrag nicht noch eine zusätzliche, demselben Zweck dienende StVergütung gewährt werden soll; zur Abzweigung an Kinder s. § 74 Anm. 9). Kindern, die Vollwaisen sind oder den Aufenthalt der Eltern nicht kennen, kann allerdings ein eigener Anspruch nach § 1 Abs. 2 BKGG zustehen.

Anspruchsberechtigt sind nur natürliche Personen (s. dazu § 1 Anm. 52). Juristische Personen sind nicht anspruchsberechtigt, da mit ihnen ein Kindestverhältnis seinem Wesen nach nicht bestehen kann (zur Abzweigung an juristische Personen s. § 74 Anm. 11).

II. Kindergeldanspruch unbeschränkt Steuerpflichtiger (Abs. 1 Nr. 1)

5

Anspruchsberechtigt ist, wer im Inland einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Außerdem müssen auch die Kinder ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, einem EU-Mitgliedsland oder einem EWR-Staat haben (§ 63 Abs. 1 Satz 3).

§ 62 Abs. 1 Nr. 1 knüpft an § 1 Abs. 1 und damit an das Territorialitätsprinzip an. Diese Anknüpfung verstößt nicht gegen Europarecht (BFH v. 14.11.2008 – III B 17/08, BFH/NV 2009, 380). Da das Kindergeld als StVergütung gewährt wird, gelten wie im Fall des § 1 Abs. 1 Satz 1 die strechtl. Begriffe des Wohnsitzes (§ 8 AO) und des gewöhnlichen Aufenthalts (§ 9 AO).

Der strechtl. Wohnsitzbegriff ist objektiviert. Er stellt auf die tatsächlichen Gegebenheiten ab und knüpft in erster Linie an äußere Merkmale, nicht an subjektive Momente oder Absichten an. Es müssen zum dauerhaften Wohnen geeignete Räumlichkeiten vorhanden sein. Der Stpfl. muss die Wohnung in dem Sinne inne haben, dass er tatsächlich über sie verfügen kann und sie als Bleibe entweder ständig benutzt oder sie doch mit einer gewissen Regelmäßigkeit, wenn auch in größeren Abständen, aufsucht. Melderechtl. Angaben sind unerheblich. Beweisanzeichen für die Beibehaltung und Benutzung der Wohnung iSd. § 8 AO ist die voraussichtliche Nutzungsdauer. Hierzu ist regelmäßig auf die Sechsmonatsfrist des § 9 Satz 2 AO zurückzugreifen. Bei von vornherein auf mehr als ein Jahr angelegten Auslandsaufenthalten reichen kurzzeitige Besuche und sonstige kurzfristige Aufenthalte zu Urlaubs-, Berufs- oder familiären Zwecken, die nicht einem Aufenthalt mit Wohncharakter gleichkommen und daher nicht „zwischenzeitliches Wohnen“ in der bisherigen Wohnung bedeuten, nicht

für eine Aufrechterhaltung des Inlandswohnsitzes aus. Ein nur gelegentliches Verweilen während unregelmäßig aufeinander folgender kurzer Zeiträume erfüllt den Wohnsitzbegriff nicht, insbes. wenn die Räume unentgeltlich von Angehörigen zur Verfügung gestellt werden. Diese Grundsätze gelten gleichermaßen für die Beibehaltung wie für die Begründung eines inländ. Wohnsitzes (s. dazu BFH v. 20.11.2008 – III R 53/05, BFH/NV 2009, 564; v. 12.1.2001 – VI R 64/98, BFH/NV 2001, 1231; v. 23.11.2000 – VI R 107/99, BStBl. II 2001, 294; v. 9.8.1999 – VI B 387/98, BFH/NV 2000, 42). Die Feststellungen des FA zum Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt sind für die Kindergeldfestsetzung nicht bindend (BFH v. 20.11.2008 – III R 53/05, BFH/NV 2009, 564).

Wegen der Einzelheiten s. im Übrigen die Erl. zu § 1 Abs. 1 (§ 1 Anm. 62–70; 74–84; s. auch AEO zu §§ 8, 9 AO; zur unbeschränkten StPflcht der Mitglieder und Beschäftigten der NATO-Streitkräfte, der diplomatischen Vertretungen und der internationalen Organisationen s. Tz. 62.5, 62.6 und 62.7 DAFamESt. aaO). Zur Definition des Inlandsbegriffs s. § 1 Anm. 57.

6 III. Kindergeldanspruch Steuerpflichtiger, die der erweiterten unbeschränkten Steuerpflicht unterliegen (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a)

Anspruch auf Kindergeld hat nach Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a auch, wer, ohne Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, nach § 1 Abs. 2 unbeschränkt estpfl. ist.

§ 1 Abs. 2 regelt die erweiterte unbeschränkt StPflcht der Auslandsbediensteten. Die Vorschrift setzt voraus, dass die natürliche Person

- deutscher Staatsangehöriger ist,
- zu einer inländ. juristischen Person des öffentlichen Rechts in einem Dienstverhältnis steht,
- dafür Arbeitslohn aus einer inländ. öffentlichen Kasse bezieht und
- in dem Wohnsitz- oder Aufenthaltsstaat nur in einem der beschränkten ESt-Pflicht ähnlichen Umfang zu einer Steuer herangezogen wird.

Die erweiterte unbeschränkte StPflcht gilt auch für die zum Haushalt der Auslandsbediensteten gehörenden Angehörigen, wenn sie

- die deutsche Staatsangehörigkeit haben oder
- keine Einkünfte beziehen oder
- nur Einkünfte beziehen, die ausschließlich im Inland estpfl. sind.

Nach Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a haben somit öffentlich Bedienstete, die im Ausland beschäftigt sind und die über keinen inländ. Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt (mehr) verfügen, Anspruch auf Kindergeld nach dem EStG. Zu den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 s. im Einzelnen § 1 Anm. 157 f. und Tz. 62.3.2 DAFamESt. aaO. Der Nachweis, dass die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 vorliegen, kann durch eine Bescheinigung nach § 39c Abs. 3 Satz 3 geführt werden (s. Tz. 62.1. Abs. 3 DAFamESt. aaO).

Da § 1 Abs. 2 nur Bedienstete von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, also öffentlich Bedienstete, erfasst, sind ArbN, die von einem Privatunternehmer ins Ausland geschickt werden, nicht anspruchsberechtigt (FG Düss. v. 23.4.1998, EFG 1998, 1069, rkr., betr. einen in Japan lebenden ArbN eines öffentlich finanzierten privatrechtl. Vereins; FG Düss. v. 23.4.1998, EFG 1998, 1015, rkr.: Stipendium kein Dienstverhältnis; FG Düss. v. 28.4.1999, EFG

1999, 716, rkr., betr. Auslandslehrer ohne Dienstverhältnis bei Beurlaubung). Für sie gilt das BKGG ebenso wie für Selbständige. Zu den verfassungsrechtl. Bedenken im Rahmen des § 1 Abs. 2 s. § 1 Anm. 150.

IV. Kindergeldanspruch beschränkt Steuerpflichtiger iSd. § 1 Abs. 3 7 (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b)

Anspruch auf Kindergeld hat nach Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b ferner, wer, ohne im Inland einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt zu haben, nach § 1 Abs. 3 als unbeschränkt estpfl. behandelt wird. § 1 Abs. 3 idF des JStG 1996 regelt mit Wirkung seit VZ 1996 die erweiterte unbeschränkte StPfl. von im Ausland wohnenden, im Inland arbeitenden Personen (sog. Grenzpendler). Nach § 1 Abs. 3 werden auf Antrag Personen ohne inländ. Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt als unbeschränkt estpfl. behandelt, wenn

- sie Einkünfte iSd. § 49 beziehen und
- ihre Einkünfte im Kj. mindestens zu 90 % der deutschen ESt. unterliegen oder die nicht der deutschen ESt. unterliegenden Einkünfte den Grundfreibetrag nach § 32a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 nicht übersteigen.

Kürzungen dieser Beträge kommen in Betracht, wenn das nach den Verhältnissen im Wohnsitzstaat des Stpfl. notwendig und angemessen ist (zu den Einzelheiten s. WATERKAMP-FAUPEL, FR 1995, 766; § 1 Anm. 230 ff.).

Da Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b voraussetzt, dass der Anspruchsteller als unbeschränkt estpfl. behandelt „wird“, und die Behandlung nach § 1 Abs. 3 einen Antrag an das FA voraussetzt, hängt die Kindergeldberechtigung davon ab, dass zunächst dem Antrag auf Besteuerung nach § 1 Abs. 3 stattgegeben worden sein muss (ebenso SEEWALD/FELIX, § 62 EStG Rn. 86, 93; HILDESHEIM in *B/B*, § 62 Rn. 56; evtl. aA BFH v. 20.11.2008 – III R 53/05, BFH/NV 2009, 564; zum Antrag s. § 1 Anm. 255; s. auch Tz. 62.3.3 DAFamESt. aaO). Der Nachweis, dass die Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 vorliegen, kann für ArbN durch eine Bescheinigung nach § 39c Abs. 4 Satz 2 und im Übrigen durch den StBescheid, mit dem das FA über die unbeschränkte StPfl. nach § 1 Abs. 3 entschieden hat, geführt werden (s. Tz. 62.1. Abs. 3 DAFamESt. aaO).

Einstweilen frei.

8–9

C. Erläuterungen zu § 62 Abs. 2: Sondervorschriften für Ausländer

I. Vorbemerkung zu den Sondervorschriften für Ausländer

10

Abs. 2 enthält eine Sonderregelung für nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer. Die Vorschrift entspricht § 1 Abs. 3 BKGG idF des AusAnsprG (zur Entwicklung der Kindergeldberechtigung von Ausländern s. SEEWALD/FELIX, § 62 EStG Rn. 95–109a).

Da Abs. 1 das Territorialitätsprinzip zugrunde liegt, ist die Staatsangehörigkeit für die Anspruchsberechtigung unmaßgeblich (BFH v. 16.9.2005 – III S 2/05, BFH/NV 2006, 120). Entscheidend ist nur der Wohnsitz oder gewöhnliche Aufenthalt im Inland. Diesen Grundsatz schränkt Abs. 2 für nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer erheblich ein. Diese müssen nicht nur die Anspruchsvoraussetzungen nach Abs. 1 erfüllen, sondern darüber hinaus im Besitz

einer Niederlassungserlaubnis (Abs. 2 Nr. 1) oder einer Aufenthaltserlaubnis mit Berechtigung zur Erwerbstätigkeit (Abs. 2 Nr. 2) sein. In den Fällen des Anspruchsausschlusses bei Aufenthaltserlaubnissen nach Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c (Krieg im Heimatland, Härtefall, vorübergehender Schutz, humanitäre Gründe) eröffnet Abs. 2 Nr. 3 ausnahmsweise die Kindergeldberechtigung, wenn der nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und im Anspruchszeitraum im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem SGB III bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt.

II. Einschränkung des Anspruchs nach Abs. 1 für nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer (Abs. 2 Einleitungssatz)

11 1. Begriff der Freizügigkeitsberechtigung

Die Einschränkungen des Abs. 2 gelten nicht für freizügigkeitsberechtigte Ausländer. Sie erhalten Kindergeld nach Abs. 1. Wer freizügigkeitsberechtigt ist, bestimmt sich nach dem als Art. 2 des ZuwanderungsG beschlossenen Ges. über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU) v. 30.7.2004 (BGBl I 2004, 1950) und nach Abkommensrecht. Danach sind freizügigkeitsberechtigt:

Unionsbürger: Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten der EU (Unionsbürger) und deren Familienangehörige haben unter den Voraussetzungen der §§ 2 ff. FreizügG/EU das Recht auf Einreise und Aufenthalt. Unionsbürger benötigen keinen Aufenthaltstitel (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthaltsgG iVm. § 2 Abs. 1, Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU).

Für Personen, die in einem Mitgliedstaat der EU wohnen und in einem anderen Mitgliedstaat arbeiten, wird durch Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (VO) v. 14.6.1971 (ABl. EG 1971 Nr. L 149/1) und Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 (DVO) v. 21.2.1972 (ABl. EG 1972 Nr. L 74/1) geregelt, nach welchem Recht sich die Ansprüche auf Leistungen im Bereich der sozialen Sicherheit richten. Vom sachlichen Geltungsbereich der VO werden ua. Familienleistungen erfasst (Art. 4 Abs. 1 Buchst. h VO). Hierunter fällt auch das stl. Kindergeld (BVerfG v. 8.6.2004 – 2 BvL 5/00, BGBl. I 2004, 2570).

Art. 13 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. a und Buchst. b VO sehen zwar grds. vor, dass ArbN und Selbständige nur dem Recht des Staats unterliegen, in dem sie beschäftigt bzw. tätig sind. Hingegen unterliegen Beamte und ihnen gleichgestellte Personen dem Recht des Staats, in dessen Behörde sie beschäftigt sind (Art. 13 Abs. 2 Buchst. d VO). Auch kann durch eine auf Art. 17 VO gestützte Vereinbarung die ausschließliche Anwendbarkeit des Rechts des Heimatlandes bestimmt werden. Dann ist aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts ein Anspruchsausschluss trotz Inlandswohnsitzes des Unionsbürgers möglich (BFH v. 13.8.2002 – VIII R 97/01, BStBl. II 2002, 869 betr. vom griechischen Staat besoldete Beamtin, die als Lehrerin im Inland tätig ist; BFH v. 13.8.2002 – VIII R 70/99, BFH/NV 2003, 29 betr. in Deutschland als Angestellter tätiger Grieche bei Vereinbarung der Befreiung von der Sozialversicherungspflicht in Deutschland und der Geltung griechischer Rechtsvorschriften). Zu den Konkurrenzregelungen s. im Einzelnen § 65 Anm. 8.

Staatsangehörige der EWR-Staaten: Die Regeln des FreizügG/EU gelten nach dessen § 12 auch für die Staatsangehörigen der EWR-Staaten und ihre Familienangehörigen. EWR-Staaten sind neben den EU-Mitgliedsstaaten die Staa-

ten Norwegen, Island und Liechtenstein. Auch für Staatsangehörige der EWR-Staaten gelten die Einschränkungen der VO und der DVO.

Staatsangehörige der Schweiz: Nach dem Abkommen zwischen der EG und der Schweiz über die Freizügigkeit v. 21.6.1999 (Ges. v. 2.9.2001, BGBl II 2001, 810 ff.) haben seit dem Inkrafttreten am 1.6.2002 (BGBl. II 2002, 1692) auch die Staatsangehörigen der Vertragsparteien und deren Familienangehörige nach Maßgabe des Abkommens das Recht auf Einreise und Aufenthalt. Über das Abkommen gelten auch im Verhältnis zwischen Deutschland und der Schweiz die VO und die DVO (s. hierzu BFH v. 24.3.2006 – III R 41/05, BStBl. II 2008, 369). Das Deutsch-Schweizerische Sozialabkommen v. 25.2.1964 idF des Zusatzabkommens v. 2.3.1989 (BGBl. II 1989, 892) gilt noch insoweit fort, als es günstigere Regelungen enthält.

2. Begriff des Ausländers

12

Wer Ausländer ist, ergibt sich aus dem als Art. 1 des ZuwanderungsG beschlossenen Ges. über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (AufenthG) v. 30.7.2004 (BGBl. I 2004, 1950), neu gefasst durch Ges. v. 25.2.2008 (BGBl. I 2008, 163). Nach § 2 Abs. 1 AufenthG ist Ausländer jeder, der nicht Deutscher iSd. Art. 116 Abs. 1 GG ist.

Vertriebene und Spätaussiedler sind Deutsche und bedürfen zur Begründung eines Wohnsitzes oder ihres gewöhnlichen Aufenthalts im Inland keines Aufenthaltstitels. Die Anerkennung als Vertriebener oder Spätaussiedler richtet sich nach dem BVertriebG. Die Spätaussiedlereigenschaft wird durch eine Bescheinigung nach § 15 Abs. 1 BVertriebG nachgewiesen; Familienkasse und FG sind an die (nicht vorläufige) Statusentscheidung der zuständigen Behörde tatbestandlich gebunden (s. im Einzelnen Tz. 62.2.1 DAFamESt. aaO; BFH v. 17.4.2008 – III R 16/05, BFH/NV 2008, 1576; Thür. FG v. 19.1.2000, EFG 2000, 573, rkr.; FG München v. 10.11.2008, EFG 2009, 263, nrkr., Az. NZB BFH III B 244/08; HILDESHEIM, DStZ 2000, 25).

Flüchtlinge sind nach dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge v. 28.7.1951 (Genfer Konvention, verkündet mit Ges. v. 1.9.1953, BGBl. II 1953, 559) Deutschen zwar in Teilbereichen (ua. bei Sozialleistungen und Steuern) gleichzustellen. Ein unmittelbarer Anspruch auf Kindergeld ergibt sich aber weder aus Art. 24 Abs. 1 Buchst. b (i) (ii) Genfer Konvention, da das Kindergeld ausschließlich aus öffentlichen Mitteln bestritten wird. Noch ergibt er sich aus Art. 29 Genfer Konvention, da die stl. Gleichstellung durch Anwendung der Freibeträge nach § 32 Abs. 6 EStG bewirkt wird. Auch bei Flüchtlingen müssen daher die Voraussetzungen des Abs. 2 vorliegen (BFH v. 25.10.2007 – III R 90/03, BFH/NV 2008, 286). Dh., der Flüchtling muss eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 iVm. Abs. 1 AufenthG besitzen oder den Tatbestand des Abs. 2 Nr. 3 erfüllen (s. auch Tz. 62.4.1 Abs. 1, Tz. 62.4.2 DAFamESt. aaO).

Asylberechtigte genießen nach § 2 Abs. 1 AsylverfahrensG im Bundesgebiet die Rechtsstellung nach der Genfer Konvention. Auch sie müssen daher die Voraussetzungen des Abs. 2 erfüllen und eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 AufenthG besitzen oder den Tatbestand des Abs. 2 Nr. 3 erfüllen (s. auch Anm. 19).

Staatenlose sind nach dem Übereinkommen v. 28.9.1954 über die Rechtsstellung der Staatenlosen (StlÜbk, verkündet mit Ges. v. 12.4.1976, BGBl. II 1976, 473) Deutschen zwar ebenfalls in Teilbereichen gleichzustellen. Art. 24 Abs. 1 Buchst. b (i) (ii) und Art. 29 StlÜbk stimmen jedoch wortgleich mit den Bestim-

mungen der Genfer Konvention überein. Wie bei Flüchtlingen findet daher Abs. 2 Anwendung (BFH v. 22.11.2007 – III R 60/99, BFH/NV 2008, 846; Anm. GREITE, HFR 2008, 253).

Ausländer aus Staaten mit Sozialabkommen: Zwischenstaatliche Sozialabkommen, die Regelungen zum Kindergeld enthalten, hat Deutschland mit den Staaten, für die das deutsch-jugoslawische Abkommen noch fort gilt (Bosnien und Herzegowina, Kosovo, Montenegro, Serbien; Mazedonien bis 1.1.2005, Slowenien bis 1.9.1999, Kroatien bis 1.12.1998, insoweit jeweils nur für Altfälle, da die Nachfolgeabkommen das Kindergeld nicht einbeziehen), sowie mit Marokko, Tunesien und der Türkei geschlossen (sog. Vertragsstaaten; s. Abdruck bei HELMKE/BAUER, Fach D II). Die Verweisung auf die Vorschriften über Kindergeld erstreckt sich auch auf das stl. Kindergeld (Nds. FG v. 26.11.2002, EFG 2003, 786; nachgehend BFH v. 21.2.2008 – III R 79/03, BFH/NV 2008, 1036). Anspruchsberechtigt sind hiernach aber nur ArbN iSd. jeweiligen Abkommens (BFH v. 15.3.2007 – III R 93/03, BFH/NV 2007, 1234; kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz). Dies sind im Wesentlichen Personen, die in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis stehen, Kurzarbeitergeld, Arbeitslosengeld I oder Geldleistungen der Krankenversicherung wegen vorübergehender Arbeitsunfähigkeit erhalten (s. hierzu BFH v. 15.3.2007 – III R 93/03, BFH/NV 2007, 1234; v. 21.2.2008 – III R 79/03, BFH/NV 2008, 1036 zur geringfügigen Beschäftigung; v. 8.10.2001 – VI B 138/01, BStBl. II 2002, 480 zur Arbeitslosenhilfe). Für diese ArbN gilt Abs. 2 wegen abkommensrechtl. vereinbarter Inländergleichstellung nicht (wohl auch BFH v. 21.2.2008 – III R 79/03, BFH/NV 2008, 1036; ebenso für § 1 Abs. 3 BKGG aF BSG v. 12.4.2000 – B 14 KG 3/99 R, BSGE 86, 115; ebenso Tz. 62.4.3 Abs. 2 DAFamESt. aaO). Für im jeweiligen Heimatland lebende Kinder sehen die Sozialabkommen abweichende Kindergeldsätze vor (s. hierzu § 66 Anm. 11, sog. Abkommenskindergeld).

Überstaatliche Abkommen zwischen der EU und Drittstaaten können ebenfalls Abweichungen von Abs. 2 enthalten. Nach dem auf der Grundlage des Abkommens zur Gründung einer Assoziation zwischen der EWG und der Türkei v. 12.9.1963 gefassten Assoziationsratsbeschluss EWG/Türkei Nr. 3/80 v. 19.9.1980 (Abl. EG C 110 v. 25.4.1983, 1 [60]; s. auch Abdruck bei HELMKE/BAUER, Fach D III 3) darf der Kindergeldanspruch für türkische ArbN nicht von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig gemacht werden, die für Deutsche nicht gelten (s. zum ArbNBegriff EuGH v. 4.5.1999 – Rs. C 262/96, EuGHE 1999, I-2685 „Sürül“; BFH v. 15.3.2007 – III R 93/03, BFH/NV 2007, 1234). Nach dem Vorläufigen Europäischen Abkommen v. 11.12.1953 (BGBl. II 1956, 507) haben türkische Staatsangehörige sowie anerkannte Flüchtlinge aus Drittstaaten unter denselben Bedingungen wie Inländer Anspruch auf Familienbeihilfen, wenn sie seit wenigstens sechs Monaten im Inland wohnen (s. hierzu Tz. 62.4.3 Abs. 3 DAFamESt. aaO; zum Begriff des Wohnens bei Unterbringung in einem Übergangsheim FG Düss. v. 31.7.2008, EFG 2009, 135, nrkr., Rev. Az. BFH III R 75/08). Ein Benachteiligungsverbot für in den EU-Mitgliedstaaten beschäftigte ArbN und deren Angehörige auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit enthalten auch Art. 39 des Kooperationsabkommens EWG/Algerien (Abl. EG L 263 v. 27.9.1978, 2), Art. 65 des Europa-Mittelmeer-Abkommens EG/Tunesien (Abl. EG L 97 v. 30.3.1998, 2), und Art. 65 des Europa-Mittelmeer-Abkommens EG/Marokko (BGBl. II 1998, 1810).

Ausländische Organisationen:

- ▶ *Nichtdeutsche Mitglieder der Nato-Streitkräfte* begründen im Inland grundsätzlich keinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt und sind deshalb nicht kindergeldberechtigt. Etwas Anderes gilt nur, wenn der Betroffene nach § 1 Abs. 1 unbeschränkt estpfl. ist oder nach § 1 Abs. 3 als unbeschränkt estpfl. zu behandeln ist (s. auch Tz. 62.5 DAFamESt. aaO; HILDESHEIM, DStZ 2000, 25).
- ▶ *Mitglieder und Beschäftigte diplomatischer Missionen sowie konsularischer Vertretungen* und deren Angehörige haben grundsätzlich keinen Anspruch auf Kindergeld. Etwas Anderes gilt nur, wenn die Personen im Inland ständig ansässig sind. Als im Inland ansässig gelten nur Personen, die hier bereits einen Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt hatten, bevor die Tätigkeit für die diplomatische Mission bzw. konsularische Vertretung aufgenommen wurde (s. auch Tz. 62.6 DAFamESt. aaO; HILDESHEIM, DStZ 2000, 25; zum Kindergeldanspruch von Ortskräften, die im Besitz eines „gelben Ausweises“ sind, s. Anm. 16).
- ▶ *Bedienstete internationaler Organisationen* (zB UN, WHO, OECD) können kindergeldberechtigt sein, wenn sie im Inland einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben und die Voraussetzungen des Abs. 2 erfüllen (s. auch Tz. 62.7 DAFamESt. aaO; HILDESHEIM, DStZ 2000, 25).

III. Besitz eines Aufenthaltstitels (Abs. 2 Nr. 1–3)**1. Aufenthaltstitel nach dem AufenthG**

13

Mit Inkrafttreten des AufenthG am 1.1.2005 trat das AuslG außer Kraft. Die bis dahin geltende Anknüpfung des Abs. 2 an bestimmte Aufenthaltstitel des AuslG (Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis) wurde deshalb zeitgleich an die neuen Aufenthaltstitel des AufenthG angepasst. Da aber BVerfG v. 6.7.2004 – 1 BvL 4-6/97 (BVerfGE 111, 160) die dem Abs. 2 aF entsprechende Bestimmung des § 1 Abs. 3 BKG aF für verfassungswidrig hielt, erfolgte ab dem VZ 2006 und für alle noch nicht bestandskräftigen Fälle eine erneute Änderung. Das BVerfG beanstandete zwar nicht das gesetzgeberische Ziel, Kindergeld nur solchen Ausländern zu gewähren, von denen zu erwarten ist, dass sie auf Dauer in Deutschland bleiben. Die gesetzliche Anknüpfung an die Art des Aufenthaltstitels hielt es jedoch nicht für hinreichend geeignet, dieses Regelungsziel zu erreichen. Abs. 2 enthält daher neue Kriterien für die Prognose, ob ein Aufenthalt in Deutschland voraussichtlich von Dauer oder nur vorübergehender Natur ist. Von voraussichtlich dauerhaftem Aufenthalt wird ausgegangen, wenn ein unbefristeter Aufenthaltstitel (Niederlassungserlaubnis) vorliegt. Aber auch ein befristeter Aufenthaltstitel (Aufenthaltsbescheinigung) kann ausreichen. Dieser darf jedoch von seinem Zweck her nicht erkennbar so begrenzt sein, dass eine Verlängerung nicht absehbar oder ausgeschlossen ist (wie zB bei Aufenthalt zu Ausbildungszwecken). Zudem muss die Zulässigkeit einer Erwerbstätigkeit auf einen dauernden Verbleib in Deutschland hindeuten (BT/DrS. 16/1368, 8 ff.).

- ▶ *Die Neuregelung ist verfassungsgemäß.* Die bloße fortdauernde Duldung lässt noch keinen hinreichenden Schluss auf einen dauerhaften Aufenthalt in der Bundesrepublik zu. Es ist daher sachlich gerechtfertigt, dass der Gesetzgeber die Prognoseentscheidung über den voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt vom Vorliegen weiterer geeigneter Integrationsindizien (insbes. der Berechtigung zur Erwerbstätigkeit) abhängig macht (BFH v. 15.3.2007 – III R 93/03, BFH/NV 2007, 1234, mit Anm. GRETE, FR 2008, 147; v. 22.11.2007 – III R 54/02, BFH/

NV 2008, 457; aA Vorlagebeschl. FG Köln v. 9.5.2007, EFG 2007, 1247, Az. BVerfG 2 BvL 4/07; SCHINDLER, NWB F. 3, 15055).

Die Fortgeltung vor dem 1.1.2005 erteilter Aufenthaltstitel regelt § 101 AufenthG (s. auch BFH v. 15.3.2007 – III R 93/03, BFH/NV 2007, 1234). Aufenthaltsberechtigung und unbefristete Aufenthaltserlaubnis gelten fort als Niederlassungserlaubnis. Die übrigen Aufenthaltsgenehmigungen gelten fort als Aufenthaltserlaubnisse entsprechend dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Aufenthaltswitz und Sachverhalt. Die Fortgeltung von Arbeitsgenehmigungen regelt § 105 AufenthG.

14 2. Besitz

Ein Ausländer „besitzt“ nur und erst dann eine für den Kindergeldanspruch erforderliche Niederlassungserlaubnis oder Aufenthaltserlaubnis, wenn er einen dieser Aufenthaltstitel tatsächlich in Händen hält, ihm also das Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik durch entsprechenden Verwaltungsakt mit Wirkung für die Bezugszeit des Kindergeldes zugebilligt worden ist (BFH v. 1.12.1997 – VI B 147/97, BFH/NV 1998, 696; aA FG Ba.-Württ. v. 22.3.2005, EFG 2005, 980, rkr.). Der rückwirkende Geltungsbeginn ist ebenso unbeachtlich wie die rückwirkende Entziehung (zum Fall des rechtzeitig gestellten Verlängerungsantrags s. aber Tz. 62.4.1. Abs. 2 DAFamESt. aaO). Die Anfechtung der Rücknahme oder des Widerrufs des Aufenthaltstitels beseitigt die Wirksamkeit des Verwaltungsakts für das Kindergeldverfahren nicht. Bei befristeten Aufenthaltstiteln endet die Anspruchsberechtigung mit Ablauf des Monats, in dem die Frist abläuft. Die Entscheidung der Ausländerbehörde erzeugt eine tatbestandliche Bindungswirkung für das Kindergeldverfahren. Eine eigenständige Prüfung der ausländerrechtl. Voraussetzungen eines Aufenthaltstitels findet nicht statt (s. auch BFH v. 20.2.1998 – VI B 205/97, BFH/NV 1998, 963).

15 IV. Niederlassungserlaubnis (Abs. 2 Nr. 1)

Die Niederlassungserlaubnis ist nach § 9 Abs. 1 AufenthG ein unbefristeter Aufenthaltstitel, der zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt. Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis besteht unter den Voraussetzungen des § 9 Abs. 2–4 AufenthG. Weitere Tatbestände der Niederlassungserlaubnis enthält das AufenthG in § 19 (Hochqualifizierte), § 21 Abs. 4 Satz 2 (Erfolgreiche selbständige Tätigkeit), § 23 Abs. 2 (Aufnahme bei besonders gelagerten politischen Interessen), § 26 Abs. 3, Abs. 4 (länger dauernder Besitz einer Aufenthaltserlaubnis), § 28 Abs. 2 (Familiennachzug zu Deutschen), § 38 Abs. 1 Nr. 1 (ehemalige Deutsche), § 31 Abs. 3 (eigenständiges Aufenthaltsrecht des Ehegatten), § 35 Abs. 1 (eigenständiges Aufenthaltsrecht der Kinder). Die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG nach § 9a AufenthG ist der Niederlassungserlaubnis gleichzustellen, da sie ebenfalls ein unbefristeter Aufenthaltstitel ist, der zur Erwerbstätigkeit berechtigt.

16 V. Zur Erwerbstätigkeit berechtigende Aufenthaltserlaubnis (Abs. 2 Nr. 2)

Aufenthaltserlaubnis: Nach § 7 Abs. 1 AufenthG ist die Aufenthaltserlaubnis ein befristeter Aufenthaltstitel. Sie wird zu den im AufenthG genannten Aufent-

haltszwecken oder in begründeten Fällen auch zu dort nicht genannten Zwecken erteilt. Die Befristung erfolgt unter Berücksichtigung des Aufenthaltszwecks (§ 7 Abs. 2 AufenthG).

Eine Aufenthaltserlaubnis kann erteilt werden zum Zweck der Ausbildung (§§ 16, 17 AufenthG), zum Zweck der Erwerbstätigkeit (§§ 18–20 AufenthG), aus völkerrechtl., humanitären oder politischen Gründen (§§ 22–26 AufenthG), aus familiären Gründen (§§ 27–36 AufenthG) und aus besonderen Aufenthaltsgründen (§§ 37–§ 38a AufenthG).

Berechtigung zur Erwerbstätigkeit: Erwerbstätigkeit ist nach § 2 Abs. 2 AufenthG die selbständige Tätigkeit und die nichtselbständige Beschäftigung iSd. § 7 SGB IV. Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt nach § 4 Abs. 2 Satz 1 AufenthG zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, sofern dies nach dem AufenthG allgemein bestimmt ist (insbes. §§ 18, 18a, 20 Abs. 1, Abs. 5 Satz 2, §§ 21, 22 Satz 2, 24 Abs. 6 Satz 1, § 25 Abs. 1, Abs. 2, §§ 28, 29 Abs. 5, §§ 31, 37, 38, 38a Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 3 AufenthG) oder die Aufenthaltserlaubnis es im Einzelfall erlaubt. Jede Aufenthaltserlaubnis muss erkennen lassen, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt ist (§ 4 Abs. 2 Satz 2 AufenthG). Eine Berechtigung zur Erwerbstätigkeit iSd Abs. 2 Nr. 2 liegt auch vor, wenn sie mit Beschränkungen (zB nur einfache nichtselbständige Arbeiten) erteilt wurde (Nds. FG v. 9.7.2007, EFG 2007, 1787, rkr.).

Bei allgemein zur Erwerbstätigkeit berechtigender Aufenthaltserlaubnis besteht die Anspruchsberechtigung ab dem Zeitpunkt der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis, bei Einzelfallerlaubnis ab dem Zeitpunkt, zu dem die ausländerrechtl. Zustimmung zur Erwerbstätigkeit erfolgt. Es reicht aus, dass die Aufenthaltserlaubnis zur Erwerbstätigkeit „berechtigt hat“. Daher bleibt die Anspruchsberechtigung insbes. auch dann bestehen, wenn die Bundesagentur für Arbeit die Zustimmung zur Ausländerbeschäftigung auf einen bestimmten Betrieb beschränkt hat (§ 39 Abs. 4 AufenthG) und dieses Arbeitsverhältnis beendet wird.

Analoge Anwendung findet Abs. 2 Nr. 2 auf ausländ. Staatsangehörige, die vor dem 1.4.1999 eine Tätigkeit als Mitglied des Verwaltungs- und technischen Personals oder des dienstlichen Hauspersonals einer Botschaft aufgenommen haben und nicht im Besitz eines ausländerrechtl. Aufenthaltstitels sind. Diese haben Anspruch auf Kindergeld, wenn sie einen vom Auswärtigen Amt ausgestellten „gelben Ausweis“ besitzen und hinsichtlich der Sozialversicherung sowie der EStPflcht als ständig ansässig behandelt worden sind (BFH v. 25.7.2007 – III R 55/02, BStBl. II 2008, 758; v. 25.7.2007 – III R 81/03, BFH/NV 2008, 196).

VI. Ausnahmen bei Aufenthaltserlaubnis zu vorübergehendem Zweck (Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a–c)

17

Keine Anspruchsberechtigung besteht, wenn die zur Erwerbstätigkeit berechtigende Aufenthaltserlaubnis von ihrem Zweck her erkennbar nur zu einem vorübergehenden Aufenthalt berechtigt. Davon geht das Ges. in den Fällen des Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a–c aus.

Buchst. a: Aufenthaltserlaubnis nach § 16 AufenthG (Studium, Studienbewerbung, Sprachkurs, Schule) und § 17 AufenthG (betriebliche Aus- und Weiterbildung)

Buchst. b: Nach § 18 Abs. 2 AufenthG kann eine Aufenthaltserlaubnis u.a. dann erteilt werden, wenn die Bundesagentur nach § 39 AufenthG zugestimmt hat. Nähere Voraussetzungen der Zustimmung ergeben sich aus der gem. § 42 AufenthG ergangenen Beschäftigungsverordnung (BeschV) v. 22.11.2004 (BGBl. I 2004, 2937). Danach kann in bestimmten Fällen die Zustimmung zu einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Beschäftigung nur unter der Beschränkung auf einen Höchstzeitraum erteilt werden (zB Saisonarbeitskräfte, Schaustellergehilfen, Au-Pair-Beschäftigte, Sprachlehrer, Spezialitätenköche, längerfristig entsandte Arbeitnehmer, Werkvertragsarbeitnehmer).

Buchst. c: Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG (Krieg im Heimatland), § 23a AufenthG (Härtefall), § 24 AufenthG (zum vorübergehenden Schutz), § 25 Abs. 3–5 AufenthG (humanitäre Gründe).

VII. Rückausnahme zu Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c (Abs. 2 Nr. 3)

18 1. Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c (Abs. 2 Nr. 3 Einleitungssatz)

In den in Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c genannten Fällen einer Aufenthaltserlaubnis aus völkerrechtl., humanitären oder politischen Gründen besteht ausnahmsweise dann eine Anspruchsberechtigung, wenn die Dauer des Aufenthalts und Anzeichen für eine gewisse Integration in das Erwerbsleben die Prognose eines voraussichtlich dauerhaften Aufenthalts zulassen (BT/Drs. 16/2940, 10 f.). Voraussetzung ist, dass der Anspruchsteller eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1, § 23a AufenthG, § 24 oder § 25 Abs. 3–5 AufenthG besitzt und zusätzlich die Voraussetzungen Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a und b erfüllt.

19 2. Rechtmäßiger, gestatteter oder geduldeter Aufenthalt im Bundesgebiet seit mindestens drei Jahren (Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a)

Der Aufenthalt muss im Bundesgebiet stattgefunden haben. Das Fristerfordernis setzt einen mindestens dreijährigen, zusammenhängenden Aufenthalt voraus.

Rechtmäßig ist der Aufenthalt, wenn für die Einreise und den Aufenthalt im Bundesgebiet ein Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 1 AufenthG (insbes. genügt auch ein Visum) vorliegt, sofern nicht durch Recht der EU oder durch RechtsVO etwas anderes bestimmt ist oder auf Grund des Assoziationsabkommens EWG/Türkei v. 12.9.1963 (BGBl. II 1964, 509) ein Aufenthaltsrecht besteht.

Gestattet ist der Aufenthalt nach § 55 Abs. 1 AsylverfahrensG einem Ausländer, der um Asyl nachsucht, zur Durchführung des Asylverfahrens. Im Fall der unerlaubten Einreise aus einem sicheren Drittstaat (§ 26a AsylverfahrensG) erwirbt der Ausländer die Aufenthaltsgestattung mit der Stellung eines Asylantrags.

Geduldet ist der Aufenthalt nach § 60a AufenthG bei vorübergehender Aussetzung der Abschiebung. Dies kann insbes. auf einem von der obersten Landesbehörde für bestimmte Ausländergruppen angeordneten Abschiebestopp oder auf individuellen Duldungsgründen beruhen. Ein Aufenthalt aufgrund einer Duldung berechtigt für sich – ohne Erfüllung der weiteren Voraussetzungen des Abs. 2 Nr. 3 – nicht zum Bezug von Kindergeld, da bei rechtstreuem Verhalten nach Wegfall des Duldungsgrunds mit einer Ausreise gerechnet werden kann (BFH v. 15.3.2007 – III R 93/03, BFH/NV 2007, 1234; v. 22.11.2007 – III R

54/02, BFH/NV 2008, 457, der hierin auch keinen Widerspruch zu EuGMR v. 25.10.2005 – 59140/00 [Okpisz], BFH/NV 2006, Beilage 3, 357, erkennt; s. auch Anm. SELDER, HFR 2008, 355; aA Vorlagebeschl. FG Köln v. 9.5.2007, EFG 2007, 1247, Az. BVerfG 2 BvL 4/07). Eine von der Ausländerbehörde erteilte Grenzübertrittsbescheinigung erfüllt nicht die Voraussetzungen einer Duldung (FG München v. 4.6.2008, EFG 2008, 1978, rkr.).

3. Berechtigte Erwerbstätigkeit, Bezug laufender Geldleistungen nach dem SGB III oder Inanspruchnahme von Elternzeit (Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b)

20

Eine der alternativen Voraussetzungen muss innerhalb des Bundesgebiets erfüllt werden. Der Kindergeldanspruch besteht nur solange fort, wie die berechtigte Erwerbstätigkeit andauert oder einer der anderen Tatbestände des Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b vorliegt (s. auch Tz. 62.4.1 Abs. 1 Satz 19 ff. DAFamESt. aaO).

Berechtigt erwerbstätig ist, wer eine selbständige Tätigkeit oder nichtselbständige Beschäftigung iSd. § 2 Abs. 2 AufenthG iVm. § 7 SGB IV ausübt, die durch Rechtsvorschrift allgemein zugelassen ist oder ihm im Einzelfall erlaubt wurde (vgl. hierzu Anm. 16; Asylbewerbern kann nach § 61 Abs. 2 AsylverfahrensG eine Beschäftigung erlaubt werden). Eine Mindestdauer und einen Mindestumfang der Erwerbstätigkeit sieht das Ges. ebenso wenig vor, wie ein Mindesteinkommen. Die Regelung ist hinreichend bestimmt (BFH v. 22.11.2007 – III R 60/99, BFH/NV 2008, 846; aA Vorlagebeschl. FG Köln v. 9.5.2007, EFG 2007, 1247, Az. BVerfG 2 BvL 4/07). Ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis genügt (FG Düss. v. 29.5.2007, EFG 2007, 1452, rkr.). Anders als nach Abs. 2 Nr. 2 reicht eine frühere berechtigte Erwerbstätigkeit nicht aus.

Laufende Geldleistungen nach dem SGB III bezieht, wer iSd. § 3 Abs. 1 SGB III insbes. Berufsausbildungsbeihilfe (§§ 59 ff. SGB III), berufliche Weiterbildungskosten (§§ 77 ff. SGB III), Ausbildungsgeld (§§ 104 ff. SGB III), Arbeitslosengeld (§§ 117 ff. SGB III) oder Übergangsgeld (§§ 160 ff. SGB III) erhält. Der Begriff der laufenden Geldleistungen bestimmt sich nach den ab Inkrafttreten des AuslAnsprG geltenden Fassungen des SGB III. Daher ist auch in Fällen der rückwirkenden Anwendung des Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b nicht auf das SGB III in der bis 31.12.2004 geltenden Fassung abzustellen, das etwa noch die Arbeitslosenhilfe mit einbezog. Die frühere Arbeitslosenhilfe ist vergleichbar dem heutigen Arbeitslosengeld II nach §§ 19 ff. SGB II und erfüllt die gesetzlichen Voraussetzungen daher nicht (FG Münster v. 24.4.2007, EFG 2007, 1700, rkr.; FG Düss. v. 20.3.2007, EFG 2007, 1531, rkr.). Dagegen entspricht das frühere Unterhaltsgeld dem Arbeitslosengeld bei beruflicher Weiterbildung iSd. §§ 116 Nr. 1, 124a SGB III und stellt daher eine laufende Geldleistung nach dem SGB III dar.

Elternzeit nimmt in Anspruch, wer als ArbN, zur Berufsbildung oder in Heimarbeit Beschäftigter nach Maßgabe der §§ 15 ff. des Bundeselterngeld- und ElternzeitG v. 5.12.2006 (BGBl. I 2006, 2748) wegen Betreuung und Erziehung eines in seinem Haushalt lebenden Kindes seine Arbeitszeit verringert bzw. die Tätigkeit unterbricht. Der Nachweis kann durch eine ArbG-Bescheinigung geführt werden. Der Bezug von Elterngeld ist nicht erforderlich.

