

NIEDERSÄCHSISCHES FINANZGERICHT



BESCHLUSS

7 K 113/13

In dem Rechtsstreit

des Herrn

Kläger,

Proz.-Bev.: Lerche | Schröder | Fahlbusch Anwaltskanzlei, Blumenauer Str. 1,
30449 Hannover, - 2004/00528-pe/F -

gegen

Bundesagentur für Arbeit Familienkasse Niedersachsen-Bremen, Brühlstr. 4,
30169 Hannover, - 524-9342-K355/06 -

Beklagte,

wegen Kindergeld für
Dezember 2005

Januar 2000 bis einschließlich

hat das Niedersächsische Finanzgericht - 7. Senat - aufgrund mündlicher Verhandlung
vom 19. August 2013 durch

die Vorsitzende Richterin am Finanzgericht
den Richter am Finanzgericht
den Richter am Finanzgericht
den ehrenamtlichen Richter
den ehrenamtlichen Richter

Gascard,
Dr. Michael Balke,
Intemann,
Geschäftsführer Consentino und
Bilanzbuchhalter Nebel

beschlossen:

Das Verfahren wird ausgesetzt; es wird die Entscheidung des
Bundesverfassungsgerichts darüber eingeholt, ob § 62 Absatz 2
Einkommensteuergesetz in der für den Streitfall geltenden Fas-
sung verfassungswidrig ist.

Orientierungssätze

1. Das vorlegende Gericht hält die Regelung des § 62 Abs. 2 Einkommensteuergesetzes (EStG), nach der ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer - abhängig von der Art seines Aufenthaltsstatus - teilweise keinen Anspruch auf Kindergeld hat, teilweise ohne weitere Voraussetzungen und teilweise nur bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen einen Anspruch auf Kindergeld hat, für verfassungswidrig. Das vorlegende Gericht setzt deshalb das Verfahren aus und holt gemäß Artikel 100 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ein.
2. Das vorlegende Gericht ist davon überzeugt, dass § 62 Abs. 2 EStG gegen das für alle Menschen geltende Gleichbehandlungsgebot des Artikel 3 Abs. 1 GG verstößt. Die vom Gesetzgeber gewählten Differenzierungskriterien des § 62 Abs. 2 EStG halten nach Auffassung des vorlegenden Gerichts einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht stand.
3. Stellt man die gesetzlichen Differenzierungen des § 62 Abs. 2 EStG dem Zweck des Kindergeldes (§ 31 EStG: steuerliche Freistellung des Existenzminimums eines Kindes und Förderung der Familie) gegenüber, ergibt sich kein zulässiger Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung im Sinne des Artikel 3 Abs. 1 GG.
4. Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 10. Juli 2012 die Vorschriften zum Anspruch von nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern auf Erziehungs- bzw. Elterngeld teilweise für verfassungswidrig erklärt. Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts gelten nach Auffassung des vorlegenden Gerichts nicht nur für das Erziehungs- bzw. Elterngeld. Sie gelten in gleicher Weise für die wortgleiche Vorschrift des § 62 Abs. 2 Nr. 2c in Verbindung mit Nr. 3b EStG für den Anspruch auf Kindergeld. Nicht nur die Verwehrung von Erziehungs- bzw. Elterngeld, sondern auch von Kindergeld berührt den nicht auf Deutsche beschränkten Schutz der Familie nach Artikel 6 Abs. 1 GG und das durch Artikel 6 Abs. 2 GG geschützte und nicht auf Deutsche beschränkte Elternrecht.
5. Im Inland lebende ausländische Familien sind vom Bezug des Kindergeldes ausgeschlossen, wenn sie nicht den nach dem EStG erforderlichen „richtigen“ Aufenthaltsstatus haben oder die zusätzlichen Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllen. Dies gilt auch, wenn ihre Kinder hier geboren sind und hier aufwachsen, die Familie bereits mehrere Jahre tatsächlich im Inland lebt und ihren Lebensunterhalt durch lohnsteuer- und sozialversicherungspflichtige Tätigkeit ganz oder teilweise sichert.

6. Demgegenüber haben etwa (wenn sie die allgemeinen Voraussetzungen für den Anspruch auf Kindergeld erfüllen)

- ausländische Gastwissenschaftlerinnen und -wissenschaftler und ihre ausländischen technischen Mitarbeiter

- im Rahmen eines zeitlich befristeten Forschungsvorhabens tätige Ausländer

- ausländische Berufssportler und Trainer

- ausländische Fotomodelle und Dressmen

- ausländische Mitglieder der Besatzungen von Seeschiffen im Internationalen Verkehr und von Luftfahrzeugen

einen Anspruch auf Kindergeld, auch wenn sie nur vorübergehend (mehr als sechs Monate) in Deutschland leben.

7. Demgegenüber haben entsandte und in Deutschland nicht sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer (etwa: Saisonarbeiter, Erntehelfer) und Selbständige aus dem EU-Ausland, die vorübergehend in Deutschland leben und deren Familie ihren Lebensmittelpunkt im EU-Ausland behält, einen Anspruch auf deutsches Kindergeld für ihre im Ausland lebenden Kinder; das betrifft mehr als hunderttausend Kinder. Auch wenn die Lebenshaltungskosten im Ausland niedriger sind als in Deutschland, wird das Kindergeld nicht gekürzt.
8. Des Weiteren verletzt § 62 Abs. 2 EStG das Gleichberechtigungsgebot für Männer und Frauen des Artikel 3 Abs. 2 GG, weil Frauen aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen die in § 62 Abs. 2 EStG aufgestellten Voraussetzungen für einen Anspruch auf Kindergeld schwerer erfüllen können als Männer.

Gründe

Sachverhalt

Der Rechtsstreit betrifft den Anspruch des Klägers auf Kindergeld für seine drei Kinder im Zeitraum Januar 2000 bis Dezember 2005. Es geht darum, ob es eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung darstellt, dass der - im streitigen Zeitraum gestattete bzw. geduldete - Kläger allein aufgrund eines fehlenden Aufenthaltstitels nach der gesetzlichen Regelung des § 62 Abs. 2 EStG keinen Anspruch auf Kindergeld hatte. Es geht darum, ob allein aufgrund des fehlenden (günstigeren) Aufenthaltstitels unabhängig von den tatsächlichen Umständen des Aufenthalts und unabhängig von der teilweisen Sicherung des Lebensunterhalts durch eine lohnsteuer- und sozialversicherungspflichtige Tätigkeit zwingend und ohne die Möglichkeit eines Gegenbeweises von einem voraussichtlich nicht dauerhaften Aufenthalt im Inland ausgegangen wird und deshalb nach der gesetzlichen Regelung

zwingend ein gestatteter oder geduldeter Ausländer - unabhängig von den tatsächlichen Verhältnissen - vor Erlangung eines nach § 62 Abs. 2 EStG berücksichtigungsfähigen Aufenthaltstitels niemals einen Anspruch auf Kindergeld haben kann.

Der Kläger und seine Ehefrau sind syrische Staatsangehörige; sie sind nach ihren Angaben kurdische Volks- und yezidische Glaubensangehörige. Die Ehefrau des Klägers betreibt derzeit das Einbürgerungsverfahren. Sie sind die Eltern der drei Kinder u. f. d. und . in Deutschland. Die Eheleute reisten zusammen mit der ältesten Tochter im November 1999 in das Bundesgebiet ein und stellten zugleich einen Asylantrag. Seitdem lebt die Familie hier. Inzwischen haben beide Eheleute eine Niederlassungserlaubnis erhalten.

Der Kläger hält sich seit dem 19.11.2002 (Einreise am 11.11.1999, Asylantrag gestellt am 19.11.1999) seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet auf.

Eine Anerkennung als Flüchtling (z.B. nach der Genfer Konvention oder im Sinne des Gesetzes über Maßnahmen für im Rahmen humanitärer Hilfsaktionen aufgenommene Flüchtlinge) liegt nicht vor.

Nach der Bescheinigung Region Hannover vom 22.03.2007 war der Kläger im Zusammenhang mit der Durchführung des Asylverfahrens vom 21.02.2000 bis zum 17.09.2002 im Besitz einer Bescheinigung über seine Aufenthaltsgestattung gemäß § 63 Asylverfahrensgesetz (AsylVfG).

§ 63 Abs. 1 AsylVfG lautet (Fassung ab 28.08.2007 sprachlich geändert):

Dem Ausländer wird nach der Asylantragstellung eine mit den Angaben zur Person und einem Lichtbild versehene Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung ausgestellt, sofern er nicht im Besitz einer Aufenthaltsgenehmigung ist.

Die Bescheinigung beruht auf der in § 55 AsylVfG geregelten Aufenthaltsgestattung. § 55 Abs. 1 AsylVfG lautet:

Einem Ausländer, der um Asyl nachsucht, ist zur Durchführung des Asylverfahrens der Aufenthalt im Bundesgebiet gestattet (Aufenthaltsgestattung). Er hat keinen Anspruch darauf, sich in einem bestimmten Land oder an einem bestimmten Ort aufzuhalten. Im Falle der unerlaubten Einreise aus einem sicheren Drittstaat (§ 26a) erwirbt der Ausländer die Aufenthaltsgestattung mit der Stellung eines Asylantrages.

In der Zeit seit dem 18.09.2002 bis zum 25.06.2008 erhielt der Kläger fortlaufend verlängerte Duldungen gemäß § 60 a Abs. 2 AufenthG (bzw. der entsprechenden Vorgängervorschrift des § 55 Abs. 2 Ausländergesetz - AuslG -), die ihn zunächst zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigten; mit Bescheiden vom 17.05.2005 und 28.02.2006 lehnte die Region Hannover die weitere Erteilung einer Auflage zur Ausübung einer Beschäftigung ab.

§ 55 AuslG - Duldungsgründe - Abs. 2 und 3 in der bis zum 31.12.2004 geltenden Fassung lautete:

(2) Einem Ausländer wird eine Duldung erteilt, solange seine Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist oder nach § 53 Abs. 6 oder § 54 ausgesetzt werden soll.

(3) Einem Ausländer kann eine Duldung erteilt werden, solange er nicht unanfechtbar ausreisepflichtig ist oder wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern.

§ 60a AufenthG - Vorübergehende Aussetzung der Abschiebung (Duldung) - Abs. 2 lautete in der vom 01.01.2005 bis zum 27.08.2007 geltenden Fassung:

Die Abschiebung eines Ausländers ist auszusetzen, solange die Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist und keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird.

§ 60a AufenthG - Vorübergehende Aussetzung der Abschiebung (Duldung) - Abs. 2 lautete in der vom 28.08.2007 bis zum 30.06.2011 geltenden Fassung:

Die Abschiebung eines Ausländers ist auszusetzen, solange die Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist und keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird. Die Abschiebung eines Ausländers ist auch auszusetzen, wenn seine vorübergehende Anwesenheit im Bundesgebiet für ein Strafverfahren wegen eines Verbrechens von der Staatsanwaltschaft oder dem Strafgericht für sachgerecht erachtet wird, weil ohne seine Angaben die Erforschung des Sachverhalts erschwert wäre. Einem Ausländer kann eine Duldung erteilt werden, wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern.

In der Zeit vom 26.06.2008 bis zum 27.12.2009 war der Kläger im Besitz einer bis zum 31.12.2009 befristeten Aufenthaltserlaubnis gemäß § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG. In der Zeit vom 28.12.2009 bis zum 12.02.2013 war er im Besitz einer zunächst bis zum 27.12.2011 befristeten und nach Verlängerung bis zum 09.11.2013 erteilten Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG, die nicht wegen eines Krieges im Heimatland erteilt wurde. Seit dem 13.02.2013 ist der Kläger im Besitz einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG (aus humanitären Gründen nach sieben Jahren Aufenthaltserlaubnis).

Die aufenthaltsrechtliche Situation der Familie hatte folgenden Hintergrund:

Der erste Asylantrag vom 19.11.1999 wurde abgelehnt mit Bescheid des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge (BAMF) vom 12.01.2000. Das Verwaltungsgericht Oldenburg wies die Klage dagegen ab mit Urteil vom November 2001, das OVG Lüneburg lehnte den Antrag auf Zulassung der Berufung am 29.05.2002 ab.

Am 01.03.2003 beantragten der Kläger und seine Ehefrau, ein weiteres Asylverfahren durchzuführen. Vorgetragen wurde, dass die Ehefrau an einer posttraumatischen Belastungsstörung leide, die auf die in Syrien erlittenen Misshandlungen zurückzuführen sei. Den Antrag lehnte das BAMF mit Bescheid vom 11.04.2003 ab. Auf die hiergegen eingelegte Klage verpflichtete das Verwaltungsgericht Hannover (u.a. aufgrund eines fachpsychiatrischen Gutachtens der Medizinischen Hochschule Hannover und weiterer psychiatrischer und psychologischer Gutachten) mit Urteil vom 06.10.2005 das BAMF, festzustellen, dass in der Person der Ehefrau des Klägers ein Abschiebungshindernis nach § 60 Abs. 7 AufenthG vorliege; im Übrigen wies das Gericht die Klage ab. Das Verwaltungsgericht führte in seinem Urteil u.a. aus, wegen der bei der Klägerin bestehenden Erkrankung lägen bei ihr die Voraussetzungen des § 60 Abs. 7 Satz 1 AufenthG vor. Gemäß 60 Abs. 7 Satz 1 AufenthG solle von der Abschiebung eines Ausländers in einen anderen Staat abgesehen werden, wenn dort für diesen Ausländer eine erhebliche konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit bestehe. Das Gericht bejahte das Vorliegen dieser Voraussetzungen. Nach den vorliegenden Erkenntnissen sei davon auszugehen, dass bei der Klägerin gerade die Abschiebung nach Syrien zu einer erneuten Traumatisierung, einer sog. Retraumatisierung, führen würde. Neben dem von ihr in Syrien vor ihrer Ausreise erlittenen Trauma der Inhaftierung und Misshandlung spielten die bestimmende Rolle in ihrem Krankheitsbild die Nachhallerinnerungen, die ihr das Gefühl vermittelten, die traumatische Situation erneut zu erleben. Gerade die Abschiebung in den Staat, in dem das Trauma erlebt wurde, laufe einer Therapie der Krankheit diametral zuwider, zumal gerade wegen der Unberechenbarkeit des syrischen Systems auch nach objektiven Gesichtspunkte für eine ehemalige Gefangene keine hinreichende Sicherheit davor bestehe, - egal aus welchen Gründen - erneut inhaftiert und/oder misshandelt zu werden. Das Urteil wurde am 23.11.2005 rechtskräftig.

Aufgrund des Urteils teilte die Region Hannover der Ehefrau des Klägers mit Schreiben vom 04.01.2006 mit, ihr sei eine befristete Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG zu erteilen. Ihrer Familie werde gemäß § 29 Abs. 3 AufenthG eine befristete Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG erteilt.

Am 24.01.2006 wurde der Ehefrau des Klägers eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG erteilt. Seit Januar 2006 setzte die Familienkasse Kindergeld für die drei Kinder zugunsten der Ehefrau des Klägers fest; das Klageverfahren wurde hierdurch teilweise erledigt.

Die Erteilung der von der Region Hannover angekündigten Aufenthaltserlaubnis an den Kläger verzögerte sich, weil ihm zunächst kein syrischer Pass ausgestellt wurde. Am 26.08.2008 erhielt er die Aufenthaltserlaubnis nach § 104a AufenthG und nachfolgend die weiteren Aufenthaltstitel, wie oben dargestellt.

Im streitigen Zeitraum lebte die Familie nicht ausschließlich von Sozialleistungen. In der Zeit vom 05.05.2004 bis zum 03.11.2005 war der Kläger ausweislich des Versicherungsverlaufs der Deutschen Rentenversicherung (Bescheinigung vom 15.08.2013) lohnsteuer- und sozialversicherungspflichtig tätig. Anträge auf weitere Ausübung dieser Erwerbstätigkeit lehnte die Ausländerbehörde ab. Seit Juli 2008 ist der Kläger wieder erwerbstätig. Laut Bescheinigung des Versicherungsverlaufs der Deutschen Rentenversicherung vom 15.08.2013 ist er mittlerweile seit mehreren Jahren (2008) erwerbstätig, seit Januar 2010

durchgängig und nach Darlegung seiner Prozessbevollmächtigten von Sozialhilfeleistungen unabhängig. Die Anmeldung eines Erstattungsanspruchs durch einen Sozialleistungsträger ist nicht erfolgt.

Der Kläger stellte am 20.09.2004 einen Antrag auf Kindergeld für seine drei Kinder. Mit Bescheid vom 29.10.2004, übersandt mit einfacher Post, lehnte die Familienkasse den Antrag ab. Nach § 62 EStG stehe ausländischen Staatsangehörigen nur dann Kindergeld zu, wenn sie im Besitz einer gültigen Aufenthaltserlaubnis (§ 15 AuslG) oder einer Aufenthaltsberechtigung (§ 27 AuslG) seien. Der Kläger erfülle keine dieser Voraussetzungen. Auch fänden die Sonderregelungen für anerkannte Flüchtlinge, Asylberechtigte und für Kontingentflüchtlinge (§ 1 Gesetz über Maßnahmen für im Rahmen humanitärer Hilfsaktionen aufgenommener Flüchtlinge) keine Anwendung.

Hiergegen legten die Prozessbevollmächtigten für den Kläger mit Schreiben vom 26.11.2004 (Eingang 26.11.2004) Einspruch ein. Im Verlaufe des Einspruchsverfahrens verwiesen sie auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 06.07.2004 (1 BvL 4/97, 1 BvL 5/97, 1 BvL 6/97, BVerfGE 111, 160) und auf die Entscheidung des Niedersächsischen Finanzgerichts vom 23.01.2006 (16 K 12/04, EFG 2006, 751).

Mit Bescheid vom 24.05.2006 (einem Mittwoch), übersandt (ohne Absendevermerk) mit einfacher Post, wies die Familienkasse den Einspruch zurück, weil der Kläger die Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 EStG - in der damals geltenden Fassung: Besitz einer Aufenthaltsberechtigung, ab 01.01.2005 einer Niederlassungserlaubnis oder Aufenthaltserlaubnis - nicht erfülle.

Die Klage hiergegen ging am 29.06.2006 bei Gericht ein.

Mit seiner Klage macht der Kläger geltend, nach der Entscheidung des BVerfG vom 06.07.2004 sei für die Gewährung von Kindergeld die Frage maßgeblich, ob der Aufenthalt eines Ausländers im Bundesgebiet zukunfts offen sei. Dies sei bei ihm der Fall. Eine Abschiebung des Klägers und seiner Ehefrau und der Kinder sei auch niemals ins Auge gefasst worden, da die Ehefrau des Klägers seit Jahren reiseunfähig sei. Mit der Feststellung von Abschiebungshindernissen in der Person der Ehefrau des Klägers sei eine Abschiebung nach Artikel (Art) 6 des Grundgesetzes (GG) und Art 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unmöglich.

Im Hinblick auf beim BVerfG anhängige Verfahren zur Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung des § 62 Abs. 2 EStG (Vorlagebeschlüsse des Finanzgerichts Köln) und nachfolgend zur Verfassungsmäßigkeit der gleichlautenden Regelungen des Erziehungsgeldgesetzes war das verbleibende Klageverfahren wegen Kindergeld für den Zeitraum Januar 2000 bis Dezember 2005 ausgesetzt.

Nach Wiederaufnahme des Klageverfahrens macht der Kläger geltend, sein Aufenthalt sei von Anbeginn der Einreise, spätestens aber seit Stellung des Asylfolgeantrags (am 01.03.2003) zukunfts offen gewesen. Jedenfalls ab Stellung des Asylfolgeantrages, in dem die posttraumatische Belastungsstörung aufgrund der Traumatisierung der Klägerin zum

Thema bzw. geltend gemacht worden ist, sei der Aufenthalt des Klägers zukunfts offen gewesen.

Eine Abschiebung des Klägers und seiner Familie sei deshalb auch nie ins Auge gefasst worden. Hinsichtlich des Zeitraums vor Stellung des Asylfolgeantrags sei zu beachten, dass in den Zeiten des Mutterschutzes seiner Ehefrau wegen der Geburt der Kinder () und () eine Abschiebung der Familie und damit auch des Klägers ebenfalls unzulässig war/gewesen wäre, wie das Schreiben der Region Hannover an seine Ehefrau vom 04.01.2006 zeige. Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis an ihn habe sich wegen der Schwierigkeiten bei der Beschaffung eines syrischen Passes verzögert. Auf die Dauer des Verwaltungsverfahrens, die teilweise mehrere Jahre dauern könnten, hätten geduldete Ausländer keinen Einfluss, würden aber während der Dauer dieses Verfahrens nicht abgeschoben. Auch deshalb liege ein zukunfts offener Aufenthalt vor.

Der gesetzlich angeordnete Kindergeldausschluss von Menschen, die im Besitz einer Duldung oder Aufenthaltsgestattung seien, sei verfassungswidrig. Wie auch das vorliegende Verfahren gezeigt habe, seien die vom Gesetzgeber gewählten, an den Aufenthaltsstatus anknüpfenden Differenzierungskriterien ungeeignet, hinsichtlich der Aufenthaltsdauer eine hinreichende Prognose anzustellen.

In der mündlichen Verhandlung hat der Prozessbevollmächtigte zu der Frage, ob sich die Gewährung von Kindergeld auswirken könnte, erklärt, nach seiner Auffassung sei jedenfalls bei denjenigen Ausländern, die im streitigen Zeitraum Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) erhalten haben, ein Erstattungsanspruch nicht gegeben, weil das Existenzminimum durch die Leistungen nach dem AsylbLG nicht gesichert war, wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 18.07.2012 festgestellt habe. Deswegen dürfte der Anspruch auf nachträglich festgesetztes Kindergeld nicht als erfüllt gelten, soweit Leistungen nach dem AsylbLG erbracht worden seien. Ferner bleibe auch bei der Anrechnung von Leistungen nach dem SGB II nach den maßgeblichen Vorschriften Einkommen i.H.v. 30 EUR monatlich anrechnungsfrei bei volljährigen Kindern und könne anrechnungsfrei bleiben bei minderjährigen Kindern, sofern entsprechende Versicherungen abgeschlossen würden.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte zu verpflichten, unter Aufhebung des Ablehnungsbescheides vom 29. Oktober 2004 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 24. Mai 2006 das Kindergeld in gesetzlicher Höhe festzusetzen für die () für den Zeitraum von Januar 2000 bis einschließlich Dezember 2005, für () für den Zeitraum von August 2001 bis einschließlich Dezember 2005 und für () für den Zeitraum Oktober 2002 bis einschließlich Dezember 2005.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Kläger erfülle im stritten Zeitraum nicht die Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 EStG, da er nur im Besitz einer Aufenthaltsgestattung bzw. Duldung gewesen sei.

Rechtsgrundlagen und Rechtsauffassung des vorlegenden Gerichts

Das vorlegende Gericht hält die Regelung in § 62 Abs. 2 EStG in der Fassung des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13.12.2006, nach der ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer - abhängig von der Art seines Aufenthaltsstatus - teilweise keinen Anspruch auf Kindergeld hat, teilweise ohne weitere Voraussetzungen und teilweise nur bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen einen Anspruch auf Kindergeld hat, für verfassungswidrig. Das Verfahren ist deshalb gemäß Artikel (Art) 100 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) i.V.m. § 80 Abs. 1 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht (BVerfGG) auszusetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) einzuholen.

I.

Rechtsentwicklung der im Streitfall maßgeblichen Vorschriften und der Rechtsprechung zum Kindergeld nach dem Bundeskindergeldgesetz (BKGG) und nach dem EStG

Das Kindergeld wurde (in der Zeit nach 1945) seit der Einführung durch das Kindergeldgesetz vom 13.11.1954 (BGBl I 1954, 333) zur Förderung der Familie gezahlt. Nachfolgend wurde es durch das Kindergeldkassengesetz vom 18.07.1961 und sodann das BKGG (Gesetz vom 14.04.1964) geregelt. Seit 1996 ist das Kindergeld im Wesentlichen Teil des Einkommensteuerrechts. Für das Kindergeld nach dem BKGG verbleibt ein quantitativ kleiner - im vorliegenden Streitfall nicht einschlägiger - Anwendungsbereich (z.B. Anspruch von Vollwaisen auf Kindergeld für sich selbst). In der ehemaligen DDR wurde Kindergeld aufgrund des Gesetzes über den Mutter- und Kinderschutz und die Rechte der Frau vom 27.09.1950 neben Kinderfreibeträgen gewährt.

Bis zum 30.06.1989 hatte Anspruch auf Kindergeld nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 BKGG, wer im Geltungsbereich des Gesetzes einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (oder soweit die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 2 oder des § 1 Abs. 2 BKGG vorlagen). Nach § 2 Abs. 5 BKGG wurden Kinder, die weder einen Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich des Gesetzes hatten, im Wesentlichen nicht berücksichtigt (mit einigen Sonderregelungen).

Der Anspruch auf Kindergeld war weder an die Staatsangehörigkeit noch an den Aufenthaltstitel geknüpft, sondern wurde bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen allen im Inland mit einem Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt lebenden Eltern gezahlt. D.h. im Wesentlichen wurde den im Inland lebenden Eltern für die im Inland lebenden Kinder bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen (z.B. Alter, Berücksichtigungsfähigkeit des Kindes wegen Ausbildung) Kindergeld gezahlt.

Durch das Zwölfte Gesetz zur Änderung des Bundeskindergeldgesetzes vom 30.06.1989 wurde mit Wirkung ab 01.07.1989 folgender Absatz 3 in § 1 BKGG hinzugefügt:

Ausländer, die sich ohne Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis im Geltungsbereich dieses Gesetzes aufhalten, haben Anspruch nach diesem Gesetz nur, wenn ihre Abschiebung auf unbestimmte Zeit unzulässig ist oder wenn sie auf Grund landesrechtlicher Verwaltungsvorschriften auf unbestimmte Zeit nicht abgeschoben werden, frühestens jedoch für die Zeit nach einem gestatteten oder geduldeten ununterbrochenen Aufenthalt von einem Jahr.

Mit Wirkung ab 01.01.1991 lautete § 1 Abs. 3 BKGG:

Ausländer, die sich ohne Aufenthaltsgenehmigung im Geltungsbereich dieses Gesetzes aufhalten, haben einen Anspruch nach diesem Gesetz nur, wenn sie nach den §§ 51, 53 oder 54 des Ausländergesetzes auf unbestimmte Zeit nicht abgeschoben werden können, frühestens jedoch für die Zeit nach einem gestatteten oder geduldeten ununterbrochenen Aufenthalt von einem Jahr.

Mit Wirkung ab 01.01.1994 lautete § 1 Abs. 3 BKGG:

Ein Ausländer hat einen Anspruch nach diesem Gesetz nur, wenn er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis ist. Auch bei Besitz einer Aufenthaltserlaubnis hat ein Arbeitnehmer, der von seinem im Ausland ansässigen Arbeitgeber zur vorübergehenden Dienstleistung in den Geltungsbereich dieses Gesetzes entsandt ist, keinen Anspruch nach diesem Gesetz; sein Ehegatte hat einen Anspruch nach diesem Gesetz, wenn er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis ist und eine der Beitragspflicht zur Bundesanstalt für Arbeit unterliegende oder nach § 169c Nr. 1 des Arbeitsförderungsgesetzes beitragsfreie Beschäftigung als Arbeitnehmer ausübt.

Mit Wirkung ab 01.01.1996 wurde das Kindergeldrecht im Wesentlichen in das EStG übernommen; durch das Jahressteuergesetz 1996 wurden die Vorschriften zum „Familienleistungsausgleich“ § 31 EStG und in den §§ 62 ff. EStG die Vorschriften über das Kindergeld eingefügt.

§ 31 EStG lautete mit Wirkung ab 01.01.1996:

Die steuerliche Freistellung eines Einkommensbetrags in Höhe des Existenzminimums eines Kindes - in der Fassung mit Wirkung ab 01.01.2000: des Existenzminimums eines Kindes einschließlich des Betreuungsbedarfs - wird durch den Kinderfreibetrag nach § 32 oder durch Kindergeld nach dem X. Abschnitt bewirkt. Soweit das Kindergeld dafür nicht erforderlich ist, dient es der Förderung der Familie. Im laufenden Kalenderjahr wird Kindergeld als Steuervergütung monatlich gezahlt. Wird die gebotene steuerliche Freistellung durch das Kindergeld nicht in vollem Umfang bewirkt, ist bei der Veranlagung zur Einkommensteuer der Kinderfreibetrag abzuziehen. In diesen Fällen sind das Kindergeld oder vergleichbare Leistungen nach § 36 Abs. 2 zu verrechnen, auch soweit sie dem Steuerpflichtigen im Wege eines zivilrechtlichen Ausgleichs zustehen. Wird nach ausländischem Recht ein höheres Kindergeld als nach § 66 gezahlt, so beschränkt sich die Verrechnung auf die Höhe des inländischen Kindergeldes.

§ 31 Sätze 1 bis 4 EStG wurden (mit einigen hier nicht bedeutsamen Änderungen) im Wesentlichen beibehalten; die aktuelle Fassung mit Wirkung seit dem 01.09.2009 lautet:

Die steuerliche Freistellung eines Einkommensbetrags in Höhe des Existenzminimums eines Kindes einschließlich der Bedarfe für Betreuung und Erziehung oder Ausbildung wird im gesamten Veranlagungszeitraum entweder durch die Freibeträge nach § 32 Abs. 6 oder durch Kindergeld nach Abschnitt X bewirkt. ²Soweit das Kindergeld dafür nicht erforderlich ist, dient es der Förderung der Familie. ³Im laufenden Kalenderjahr wird Kindergeld als Steuervergütung monatlich gezahlt. ⁴Bewirkt der Anspruch auf Kindergeld für den gesamten Veranlagungszeitraum die nach Satz 1 gebotene steuerliche Freistellung nicht vollständig und werden deshalb bei der Veranlagung zur Einkommensteuer die Freibeträge nach § 32 Abs. 6 vom Einkommen abgezogen, erhöht sich die unter Abzug dieser Freibeträge ermittelte tarifliche Einkommensteuer um den Anspruch auf Kindergeld für den gesamten Veranlagungszeitraum; bei nicht zusammenveranlagten Eltern wird der Kindergeldanspruch im Umfang des Kinderfreibetrags angesetzt. ⁵Satz 4 gilt entsprechend für mit dem Kindergeld vergleichbare Leistungen nach § 65. ⁶Besteht nach ausländischem Recht Anspruch auf Leistungen für Kinder, wird dieser insoweit nicht berücksichtigt, als er das inländische Kindergeld übersteigt.

§ 62 EStG regelt den Kreis der Anspruchsberechtigten des Kindergeldes.

§ 62 Abs. 1 EStG lautete mit Wirkung ab 01.01.1996:

(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.

Nach § 62 Abs. 2 EStG hatten und haben nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer nur bei Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen einen Anspruch auf Kindergeld; die mit Wirkung ab 01.01.1996 bis zum 28.04.1997 geltende Regelung des § 62 Abs. 2 EStG entspricht inhaltlich § 1 Abs. 3 BKGG in der vom 1.1.1994 bis zum 31.12.1995 und in der ab 01.01.1996 geltenden Fassung und lautete:

Ein Ausländer hat nur Anspruch auf Kindergeld, wenn er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis ist. Ein ausländischer Arbeitnehmer, der zur vorübergehenden Dienstleistung in das Inland entsandt ist, hat keinen Anspruch auf Kindergeld; sein Ehegatte hat Anspruch auf Kindergeld, wenn er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis ist und eine der Beitragspflicht zur Bundesanstalt für Arbeit unterliegende oder nach § 169c Nr. 1 des Arbeitsförderungsgesetzes beitragsfreie Beschäftigung als Arbeitnehmer ausübt.

§ 1 Abs. 3 BKGG lautete mit Wirkung ab 1.1.1996:

Ein Ausländer erhält Kindergeld nur, wenn er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis ist. Ein ausländischer Arbeitnehmer, der zur vorübergehenden Dienstleistung nach Deutschland entsandt ist, erhält kein Kindergeld; sein Ehegatte erhält

Kindergeld, wenn er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis ist und eine der Beitragspflicht zur Bundesanstalt für Arbeit unterliegende oder nach § 169c Nr. 1 des Arbeitsförderungsgesetzes beitragsfreie Beschäftigung als Arbeitnehmer ausübt.

Im vorliegenden Streitfall kommt es auf die Regelungen in § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG an. Ein Fall der Entsendung (§ 62 Abs. 2 Satz 2 EStG) liegt nicht vor; das Gericht verzichtet deshalb auf die Darstellung der im Streitfall nicht erheblichen Änderungen des § 62 Abs. 2 Satz 2 EStG.

§ 62 Abs. 2 Satz 1 EStG bestimmte auch in nachfolgenden Fassungen weiterhin:

Ein Ausländer hat nur Anspruch auf Kindergeld, wenn er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis ist.

Inhaltlich gleich bestimmte § 1 Abs. 3 Satz 1 BKGG auch in nachfolgenden Fassungen (mit zusätzlichen Regelungen für entsandte Arbeitnehmer) weiterhin:

Ein Ausländer erhält Kindergeld nur, wenn er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis ist.

Durch das Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz) vom 20.06.2002 sollte § 62 Abs. 2 EStG mit Wirkung ab 01.01.2003 wie folgt gelten:

(2) *Ein Ausländer erhält Kindergeld nur, wenn er im Besitz*

- 1. einer Niederlassungserlaubnis,*
- 2. einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Erwerbstätigkeit,*
- 3. einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 und 2, den §§ 31, 37, 38 des Aufenthaltsgesetzes oder*
- 4. einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzugs zu einem Deutschen oder zu einer von den Nummern 1 bis 3 erfassten Person*
ist. ² Ein Saisonarbeiter, ein Werkvertragsarbeiter und ein Arbeitnehmer, der zur vorübergehenden Dienstleistung nach Deutschland entsandt ist, erhält kein Kindergeld.

§ 1 Abs. 3 BKGG wurde durch das Zuwanderungsgesetz wortgleich mit § 62 Abs. 2 EStG gefasst.

Entscheidung des BVerfG vom 18.12.2002

Das BVerfG entschied mit Urteil vom 18.12.2002 (2 BvF 1/02, BVerfGE 106, 310):

Das Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz) vom 20. Juni 2002 (Bundesgesetzblatt I Seite 1946) ist mit Artikel 78 des Grundgesetzes unvereinbar und daher nichtig. Die vorstehende Entscheidungsformel hat gemäß § 31 Abs. 2 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes Gesetzeskraft.

In der Fassung der Bekanntmachung des EStG vom 19.10.2002 lautete § 62 Abs. 2 mit Wirkung ab 01.01.2003 (identisch mit der Fassung des § 62 Abs. 2 EStG durch das Zuwanderungsgesetz vom 20.06.2002):

(2) ¹Ein Ausländer erhält Kindergeld nur, wenn er im Besitz

- 1. einer Niederlassungserlaubnis,*
 - 2. einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Erwerbstätigkeit,*
 - 3. einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 und 2, den §§ 31, 37, 38 des Aufenthaltsgesetzes oder*
 - 4. einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzugs zu einem Deutschen oder zu einer von den Nummern 1 bis 3 erfassten Person*
- ist. ² Ein Saisonarbeitnehmer, ein Werkvertragsarbeitnehmer und ein Arbeitnehmer, der zur vorübergehenden Dienstleistung nach Deutschland entsandt ist, erhält kein Kindergeld.*

In der Fassung des Gesetzes zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz) vom 30.07.2004 lautete § 62 Abs. 2 EStG mit Wirkung ab 01.01.2005:

Ein Ausländer erhält Kindergeld nur, wenn er im Besitz

- 1. einer Niederlassungserlaubnis,*
- 2. einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Erwerbstätigkeit,*
- 3. einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 und 2, den §§ 31, 37, 38 des Aufenthaltsgesetzes oder*
- 4. einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzugs zu einem Deutschen oder zu einer von den Nummern 1 bis 3 erfassten Person ist.*

Ein Saisonarbeitnehmer, ein Werkvertragsarbeitnehmer und ein Arbeitnehmer, der zur vorübergehenden Dienstleistung nach Deutschland entsandt ist, erhält kein Kindergeld.

Nach § 52 Abs. 61 a EStG war § 62 in der Fassung des Gesetzes vom 30.07.2004 erstmals für den Veranlagungszeitraum 2005 anzuwenden.

Entscheidung des BVerfG vom 06.07.2004

Das BVerfG entschied mit Beschluss vom 06.07.2004 (1 BvL 4/97, 1 BvL 5/97, 1 BvL 6/97, BVerfGE 111, 160) zur Nichtgewährung von Kindergeld in den Jahren 1994 und 1995 an Ausländer, die nicht über eine Aufenthaltserlaubnis oder Aufenthaltsberechtigung, sondern nur über eine Aufenthaltsbefugnis verfügten:

§ 1 Absatz 3 des Bundeskindergeldgesetzes in der Fassung des Ersten Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms (1. SKWPG) vom 21. Dezember 1993 (Bundesgesetzblatt I Seite 2353) war nach Maßgabe der Entscheidungsgründe mit Artikel 3 Absatz 1 des Grundgesetzes unvereinbar.

Ersetzt der Gesetzgeber die verfassungswidrige Regelung nicht bis zum 1. Januar 2006 durch eine Neuregelung, ist auf noch nicht abgeschlossene Verfahren das bis zum 31. Dezember 1993 geltende Recht anzuwenden.

Die vorstehende Entscheidungsformel hat gemäß § 31 Abs. 2 des Bundesverfassungsgesetzes Gesetzeskraft.

Das BVerfG führte zur Begründung seiner Entscheidung u.a. aus:

§ 1 Abs. 3 Satz 1 BKGG in der Fassung des 1. SKWPG war mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar.

I.

43

Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Dem Gesetzgeber ist damit aber nicht jede Differenzierung verwehrt. Ihm kommt im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit für die Abgrenzung der begünstigten Personenkreise ein Gestaltungsspielraum zu (vgl. BVerfGE 99, 165 <178>; 106, 166 <175 f.>).

44

Für den Gesetzgeber ergeben sich aber aus dem allgemeinen Gleichheitssatz umso engere Grenzen, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfGE 82, 126 <146>; 88, 87 <96>; 106, 166 <176>). Der hierbei zu berücksichtigende Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG von Ehe und Familie enthält keine Beschränkung auf Deutsche (vgl. BVerfGE 31, 58 <67>; 51, 386 <396>; 62, 323 <329>).

45

Strengere Anforderungen an eine an die Zugehörigkeit zu einer Personengruppe anknüpfende Unterscheidung sind auch dann zu stellen, wenn der Einzelne das Vorliegen des Differenzierungsmerkmals nicht durch eigenes Verhalten beeinflussen kann. Ihr ausländischer Status war für die Kläger der Ausgangsverfahren im Wesentlichen unabhängig von ihrem eigenen Verhalten. Die zur Prüfung vorgelegte Regelung konnte im Gegenteil dazu beitragen, dass sie ihren Status nicht durch eigene Leistung verbessern konnten. Denn der Verlust des Kindergeldes konnte die Notwendigkeit der Inanspruchnahme ergänzender Sozialhilfe erhöhen, was wiederum der Verfestigung ihres Aufenthaltsstatus entgegenstehen konnte.

46

Ob die zur Prüfung gestellte Regelung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist, hängt davon ab, ob für die getroffene Differenzierung Gründe von solchem Gewicht bestanden, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen konnten.

II.

47

Ausländer ohne Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis verloren mit dem Inkraft-Treten der Neuregelung des § 1 Abs. 3 Satz 1 BKGG durch das 1. SKWPG ihren Anspruch auf Kindergeld oder der Anspruch wurde ihnen bei erstmaliger Antragstellung nach dem 31. Dezember 1993 von vornherein versagt. Damit wurden sie schlechter gestellt als Deutsche und Ausländer mit Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis.

48

1. Allerdings wurde diese Ungleichbehandlung durch steuer- und sozialhilferechtliche Regelungen gemildert. Im Steuerrecht verblieb den betroffenen Eltern der Kinderfreibetrag. ... Trotz dieser steuerrechtlichen Begünstigung blieben betroffene Eltern aber schlechter gestellt, soweit der Kindergeldbezug günstiger war als der Freibetrag, insbesondere wenn kein zu versteuerndes Einkommen vorhanden war.

49

2. Im Fall durchgehenden Sozialhilfebezugs änderte sich das verfügbare Familieneinkommen durch die zur Prüfung vorgelegte Neuregelung des § 1 Abs. 3 Satz 1 BKGG im Ergebnis nicht, weil Kindergeld auch vor dem Jahr 1994 beim Bezug von Hilfe zum Lebensunterhalt ohnehin nicht an die Eltern, sondern im Wege des Erstattungsanspruchs an den subsidiär leistenden Sozialhilfeträger ausgezahlt wurde (§ 104 SGB X), denn Kindergeld zählte zum anrechenbaren Einkommen im Sinne von § 76 Abs. 1 BSHG. Da der Wegfall des Kindergeldes aber dazu führen konnte, dass die betroffenen Familien auf die Inanspruchnahme von ergänzender Sozialhilfe angewiesen waren, verringerten sich ihre Chancen, ihren Aufenthaltsstatus zu verbessern.

50

Die Ungleichbehandlung traf damit besonders ausländische Eltern ohne Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis, deren Einkommen einerseits so niedrig war, dass sie nicht oder jedenfalls nicht in vollem Umfang von den Kinderfreibeträgen profitierten,

andererseits aber doch so hoch, dass sie nicht ausschließlich von Sozialhilfe leben mussten.

III.

51

Diese Ungleichbehandlung war sachlich nicht gerechtfertigt. Ungleichbehandlung und rechtfertigender Grund müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Auch in Anerkennung eines Gestaltungsspielraums für den Gesetzgeber fehlte es daran bei der Regelung des § 1 Abs. 3 Satz 1 BKGG in der Fassung des 1. SKWPG. Denn es sind keine Gründe ersichtlich, die so gewichtig wären, dass sie die unterschiedliche Behandlung ausländischer Eltern ohne Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis im Vergleich zu anderen ausländischen Eltern rechtfertigen könnten.

52

1. Die zur Prüfung gestellte Vorschrift ist nicht schon deshalb gerechtfertigt, weil dem Gesetzgeber bei der Entscheidung darüber, auf welche Weise er den ihm aufgetragenen Schutz der Familie verwirklichen will, ein Gestaltungsspielraum zusteht (vgl. BVerfGE 43, 108 <124>; 82, 60 <81>; 106, 166 <177>).

53

Der Gesetzgeber hat neben der Familienförderung auch andere Gemeinschaftsbelange zu berücksichtigen und dabei vor allem auf die Funktionsfähigkeit und das Gleichgewicht des Ganzen zu achten (vgl. BVerfGE 82, 60 <82>; 87, 1 <35 f.>; 103, 242 <259>; 106, 166 <177 f.>). Demgemäß lässt sich der Wertentscheidung des Art. 6 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip zwar die allgemeine Pflicht des Staates zu einem Familienlastenausgleich entnehmen, nicht aber die Entscheidung darüber, in welchem Umfang und in welcher Weise ein solcher sozialer Ausgleich vorzunehmen ist (vgl. BVerfGE 87, 1 <36>; 103, 242 <259>; 106, 166 <178>). Es darf jedoch nicht allein aus fiskalischen Erwägungen eine Gruppe von Personen, gegenüber denen der Staat aus Art. 6 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG grundsätzlich zu einem Familienlastenausgleich verpflichtet ist, von einer bestimmten Leistung ausgeschlossen werden, die anderen gewährt wird. Der Ausschluss muss vielmehr sachlich gerechtfertigt sein. Daran fehlt es hier.

54

2. Das Kindergeld war seit seiner Einführung dazu bestimmt, die wirtschaftliche Belastung, die Eltern durch die Sorge für ihre Kinder entsteht, teilweise auszugleichen (vgl. BVerfGE 11, 105 <115>; 22, 28 <36>; 22, 163 <168>; 23, 258 <263>; 29, 71 <79>).

55

Mit der Einführung eines einheitlichen Familienlastenausgleichs in Form der Kindergeldgewährung durch das Einkommensteuerreformgesetz vom 5. August 1974 (BGBl I S. 1769) erhielt das Kindergeld zusätzlich die Funktion, einen Ausgleich dafür zu schaffen, dass infolge der Abschaffung der Kinderfreibeträge die Minderung der Leistungsfähigkeit von Steuerpflichtigen durch den Unterhalt für ihre Kinder im Steuerrecht nicht mehr berücksichtigt wurde (vgl. BVerfGE 43, 108 <123>).

56

Neben der steuerlichen Entlastungsfunktion des Kindergeldes behielt dieses aber den Charakter einer allgemeinen Sozialleistung, denn es war weiterhin zugleich zur Abmilderung der Kindesbedingten Belastungen bestimmt (vgl. BVerfGE 45, 104 <131>).

57

Seit der Neuregelung durch das Jahressteuergesetz 1996 wird die gebotene steuerliche Freistellung eines Einkommensbetrages in Höhe des Existenzminimums des Kindes durch den Kinderfreibetrag (§ 32 Abs. 6 EStG) oder durch das Kindergeld (§§ 62 bis 78 EStG) bewirkt. Soweit das Kindergeld zu der gebotenen steuerlichen Freistellung nicht erforderlich ist, dient es der Förderung der Familie (§ 31 Satz 2 EStG).

58

Das Kindergeld behält seine Funktion als Sozialleistung, wenn - wie in den Ausgangsverfahren - keine oder nur eine geringe Einkommensteuer zu zahlen ist oder wenn der Bezug von Kindergeld günstiger ist als die Berücksichtigung von Kinderfreibeträgen im Rahmen der Veranlagung zur Einkommensteuer.

59

Für den streitbefangenen Zeitraum hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Familienförderung rückwirkend eine entsprechende Regelung vorgenommen. Familien, die ihre Bescheide angefochten hatten, erhielten entweder über § 53 EStG einen das existentiell Notwendige sichernden Kinderfreibetrag oder § 21 BKGG ermöglichte die Umrechnung erhöhten Kindergeldes in die Steuerentlastung. Kindergeld wurde dabei angerechnet. Es blieb aber in Höhe der nicht realisierbaren Steuerersparnis in den Fällen Sozialleistung, in denen - wie in den Ausgangsverfahren - keine oder wenig Steuern gezahlt wurden. Ausländer ohne Aufenthaltsberechtigung oder -erlaubnis verloren mit der zur Prüfung vorgelegten Neuregelung den diesen überschießenden Teil des Kindergeldes als Sozialleistung, wenn sie von den steuerlichen Vergünstigungen mangels zu versteuerndem Einkommen nicht oder nicht in vollem Umfang profitieren konnten.

60

§ 1 Abs. 3 BKGG fügte sich nicht in das abgestimmte System des Verhältnisses von Steuerentlastung und Sozialleistung ein. Das Kindergeld als Sozialleistung ist für Eltern umso wichtiger, je niedriger ihr Einkommen und je höher ihre Kinderzahl ist. Zweck der Kindergeldzahlungen für die Gruppe der nicht steuerlich Begünstigten bleibt der Ausgleich der (im Vergleich zu Kinderlosen) verminderten finanziellen Leistungsfähigkeit der Familie (vgl. BVerfGE 108, 52 <70>). Deutsche, Ausländer mit Aufenthaltsberechtigung oder -erlaubnis und Ausländer ohne diese Aufenthaltstitel, die aber in Deutschland legal leben, sind in gleicher Weise durch die persönlichen und finanziellen Aufwendungen bei der Kindererziehung belastet. Diese besondere Belastung wurde bei Eltern oberhalb der Einkommensgruppe der hier Betroffenen durch Steuererleichterungen ausgeglichen, bei Eltern unterhalb dieser Einkommensgruppe erfolgte der Ausgleich durch Sozialhilfe, und zwar unabhängig von dem Grad der Verfestigung des Aufenthaltsstatus. Demgegenüber wurde bei Familien, die nicht oder nicht in vollem Umfang von den steuerrechtlich vorgesehenen Kinderfreibeträgen profitierten, gleichzeitig aber auch nicht ausschließlich von Sozialhilfe leben mussten, die verminderte finanzielle Leistungsfähigkeit nicht berücksichtigt.

61

Für eine solche Durchbrechung eines in der Erfüllung seines sozialstaatlichen Schutzauftrages aus Art. 6 Abs. 1 GG vom Gesetzgeber geschaffenen Systems bedürfte es besonders gewichtiger Gründe. Diese sind nicht ersichtlich.

62

3. Soweit es Ziel der gesetzlichen Neufassung des § 1 Abs. 3 Satz 1 BKGG war, Kindergeld nur noch solchen Ausländern zu gewähren, von denen zu erwarten sei, dass sie auf Dauer in Deutschland blieben (vgl. BTDrucks 12/5502, S. 44), war die Regelung ungeeignet, das Ziel zu erreichen.

63

a) Die für die Erteilung des Aufenthaltstitels Aufenthaltsbefugnis maßgeblichen Gründe sind nicht typischerweise von nur vorübergehender Natur. Der Wegfall und der Zeitpunkt des Wegfalls des Aufenthaltszwecks sind ungewiss (vgl. Renner, Ausländerrecht, Kommentar, 7. Aufl. 1999, § 30 Rn. 2; Dienelt, in: Fritz, Gemeinschaftskommentar zum Ausländerrecht, § 30 Rn. 2 <Stand: Juli 2001>). Diesem Umstand trägt auch der Gesetzgeber Rechnung, indem er die Möglichkeit eröffnet, die Aufenthaltsbefugnis zu einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis (§ 35 Abs. 1 Satz 1 AuslG) oder zu einer Aufenthaltsberechtigung (§ 27 Abs. 2 Nr. 1 AuslG) werden zu lassen. Insofern stellt die Aufenthaltsbefugnis eine mögliche Vorstufe zum Daueraufenthalt dar, ein Umstand, auf den auch in der Gesetzesbegründung anlässlich der Einführung dieses Aufenthaltstitels ausdrücklich hingewiesen wurde (vgl. BTDrucks 11/6321, S. 66). Die Aufenthaltsbefugnis allein eignet sich deshalb nicht als Grundlage einer Prognose über die Dauer des Aufenthalts in Deutschland und damit auch nicht als Abgrenzungskriterium bei der Gewährung von Kindergeld.

64

b) Die vom Gesetzgeber gefundene Abgrenzung ist auch aus anderen Gründen nicht geeignet, Ausländer ohne zu erwartenden Daueraufenthalt vom Kindergeldbezug auszuschließen.

65

Zum einen wurde durch die Ausnahmegvorschrift des § 1 Abs. 3 Satz 2 zweiter Halbsatz BKGG in der zur Prüfung vorgelegten Fassung eine Ausländergruppe privilegiert, von der in der Regel gerade kein Daueraufenthalt zu erwarten war. Ehegatten von Ausländern, die vorübergehend nach Deutschland entsandt sind, bleiben aller Wahrscheinlichkeit nach selbst nur vorübergehend hier. Ein Daueraufenthalt erscheint jedenfalls unwahrscheinlicher als im Falle der Kläger der Ausgangsverfahren. Zum anderen reichte für einen Anspruch auf Kindergeld eine befristete Aufenthaltserlaubnis (§§ 15 f., § 12 Abs. 2 Satz 1 AuslG), obwohl nach der Systematik des Ausländerrechts nicht jede befristete Aufenthaltserlaubnis in eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis, also in einen Daueraufenthalt, übergeht.

66

Zudem wurden von der Regelung gerade die Angehörigen der Gruppe betroffen, die rechtstatsächlich eher auf Dauer in Deutschland bleiben werden. Die Regelung benachteiligte nämlich im Wesentlichen Eltern, die in den deutschen Arbeitsmarkt integriert waren, da Eltern, die ausschließlich von Sozialhilfe lebten, nicht betroffen waren.

67

4. Ungeeignet war die Regelung auch zur Erreichung des in der Stellungnahme der Bundesregierung genannten Regelungszwecks, vermeintlich vorhandene Zuwanderungsanreize für - insbesondere kinderreiche - Ausländer abzubauen. Dass die Frage des Kindergeldes für die hier betroffene Gruppe Einfluss auf das Zuwanderungsverhalten hatte, ist weder belegt noch nachvollziehbar. Die Regelung benachteiligte nur Ausländer, die legal in Deutschland lebten und bereits in den deutschen Arbeitsmarkt integriert waren.

Ebenfalls mit Beschluss vom 06.07.2004 (1 BvR 2515/95, BVerfGE 111,176) erklärte das BVerfG die Regelung im Bundeserziehungsgeldgesetz (BERzGG), nach der Ausländer mit Aufenthaltsbefugnis generell von der Gewährung von Erziehungsgeld ausgeschlossen waren, für mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar. Soweit es legitimes Ziel der Regelung gewesen sei, Erziehungsgeld nur solchen Ausländern zu gewähren, von denen erwartet werden konnte, dass sie auf Dauer in Deutschland bleiben, sei die Regelung ungeeignet gewesen, das Ziel zu erreichen. Denn die Art des Aufenthaltstitels allein eigne sich nicht als Grundlage einer Prognose über die Dauer des Aufenthalts und damit auch nicht als Abgrenzungskriterium bei der Gewährung von Erziehungsgeld.

Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 25.10.2005

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) 4. Sektion entschied mit Urteil vom 25.10.2005 (59140/00 - Opitz - BFH/NV 2006, Beilage 3, 357):

Der Ausschluss von im Inland lebenden Ausländern ohne Aufenthaltsbefugnis oder Aufenthaltsberechtigung vom deutschen Kindergeld verstößt gegen das Diskriminierungsverbot der Europäischen Menschenrechtskonvention.

Er stellte fest, dass das Kindergeld in den Anwendungsbereich des Artikels 14 in Verbindung mit Artikel 8 der EMRK falle. Artikel 8 Abs. 1 der EMRK - Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens - lautet:

Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz."

Artikel 14 der EMRK - Diskriminierungsverbot - lautet:

„Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten."

Der EGMR führte im Urteil u.a. aus:

32. Durch die Gewährung von Kindergeld können die Staaten unter Beweis stellen, dass sie das Familienleben im Sinne des Artikels 8 der Konvention achten; das Kindergeld fällt deshalb in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung (vgl. sinngemäß Rechtssache Petrovic, a. a. O., Nr. 30). Daraus folgt, dass Artikel 14 – in Verbindung mit Artikel 8 – in der vorliegenden Rechtssache anwendbar ist.

33. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist eine unterschiedliche Behandlung im Sinne von Artikel 14 der Konvention diskriminierend, wenn es für sie „keine objektive und angemessene Rechtfertigung gibt“, d.h. wenn mit ihr kein „legitimes Ziel“ verfolgt wird oder „die eingesetzten Mittel zum angestrebten Ziel nicht in einem angemessenen Verhältnis stehen“. Die Vertragsstaaten haben einen gewissen Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Frage, ob und inwieweit Unterschiede bei ansonsten ähnlichen Situationen eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen (vgl. u. a. Rechtssache Willis, a. a. O., Nr. 39).

34. Der Gerichtshof ist nicht aufgefordert, grundsätzlich zu entscheiden, inwieweit es gerechtfertigt ist, bei Sozialleistungen zwischen Inhabern verschiedener Arten von Aufenthaltsgenehmigungen zu unterscheiden. Der Gerichtshof muss sich vielmehr auf die Frage beschränken, ob das deutsche Kindergeldrecht, wie es im vorliegenden Fall angewandt wurde, die Rechte der Beschwerdeführer aus der Konvention verletzt hat. Der Gerichtshof erkennt wie das Bundesverfassungsgericht in den Musterverfahren (vgl. Nr. 18, oben) keine hinreichenden Gründe zur Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung von Ausländern bei dem Kindergeldbezug in Abhängigkeit davon, ob sie über eine dauerhafte Aufenthaltsgenehmigung verfügten oder nicht. Folglich ist Artikel 14 in Verbindung mit Artikel 8 der Konvention verletzt worden.

Neufassung des § 62 Abs. 2 EStG durch das Gesetz vom 13.12.2006

Aufgrund der Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses des Kindergeldanspruchs von Ausländern nach § 1 Abs. 3 BKG vom 06.07.2004 (1 BvL 4/97, 1 BvL 5/97 und 1 BvL 6/97) wurde durch das Gesetz zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13.12.2006 (in Artikel 2 Nr. 2) § 62 Abs. 2 EStG - rückwirkend - mit Wirkung ab 01.01.2006 wie folgt gefasst:

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.

Anwendungsregelung des § 52 Abs. 61a Satz 2 EStG

Nach § 52 Abs. 61 a Satz 2 EStG ist § 62 Abs. 2 EStG in der Fassung des Artikels 2 Nr. 2 des Gesetzes vom 13.12.2006 in allen Fällen anzuwenden, in denen das Kindergeld noch nicht bestandskräftig festgesetzt ist.

Entwicklung des Gesetzes zur Neuregelung des § 62 Abs. 2 EStG aufgrund der Entscheidung des BVerfG vom 06.07.2004

Die mit der Neuregelung des § 62 Abs. 2 EStG in der Fassung des Gesetzes vom 13.12.2006 zusammenhängenden ausländer- und beschäftigungsrechtlichen Vorschriften sind weiter unten dargestellt.

Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (vgl. hierzu Bundesrats-Drucksache vom 27.01.2006, 68/06, Gesetzentwurf der Bundesregierung Bundestags-Drucksache 16/1368 vom 03.05.2006) sollten rückwirkend ab 01.01.2006 Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder (in der Vergangenheit) berechtigt hatte, grundsätzlich einen Anspruch auf Kindergeld erhalten. Nach der Begründung des Entwurfs sollte die vom BVerfG nicht beanstandete Zielsetzung, Familienleistungen nur für die ausländischen Staatsangehörigen vorzusehen, die sich voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhalten, beibehalten bleiben. Der Entwurf sah einen generellen Ausschluss für diejenigen Ausländer vor, denen die Aufenthaltserlaubnis nach den §§ 16, 17, 24 oder 25 Abs. 4 Satz 1 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) erteilt wurde und für Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 18 Abs. 2 AufenthG unter den in der Fassung des Gesetzes vom 13.12.2006 aufgenommenen Voraussetzungen. Dies bedeutete, dass Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen (nach den §§ 22, 23, 23a, 25 Abs. 3-5 AufenthG), sofern diese zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder (in der Vergangenheit) berechtigt hatte, grundsätzlich einen Anspruch auf Kindergeld erhalten sollten (ebenso auf Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss). Weiterhin ausgeschlossen bleiben sollten Ausländer mit Aufenthaltserlaubnis, aber ohne Erlaubnis zu einer Erwerbstätigkeit. Allerdings sollte unabhängig vom Aufenthaltsstatus ein möglicher dauerhafter Aufenthalt dann angenommen werden können, wenn nach einem Zeitablauf von fünf Jahren Aufenthalt in Deutschland eine gewisse Integration auch in das Erwerbsleben stattgefunden hatte (entsprechend den in § 62 Abs. 2 Nr. 3b EStG in der Fassung des Gesetzes vom 13.12.2006 geregelten Voraussetzungen). Unabhängig von der Frage der Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit sollten gestattete und geduldete Ausländer weiterhin vom Anspruch auf Kindergeld ausgeschlossen bleiben.

In der Begründung des Gesetzentwurfs (Bundestags-Drucksache 16/1368) wird im Allgemeinen Teil ausgeführt:

„Das Bundesverfassungsgericht hat in den genannten Beschlüssen“ (vom 06.07.2004, 1 BvL 4/97 zum Kindergeld, und 1 BvR 2515/95 zum Erziehungsgeld) „die Zielsetzung des Gesetzgebers, Familienleistungen nur für die ausländischen Staatsangehörigen vorzusehen, die sich voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhalten, nicht beanstandet. Es hat jedoch die vom Gesetzgeber vorgenommene Regelung für ungeeignet gehalten, dieses Ziel zu erreichen. Nach den Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts waren die Gründe für die Erteilung des in den streitigen Fällen vorliegenden Aufenthaltstitels „Aufenthaltsbefugnis“ nicht typischerweise nur vorübergehender Natur. Deshalb eignete sich die Aufenthaltsbefugnis allein nicht als Grundlage einer Prognose über die Dauer des Aufenthalts in Deutschland und damit auch nicht als Abgrenzungskriterium bei der Gewährung von Familienleistungen.

Unter Beibehaltung der vom Bundesverfassungsgericht nicht beanstandeten Zielsetzung des Gesetzgebers werden die Anspruchsvoraussetzungen unter Beachtung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts und der neuen Systematik der Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz neu geregelt.

Von einem voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt in Deutschland kann bei Personen ausgegangen werden, die über eine (unbefristete) Niederlassungserlaubnis verfügen. Da nach Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes grundsätzlich jede Aufenthaltserlaubnis einer Verfestigung zugänglich ist, muss bei Personen, die über eine Aufenthaltserlaubnis verfügen, ein weiteres Indiz hinzukommen, das einen voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt in Deutschland plausibel erscheinen lässt. Dieses wird vor allem die Ausübung einer Erwerbstätigkeit bzw. der Umstand sein, dass eine Erwerbstätigkeit erlaubt ist oder erlaubt werden könnte. Das Zweite Buch Sozialgesetzbuch knüpft die Ansprüche von ausländischen Staatsangehörigen ebenfalls an die Möglichkeit, eine Beschäftigung auszuüben. Auch nach dem Aufenthaltsgesetz dürfen einige Personengruppen, für die der Gesetzgeber eine von Beginn an bestehende Daueraufenthaltsperspektive prognostiziert, schon von Gesetzes wegen jede selbständige und unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben.

Auch bei ausländischen Staatsangehörigen, die nicht von Gesetzes wegen einer Erwerbstätigkeit nachgehen dürfen, sind die Ausübung einer Beschäftigung bzw. die Integration in den deutschen Arbeitsmarkt ein Indikator für einen dauernden Verbleib in Deutschland. Die Sicherung des Lebensunterhalts aus eigener Erwerbstätigkeit ist in der Regel für die Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis erforderlich und war in der Vergangenheit regelmäßig Voraussetzung für die Anwendung von Gruppenbleiberechtsregelungen für Asylsuchende und Geduldete. Auch das Bundesverfassungsgericht führt insoweit aus: „Zudem wurden von der Regelung gerade die Angehörigen der Gruppe betroffen, die rechtstatisch eher auf Dauer in Deutschland bleiben werden. Die Regelung benachteiligte nämlich im Wesentlichen Eltern, die in den deutschen Arbeitsmarkt integriert waren, da Eltern, die ausschließlich von Sozialhilfe lebten, nicht betroffen waren.“ (BVerfG, 1 BvL 4/97 vom 6. Juli 2004, Absatz-Nr. 68).

Von einem nur vorübergehenden Aufenthalt ist bei ausländischen Staatsangehörigen auszugehen, deren Aufenthalt in Deutschland erkennbar begrenzt ist, z. B. bei denjenigen, die sich nur zu Ausbildungszwecken in Deutschland aufhalten oder bei denen eine Verlängerung der Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung nach Ablauf eines Höchstzeitraums rechtlich ausgeschlossen ist.

...
Im Übrigen ist bei ausländischen Staatsangehörigen, die einer Erwerbstätigkeit nicht nachgehen dürfen, in aller Regel davon auszugehen, dass sie nachrangige staatliche Fürsorgeleistungen beziehen. Hinsichtlich dieser Personengruppe hat das Bundesverfassungsgericht am Beispiel des Sozialhilfebezugs darauf hingewiesen, dass sich im Fall durchgehenden Sozialhilfebezugs das verfügbare Familieneinkommen durch das Kindergeld (gilt auch für den Unterhaltsvorschuss) im Ergebnis nicht ändert, weil vorrangige staatliche Leistungen beim Bezug von nachrangigen Fürsorgeleistungen ohnehin nicht den Eltern, sondern im Wege des Erstattungsanspruchs (oder der Einkommensanrechnung) dem subsidiär leistenden Fürsorgeleistungsträger zugute kommen (BVerfG, 1 BvL 4/97 vom 6. Juli 2004, Absatz-Nr. 51, 62).

...
Auch bei ausländischen Staatsangehörigen, denen eine Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Erwerbstätigkeit erteilt wird, kann, unbeschadet der zunächst bestehenden Befristung, von einem dauerhaften Aufenthalt ausgegangen werden, wenn die Aufenthaltserlaubnis und die Zustimmung zur Ausübung einer Beschäftigung unmittelbar verlängert werden können oder wenn es einer solchen Zustimmung nicht bedarf.

Die gleiche Annahme eines potenziell dauerhaften Aufenthalts gilt für ausländische Staatsangehörige, die über eine sonstige Aufenthaltserlaubnis verfügen und erwerbstätig oder nur vorübergehend nicht erwerbstätig sind.

Ausgenommen hiervon sind diejenigen ausländischen Staatsangehörigen, bei denen der Aufenthalt befristet und eine Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis nicht absehbar bzw. ausgeschlossen ist. Deshalb erhalten ausländische Staatsangehörige, die sich zu Ausbildungszwecken in Deutschland aufhalten, kein Kindergeld. Auch eine Aufenthaltserlaubnis

zum Zwecke der Erwerbstätigkeit indiziert dann keinen dauerhaften Aufenthalt, wenn sich die aktuelle Zustimmung auf eine bestimmte Tätigkeit bezieht und die Verlängerung der Zustimmung zur Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung nach einem Höchstzeitraum rechtlich ausgeschlossen ist. Dies ist nach der Beschäftigungsverordnung z. B. bei Saisonarbeitskräften, Spezialitätenköchen oder Au-pair-Kräften der Fall.

Unabhängig vom Aufenthaltsstatus ist jedoch ein möglicher dauerhafter Aufenthalt anzunehmen, wenn nach einem Zeitablauf von fünf Jahren Aufenthalt in Deutschland eine gewisse Integration auch in das Erwerbsleben stattgefunden hat.“

Anders als in der Fassung des Gesetzes vom 13.12.2006 sah der Entwurf mithin vor, dass bereits bei in der Gegenwart bestehender oder in der Vergangenheit bestandener Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit ein Anspruch auf Kindergeld für die nach dem Entwurf nicht vom Anspruch auf Kindergeld ausgeschlossenen Aufenthaltstitel bestehen konnte. Es kam also nicht darauf an, ob der Ausländer - sei es wegen der Kinderbetreuung oder aus anderen Gründen - tatsächlich erwerbstätig war bzw. sein konnte oder nicht.

Für Ausländer mit einem nicht grundsätzlich begünstigten Aufenthaltstitel berücksichtigte der Entwurf die durch tatsächliche Verhältnisse begründete Prognose eines voraussichtlich dauerhaften Aufenthalts bei mindestens fünfjährigem rechtmäßigem Aufenthalt und Erfüllung weiterer Voraussetzungen (Erwerbstätigkeit, Bezug von Geldleistungen nach dem SGB II oder Elternzeit).

Dieser Entwurf ist so nicht Gesetz geworden.

In der Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (13. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 16/1368 – (Bundestags-Drucksache vom 13.10.2006, 16/2940) wurde der Gesetzentwurf so geändert, wie er als Gesetz in der Fassung vom 13.12.2006 verabschiedet wurde. Der Bericht führt u.a. aus:

„Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf sollen die Anspruchsvoraussetzungen unter Beachtung der differenzierten Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts neu geregelt werden, wobei der vom Gericht nicht beanstandete Grundsatz beibehalten wird, dass ausländische Staatsangehörige nur dann Kindergeld bzw. Unterhaltsvorschuss oder Erziehungsgeld erhalten sollen, wenn sie sich voraussichtlich dauerhaft in Deutschland aufhalten. ...

Die vorgesehenen Neuregelungen gehen davon aus, dass dies zunächst bei solchen Personen der Fall ist, die über eine Niederlassungserlaubnis verfügen, da diese nach dem Aufenthaltsgesetz als unbefristeter Aufenthaltstitel ausgestaltet ist. Bei Personen, die nur über eine Aufenthaltserlaubnis verfügen, muss demgegenüber ein weiteres Indiz hinzukommen. Dies ist die Ausübung einer Erwerbstätigkeit bzw. der Umstand, dass eine Erwerbstätigkeit erlaubt ist oder erlaubt werden könnte. Der Gesetzentwurf sieht deshalb auch für Personengruppen, die nach dem Aufenthaltsgesetz uneingeschränkt erwerbstätig sein dürfen, eine Anspruchsberechtigung vor. Bei ausländischen Staatsangehörigen, denen eine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Erwerbstätigkeit erteilt wird, geht der Entwurf von einem dauerhaften Aufenthalt aus, wenn die Aufenthaltserlaubnis und die Zustimmung zur Ausübung einer Beschäftigung unmittelbar verlängert werden können oder wenn es einer solchen Zustimmung nicht bedarf. Die gleiche Annahme eines vo-

raussichtlich dauerhaften Aufenthalts gilt für Personen, die über eine sonstige Aufenthaltserlaubnis verfügen und erwerbstätig oder nur vorübergehend nicht erwerbstätig sind. Ausgenommen hiervon sind diejenigen ausländischen Staatsangehörigen, bei denen der Aufenthalt befristet und eine Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis nicht absehbar bzw. ausgeschlossen ist. Weitere Regelungen knüpfen an die Dauer des Aufenthalts und an eine gewisse Integration in das Erwerbsleben an.“

Der Bericht gibt den Inhalt der Ausschussberatungen wieder:

Die Fraktion der CDU/CSU war der Auffassung, „Mit dem vorgelegten Änderungsantrag würden die hierfür bestehenden verfassungsrechtlichen Spielräume im Hinblick auf die Anknüpfung an Aufenthaltstitel, Dauer des Aufenthalts und Erwerbstätigkeit gegenüber dem Gesetzentwurf differenzierter ausgelegt. Es werde deutlich gemacht, dass bestimmte Fallgruppen von vorn herein ausgeschlossen seien. Dies betreffe zunächst diejenigen, die ausschließlich zeitlich befristet zum Zweck des Studiums, der Ausbildung oder für eine befristete Berufsausübung in Deutschland seien. In anderen Fallgruppen, in denen die Betroffenen aus humanitären, völkerrechtlichen oder politischen Gründen aufgenommen worden seien oder sich im Rahmen einer Härtefallregelung in Deutschland aufhielten, komme es auf die Dauer des Aufenthalts an. Ein Aufenthalt von länger als drei Jahren in Deutschland könne als ausreichend für die Prognose betrachtet werden, dass die Betroffenen voraussichtlich auf Dauer ihren Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland begründeten und damit auch einen Anspruch auf Familienleistungen hätten. Diese differenziertere Betrachtungsweise bewege sich im Rahmen der vom Bundesverfassungsgericht geforderten Anknüpfungspunkte für die Prognose, so dass verfassungsrechtlich insoweit keine Bedenken bestünden.“

Die Fraktion der SPD „begrüßte die Intention des Gesetzentwurfs, den Bezug von Familienleistungen im Lichte der Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in verfassungskonformer Weise zu regeln. Die Anknüpfung an die Dauerhaftigkeit des Aufenthalts sei ein sachgerechtes Kriterium, wobei die Berechtigung zur Erwerbstätigkeit ein geeignetes Indiz für eine entsprechende Prognose abgäbe. Mit dem vorgelegten Änderungsantrag werde der Personenkreis, der keine Berechtigung haben solle, ausgedehnt. Ursprünglich hätten nur diejenigen Personen vom Bezug der Familienleistungen ausgeschlossen werden sollen, von denen klar sei, dass sie sich lediglich befristet in Deutschland aufhielten wie beispielsweise Studierende, Auszubildende oder Saisonarbeitskräfte. Nunmehr sei dieser Ausschluss auf Ausländerinnen und Ausländer erweitert worden, die sich aus humanitären Gründen in Deutschland aufhielten. Dabei müsse allerdings betont werden, dass die ursprünglich vorgesehene Wartefrist von fünf Jahren nunmehr auf drei Jahre verkürzt werde. Auch aus Sicht der Fraktion der SPD bewegen sich diese Änderungen gegenüber dem ursprünglichen Gesetzentwurf innerhalb des vom Bundesverfassungsgericht vorgegebenen Rahmens.“

Die Fraktion der FDP „führte aus, man habe sich bereits mit dem ursprünglichen Gesetzentwurf schwer getan, ihn aber im Ergebnis als zustimmungsfähig erachtet. Das Ziel einer verfassungskonformen Regelung der Anspruchsberechtigung für Familienleistungen werde auch von der Fraktion der FDP begrüßt. Die Anknüpfung an aufenthaltsrechtliche Regelungen erscheine indes bereits in dem Ursprungsentwurf sehr restriktiv. Tatsächlich hielten sich viele Menschen etwa aufgrund von Entscheidungen der Härtefallkommissio-

nen, als Kriegsflüchtlinge, aufgrund eines Abschiebeschutzes bzw. Unmöglichkeit der Rückkehr oder aus humanitären Gründen längere Zeit in der Bundesrepublik Deutschland auf. Es müsse als problematisch erachtet werden, diese auszugrenzen. Der nunmehr vorgelegte Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen verstärke diese Tendenz noch und erscheine auch im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben als fragwürdig. Insgesamt könne die Fraktion der FDP dem so nicht zustimmen.“

Die Fraktion DIE LINKE „bezweifelte bereits die Notwendigkeit des vorgelegten Änderungsantrags. Im Vergleich zu dem ursprünglichen Entwurf stelle dieser für die Betroffenen eine Verschlechterung dar. Darüber hinaus bestünden auch Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser Änderungen. Das Bundesverfassungsgericht habe klar zum Ausdruck gebracht, dass das Kriterium nicht der Aufenthaltstitel sein könne, sondern die Dauerhaftigkeit des Aufenthalts. Davon weiche der Änderungsantrag klar ab. ... Mit diesen Änderungen sei der Gesetzentwurf aus Sicht der Fraktion DIE LINKE nicht zustimmungsfähig.“

Die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „erklärte ebenfalls, ursprünglich habe man dem vorgelegten Gesetzentwurf zustimmen wollen. Die mit dem Änderungsantrag vorgelegten Regelungen ließen dies jedoch nicht mehr zu. Insbesondere bestünden Zweifel an deren Verfassungskonformität. Selbst die Verkürzung der Wartefrist von fünf auf drei Jahre könne nicht darüber hinwegtäuschen, welcher Personenkreis hier angesprochen sei. Es handle sich nicht nur um Begünstigte von Entscheidungen der Härtefallkommission, sondern auch um Kriegsflüchtlinge und Menschen, die aus humanitären und aus menschenrechtlichen Gründen nicht abgeschoben werden könnten. Damit seien also im Grunde Menschen betroffen, denen es dauerhaft unmöglich sei, in ihre Heimat zurückzukehren. Auch sei die Zahl der Betroffenen so gering, dass man an dieser Stelle gut auf die nunmehr vorgesehene Bürokratie hätte verzichten können.“

Mit ihrem Entschließungsantrag zu der dritten Beratung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung – Drucksachen 16/1368, 16/2940 – (Bundestags-Drucksache 16/3029 vom 18.10.2006) machten mehrere Abgeordnete und die Fraktion der FDP (ohne Erfolg) geltend:

„4. Gegen einen so weitgehenden Ausschluss von nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern bestehen Bedenken aus verfassungsrechtlicher und systematischer Hinsicht.

a) Die Aufenthaltserlaubnisse nach den §§ 23a, 25 Abs. 3, 25 Abs. 4 Satz 2 und 25 Abs. 5 AufenthG gehen über einen nur vorübergehenden Aufenthalt im Bundesgebiet hinaus. § 23a AufenthG betrifft die Aufenthaltsgewährung in Härtefällen, d. h. bei dringenden humanitären oder persönlichen Gründen; ein Hinweis auf einen nur vorübergehenden Aufenthalt ist in der Vorschrift nicht enthalten. Es ist davon auszugehen, dass in den Fällen, in denen sowohl die ersuchende Härtefallkommission als auch das anordnende Innenministerium von einem besonderen Härtefall ausgehen, letztlich ein dauerhafter Aufenthalt im Bundesgebiet die Regel sein wird. § 25 AufenthG regelt den Aufenthalt aus humanitären Gründen. § 25 Abs. 3 ermöglicht den Aufenthalt bei zielstaatsbezogenen Abschiebungsverboten. Im Gegensatz zur Duldung, die regelmäßig kurzfristig behebbar Ausreisehindernisse voraussetzt und den rechtswidrigen Aufenthalt nicht beendet, muss nach § 25 Abs. 3 zumindest ein vorübergehender rechtmäßiger Aufenthalt ermöglicht werden.

Die Erfahrung zeigt, dass es sich bei den zielstaatsbezogenen Abschiebungshindernissen oft um langjährige Zustände handelt, also ein nicht nur vorübergehender Aufenthalt die Folge ist. § 25 Abs. 4 Satz 2 enthält im Gegensatz zu Satz 1 keinen ausdrücklichen Hinweis auf einen nur vorübergehenden Aufenthalt und stellt eine eigenständige Regelung dar; hierunter werden Fälle wie etwa die Betreuung eines geistig behinderten Kindes gefasst. § 25 Abs. 5 schließlich stellt ausdrücklich darauf ab, dass eine Ausreise auf absehbare Zeit nicht möglich ist. Das Problem der sog. Kettenduldungen ist hiermit allerdings, so die bisherigen Praxiserfahrungen, noch nicht gelöst.

b) Sicherlich stellt die Erwerbstätigkeit ein starkes Indiz für eine Integration in den Arbeitsmarkt und für die Perspektive eines dauerhaften Aufenthalts in Deutschland dar. Solange allerdings die bereits in dem Antrag „Kulturelle Vielfalt – Universelle Werte – Neue Wege zu einer rationalen Integrationspolitik“ (Bundestagsdrucksache 15/4401) enthaltene Forderung danach, dass alle rechtmäßig in Deutschland lebenden Personen die Möglichkeit haben sollten, für ihren Lebensunterhalt zu sorgen, nicht umgesetzt ist, stellen grundsätzlich auch die Berechtigung zur Erwerbstätigkeit bzw. die Zustimmung zur Ausübung einer Beschäftigung ein starkes Indiz der Integration beim Bezug von Familienleistungen dar.“

Mit ihrem Entschließungsantrag zu der zweiten und dritten Beratung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung – Drucksachen 16/1368, 16/2940 – (Bundestags-Drucksache 16/3030 vom 18.10.2006) machten einige Abgeordnete und die Fraktion DIE LINKE (ohne Erfolg) geltend:

„2. Der ursprüngliche Gesetzentwurf der Bundesregierung auf Bundestagsdrucksache 16/1368 berücksichtigt bei der Frage der Gewährung von Familienleistungen für Ausländer und Ausländerinnen weitgehend die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts. Allerdings wurden langjährig geduldete Menschen und Asylsuchende, bei denen ebenfalls von einem Daueraufenthalt ausgegangen werden kann, pauschal vom Leistungsbezug ausgeschlossen. Im allgemeinen Begründungsteil (S. 8) wird hierzu sinngemäß ausgeführt, dass es einer Neuregelung in Bezug auf diesen Personenkreis (Kettenduldungen) nicht bedürfe, da CDU, CSU und SPD in ihrem Koalitionsvertrag den Willen erklärt hätten, hierfür eine „befriedigende Lösung nach dem Aufenthaltsgesetz“ zu finden. Dies überzeugt nicht, da eine zu erwartende einmalige Bleiberechtsregelung durch die Innenministerkonferenz künftige Fälle der Ungleichbehandlung langjährig Geduldeter nicht verhindern würde, und eine Änderung der gesetzlichen Regelungen zur Praxis der Kettenduldung ebenfalls nicht absehbar ist (der Evaluationsbericht des Bundesministeriums des Innern zum Zuwanderungsgesetz vom 24. Juli 2006 sieht hier keinen Gesetzesänderungsbedarf, vgl. ebd., S. 77).

3. Der Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und SPD auf Ausschussdrucksache 16(13)140 enthält weitere Ausschlüsse vom Kindergeld, dem Erziehungsgeld und dem Unterhaltsvorschuss, die verfassungsrechtlich bedenklich sind. Dies gilt vor allem deshalb, weil mit dem Ausschluss von nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern mit einer Aufenthaltserlaubnis nach den §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG) gerade solche Aufenthaltsgründe betroffen sind, die auf einen voraussichtlichen Daueraufenthalt schließen lassen: Insbesondere bei Menschen, die infolge einer Härtefallkommissionsentscheidung (§ 23a AufenthG), nach Feststellung menschenrechtli-

cher Abschiebungshindernisse (§ 25 Abs. 3 AufenthG) oder außergewöhnlicher Härtefallgründe, die nicht nur vorübergehend gegen eine Ausreise sprechen (§ 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG), sowie bei langjährig Geduldeten, bei denen auf absehbare Zeit eine Ausreise aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich ist (§ 25 Abs. 5 AufenthG), sind die Voraussetzungen für eine Gleichbehandlung bei familienrechtlichen Leistungen nach Maßgabe des Bundesverfassungsgerichts aufgrund der gegebenen Bleibereichtsperspektive offensichtlich erfüllt.

Die nach dem Änderungsantrag jeweils in Unterpunkt 3 enthaltene Auffangklausel sichert nicht für jede Fallkonstellation eine verfassungskonforme Gewährung der Familienleistungen. Die geforderten Anspruchsvoraussetzungen eines dreijährigen Mindestaufenthaltes sowie einer Erwerbstätigkeit, eines ALG-I-Bezugs oder einer gewährten Elternzeit schließen Familienleistungen für zahlreiche Familien mit einer humanitär oder menschenrechtlich begründeten Aufenthaltserlaubnis aus. Betroffen sind Ausländer und Ausländerinnen, die wegen Schulbesuchs, einer schulischen Berufsausbildung, eines Hochschulstudiums oder wegen Erwerbsunfähigkeit, Krankheit, Behinderung oder längerfristiger Arbeitslosigkeit derzeit nicht erwerbstätig sind. Ausgeschlossen werden auch Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die z. B. aufgrund der vielfach üblichen nur befristeten Beschäftigungsverhältnisse oder mangels Bereitschaft von Unternehmen in der Praxis keine Elternzeit in Anspruch nehmen können. Auch wenn ein Partner/eine Partnerin in Vollzeit und der/die andere gar nicht arbeitet, besteht für Letztere demnach kein Leistungsanspruch.

Nicht erwerbstätige Alleinerziehende mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären oder menschenrechtlichen Gründen werden von allen drei in Frage kommenden Familienleistungen ausgeschlossen. Weitere Konstellationen sind denkbar. Allen gemeinsam ist, dass nicht das vom Bundesverfassungsgericht vorgegebene maßgebliche Kriterium der voraussichtlichen Aufenthaltsperspektive in Deutschland die Ungleichbehandlung bei der Gewährung von Familienleistungen begründet.“

§ 62 Abs. 2 EStG (ebenso § 1 Abs. 3 BKGG) in der Fassung des Gesetzes vom 13.12.2006 macht (neben den allgemein geltenden Voraussetzungen) den Anspruch auf Kindergeld eines nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländers von seinem ausländerrechtlichen Aufenthaltsstatus und damit verbunden ggf. weiteren Voraussetzungen abhängig.

Vorschriften des Ausländergesetzes und des Aufenthaltsgesetzes

Ab 01.01.1991 bis zum 31.12.2004 galt das Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet (Ausländergesetz - AuslG). Seit dem 01.01.2005 gilt das Aufenthaltsgesetz (AufenthG).

Vorschriften des Ausländergesetzes

Nach dem 2. Abschnitt des AuslG gab es:

1. Aufenthaltsgenehmigung (§§ 5 bis 14 AuslG)

2. Aufenthaltserlaubnis und Aufenthaltsberechtigung (§§ 15 bis 27a AuslG)

Nur die unter Nr. 2 geregelten Aufenthaltstitel berechtigten nach § 1 Abs. 3 BKGG bzw. § 62 Abs. 2 EStG a.F. zum Anspruch auf Kindergeld. Die nachfolgenden Aufenthaltstitel der §§ 28 ff. und die Duldung berechtigten nicht hierzu.

3. Aufenthaltsbewilligung (§§ 28 und 29 AuslG)

4. Aufenthaltsbefugnis (§§ 30 bis 35 AuslG).

§ 30 AuslG lautete:

§ 30 Aufenthaltsbefugnis

(1) Die Aufenthaltsgenehmigung wird als Aufenthaltsbefugnis erteilt, wenn einem Ausländer aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland Einreise und Aufenthalt im Bundesgebiet erlaubt werden soll und die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ausgeschlossen ist oder ihr einer der in § 7 Abs. 2 bezeichneten Versagungsgründe entgegensteht.

(2) Einem Ausländer, der sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, kann aus dringenden humanitären Gründen eine Aufenthaltsbefugnis erteilt werden, wenn

1. die Erteilung oder Verlängerung einer anderen Aufenthaltsgenehmigung ausgeschlossen ist und

2. auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalles das Verlassen des Bundesgebietes für den Ausländer eine außergewöhnliche Härte bedeuten würde;

soweit der Ausländer nicht mit einem weiteren Aufenthalt im Bundesgebiet rechnen durfte, sind die Dauer des bisherigen Aufenthalts des Ausländers und seiner Familienangehörigen nicht als dringende humanitäre Gründe anzusehen.

(3) Einem Ausländer, der unanfechtbar ausreisepflichtig ist, kann eine Aufenthaltsbefugnis abweichend von § 8 Abs. 1 erteilt werden, wenn die Voraussetzungen des § 55 Abs. 2 für eine Duldung vorliegen, weil seiner freiwilligen Ausreise und seiner Abschiebung Hindernisse entgegenstehen, die er nicht zu vertreten hat.

(4) Im übrigen kann einem Ausländer, der seit mindestens zwei Jahren unanfechtbar ausreisepflichtig ist und eine Duldung besitzt, abweichend von § 8 Abs. 1 und 2 eine Aufenthaltsbefugnis erteilt werden, es sei denn, der Ausländer weigert sich, zumutbare Anforderungen zur Beseitigung des Abschiebungshindernisses zu erfüllen.

(5) Einem Ausländer, dessen Asylantrag unanfechtbar abgelehnt worden ist oder der seinen Asylantrag zurückgenommen hat, darf eine Aufenthaltsbefugnis nur nach Maßgabe der Absätze 3 und 4 erteilt werden.

Die in § 30 AuslG in Bezug genommene Vorschrift des § 55 AuslG befindet sich im 4. Abschnitt des AuslG. Der 4. Abschnitt des AuslG regelte die Beendigung des Aufenthalts, und zwar

1. Begründung der Ausreisepflicht (§§ 42 bis 48 AuslG)

2. Durchsetzung der Ausreisepflicht (§§ 49 bis 57 AuslG).

Die Regelungen in §§ 49 bis 57 AuslG beinhalten u.a. die Duldung in § 55 AuslG:

(1) Die Abschiebung eines Ausländers kann nur nach Maßgabe der Absätze 2 bis 4 zeitweise ausgesetzt werden (Duldung).

(2) Einem Ausländer wird eine Duldung erteilt, solange seine Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist oder nach § 53 Abs. 6 oder § 54 ausgesetzt werden soll.

(3) Einem Ausländer kann eine Duldung erteilt werden, solange er nicht unanfechtbar ausreisepflichtig ist oder wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern.

(4) Ist rechtskräftig entschieden, daß die Abschiebung eines Ausländers zulässig ist, kann eine Duldung nur erteilt werden, wenn die Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist oder nach § 54 ausgesetzt werden soll. Die Erteilung einer Duldung aus den in § 53 Abs. 6 Satz 1 genannten Gründen ist zulässig, soweit sie in der Abschiebungsandrohung vorbehalten worden ist.

Nach § 56 Abs. 1 AusIG bleibt die Ausreisepflicht eines geduldeten Ausländers unberührt. Der Aufenthalt des geduldeten Ausländers im Inland ist jedoch nicht strafbar.

Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes

Seit dem 01.01.2005 gilt das AufenthG.

Nach § 1 Abs. 2 (Nr. 1) AufenthG findet das Gesetz u.a. keine Anwendung auf Ausländer, deren Rechtsstellung von dem Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern geregelt ist, soweit nicht durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist.

Soweit EU-Bürger freizügigkeitsberechtigt sind, unterfallen sie nicht der Regelung in § 62 Abs. 2 EStG. Es handelt sich damit bei den von § 62 Abs. 2 EStG betroffenen Ausländern um Ausländer, auf die das AufenthG Anwendung findet.

Fortgeltung bisheriger Aufenthaltsrechte

§ 101 AufenthG regelt die Fortgeltung bisheriger Aufenthaltsrechte:

(1) Eine vor dem 1. Januar 2005 erteilte Aufenthaltsberechtigung oder unbefristete Aufenthaltserlaubnis gilt fort als Niederlassungserlaubnis entsprechend dem ihrer Erteilung zu Grunde liegenden Aufenthaltswitz und Sachverhalt. Eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis, die nach § 1 Abs. 3 des Gesetzes über Maßnahmen für im Rahmen humanitärer Hilfsaktionen aufgenommene Flüchtlinge vom 22. Juli 1980 (BGBl. I S. 1057) oder in entsprechender Anwendung des vorgenannten Gesetzes erteilt worden ist, und eine anschließend erteilte Aufenthaltsberechtigung gelten fort als Niederlassungserlaubnis nach § 23 Abs. 2.

(2) Die übrigen Aufenthaltsgenehmigungen gelten fort als Aufenthaltserlaubnisse entsprechend dem ihrer Erteilung zu Grunde liegenden Aufenthaltswitz und Sachverhalt.

Mit Wirkung ab 28.08.2007 wurde Abs. 3 hinzugefügt:

(3) Ein Aufenthaltstitel, der vor dem 28. August 2007 mit dem Vermerk „Daueraufenthalt-EG“ versehen wurde, gilt als Erlaubnis zum Daueraufenthalt – EU fort.

Arten der Aufenthaltstitel nach dem AufenthG

Das AufenthG sieht befristete und unbefristete Aufenthaltstitel vor.

Niederlassungserlaubnis, § 9 AufenthG

§ 9 AufenthG regelt die Niederlassungserlaubnis.

§ 9 Abs. 1 AufenthG bestimmt:

Die Niederlassungserlaubnis ist ein unbefristeter Aufenthaltstitel. Sie berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit und kann nur in den durch dieses Gesetz ausdrücklich zugelassenen Fällen mit einer Nebenbestimmung versehen werden. § 47 bleibt unberührt.

(§ 47 AufenthG regelt Verbot und Beschränkung der politischen Betätigung.)

Nach § 9 Abs. 2 AufenthG ist einem Ausländer bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen die Niederlassungserlaubnis u.a. zu erteilen, wenn

- 1. er seit fünf Jahren die Aufenthaltserlaubnis besitzt,*
- 2. sein Lebensunterhalt gesichert ist.*

Begriffsbestimmung: Sicherung des Lebensunterhalts, § 2 AufenthG

Der Lebensunterhalt eines Ausländers ist nach der Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 3 AufenthG *gesichert, wenn er ihn einschließlich ausreichenden Krankenversicherungsschutzes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestreiten kann.* Als öffentliche Mittel bleiben dabei außer Betracht bzw. gelten nicht u.a. das Kindergeld.

Niederlassungserlaubnis: Anspruch auf Kindergeld

Die Niederlassungserlaubnis berechtigt nach § 62 Abs. 2 Nr. 1 EStG in der ab 01.01.2006 geltenden Fassung in Bezug auf die Eigenschaft als Ausländer ohne weitere Voraussetzungen zum Anspruch auf Kindergeld.

Andere Aufenthaltstitel: nur zum Teil ein Anspruch auf Kindergeld

Die nachfolgenden Aufenthaltstitel berechtigen, soweit sie zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigen oder berechtigt haben, teilweise ohne weitere Voraussetzungen, teilweise nur bei Vorliegen der in § 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG genannten Voraussetzungen zum Anspruch auf Kindergeld. Teilweise berechtigen sie generell nicht zum Anspruch auf Kindergeld und zwar auch dann, wenn die Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG vorliegen.

Berechtigung zur Erwerbstätigkeit, §§ 4, 18 AufenthG

Ein Aufenthaltstitel kann unter den Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 AufenthG zu einer Erwerbstätigkeit berechtigen.

§ 4 Abs. 2 AufenthG lautet:

Ein Aufenthaltstitel berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, sofern es nach diesem Gesetz bestimmt ist oder der Aufenthaltstitel die Ausübung der Erwerbstätigkeit ausdrücklich erlaubt. Jeder Aufenthaltstitel muss erkennen lassen, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt ist. Einem Ausländer, der keine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Beschäftigung besitzt, kann die Ausübung einer Beschäftigung nur erlaubt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist. Beschränkungen bei der Erteilung der Zustimmung durch die Bundesagentur für Arbeit sind in den Aufenthaltstitel zu übernehmen.

Die Regelung bedeutet, dass - sofern sich die Berechtigung zu einer Erwerbstätigkeit nicht aus dem Gesetz ergibt - bei jeder Art Aufenthaltstitel eine Erwerbstätigkeit erlaubt werden kann, soweit die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 AufenthG, insbesondere in Verbindung mit der Beschäftigungsverordnung (BeschV) vorliegen (vgl. Dienelt in Renner/Bergmann/Dienelt, Kommentar zum Ausländerrecht, 10. Aufl. 2013, Rdz. 80 ff. zu § 4 AufenthG).

Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zur Ausübung einer Beschäftigung, Grundlagen der Ermessensausübung

§ 18 AufenthG - Beschäftigung - Abs. 1 und 2 lauten:

(1) Die Zulassung ausländischer Beschäftigter orientiert sich an den Erfordernissen des Wirtschaftsstandortes Deutschland unter Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt und dem Erfordernis, die Arbeitslosigkeit wirksam zu bekämpfen. Internationale Verträge bleiben unberührt.

(2) Einem Ausländer kann ein Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Beschäftigung erteilt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit nach § 39 zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung nach § 42 oder zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist. Beschränkungen bei der Erteilung der Zustimmung durch die Bundesagentur für Arbeit sind in den Aufenthaltstitel zu übernehmen.

Die Regelung betrifft nicht nur Erlaubnis einer Beschäftigung für Ausländer, die eine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Erwerbstätigkeit anstreben, sondern gemäß § 4 Abs. 2 Satz 3 AufenthG auch Ausländer, die keine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Beschäftigung besitzen. Sie betrifft insbesondere auch Ausländer, die im Besitz der im Abschnitt 5 des AufenthG geregelten Aufenthaltstitel sind, ferner geduldete und gestattete Ausländer. § 18 Abs. 1 AufenthG regelt die ermessenslenkenden Vorgaben für die Erteilung der Zustimmung zur Beschäftigung durch die Bundesagentur für Arbeit (vgl. die Allgemeine

Verwaltungsvorschrift zu § 18 AufenthG, Wiedergabe in Röseler/Sußmann in Renner/Bergmann/Dienelt, Kommentar zum Ausländerrecht, 10. Aufl. 2013)

§ 39 AufenthG - Zustimmung zur Ausländerbeschäftigung - lautete in der vom 01.01.2005 bis zum 31.12.2006 geltenden Fassung:

(1) Ein Aufenthaltstitel, der einem Ausländer die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt, kann nur mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erteilt werden, soweit durch Rechtsverordnung nicht etwas anderes bestimmt ist. Die Zustimmung kann erteilt werden, wenn dies in zwischenstaatlichen Vereinbarungen, durch ein Gesetz oder durch Rechtsverordnung bestimmt ist.

(2) Die Bundesagentur für Arbeit kann der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung nach § 18 zustimmen, wenn

1.

a) sich durch die Beschäftigung von Ausländern nachteilige Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt, insbesondere hinsichtlich der Beschäftigungsstruktur, der Regionen und der Wirtschaftszweige, nicht ergeben und

b) für die Beschäftigung deutsche Arbeitnehmer sowie Ausländer, die diesen hinsichtlich der Arbeitsaufnahme rechtlich gleichgestellt sind oder andere Ausländer, die nach dem Recht der Europäischen Union einen Anspruch auf vorrangigen Zugang zum Arbeitsmarkt haben, nicht zur Verfügung stehen oder

2. sie durch Prüfung nach Satz 1 Nr. 1 Buchstabe a und b für einzelne Berufsgruppen oder für einzelne Wirtschaftszweige festgestellt hat, dass die Besetzung der offenen Stellen mit ausländischen Bewerbern arbeitsmarkt- und integrationspolitisch verantwortbar ist, und der Ausländer nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt wird. Für die Beschäftigung stehen deutsche Arbeitnehmer und diesen gleichgestellte Ausländer auch dann zur Verfügung, wenn sie nur mit Förderung der Agentur für Arbeit vermittelt werden können. Der Arbeitgeber, bei dem ein Ausländer beschäftigt werden soll, der dafür eine Zustimmung benötigt, hat der Bundesagentur für Arbeit Auskunft über Arbeitsentgelt, Arbeitszeiten und sonstige Arbeitsbedingungen zu erteilen.

(3) Absatz 2 gilt auch, wenn bei Aufhalten zu anderen Zwecken nach den Abschnitten 3, 5, 6 oder 7 eine Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zur Ausübung einer Beschäftigung erforderlich ist.

(4) Die Zustimmung kann die Dauer und die berufliche Tätigkeit festlegen sowie die Beschäftigung auf bestimmte Betriebe oder Bezirke beschränken.

Die Fassung wurde teilweise geändert. Abs. 1 und Abs. 3 sind im Wesentlichen unverändert geblieben. Abs. 2 lautet in der seit dem 01.07.2013 geltenden Fassung:

(2) Die Bundesagentur für Arbeit kann der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung nach § 18 oder einer Blauen Karte EU nach § 19a zustimmen, wenn

1.

a) sich durch die Beschäftigung von Ausländern nachteilige Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt, insbesondere hinsichtlich der Beschäftigungsstruktur, der Regionen und der Wirtschaftszweige, nicht ergeben und

b) für die Beschäftigung deutsche Arbeitnehmer sowie Ausländer, die diesen hinsichtlich

der Arbeitsaufnahme rechtlich gleichgestellt sind oder andere Ausländer, die nach dem Recht der Europäischen Union einen Anspruch auf vorrangigen Zugang zum Arbeitsmarkt haben, nicht zur Verfügung stehen oder

2. sie durch Prüfung nach Satz 1 Nr. 1 Buchstabe a und b für einzelne Berufsgruppen oder für einzelne Wirtschaftszweige festgestellt hat, dass die Besetzung der offenen Stellen mit ausländischen Bewerbern arbeitsmarkt- und integrationspolitisch verantwortbar ist, und der Ausländer nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt wird. Für die Beschäftigung stehen deutsche Arbeitnehmer und diesen gleichgestellte Ausländer auch dann zur Verfügung, wenn sie nur mit Förderung der Agentur für Arbeit vermittelt werden können. Der Arbeitgeber, bei dem ein Ausländer beschäftigt werden soll, der dafür eine Zustimmung benötigt, hat der Bundesagentur für Arbeit Auskunft über Arbeitsentgelt, Arbeitszeiten und sonstige Arbeitsbedingungen zu erteilen.

§ 39 Abs. 2 BeschV regelt die Voraussetzungen für die Erteilung von Zustimmungen für die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer durch die Bundesagentur für Arbeit und legt die dabei zu berücksichtigenden - arbeitsmarktorientierten - Ermessenserwägungen fest. Negative Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt durch die Beschäftigung dürfen nicht zu erwarten sein und im konkreten Fall dürfen keine bevorrechtigten Arbeitnehmer zur Verfügung stehen. Es dürfen sich keine nachteiligen Auswirkungen vor allem auf die Beschäftigungsstruktur, die Regionen und die Wirtschaftszweige ergeben (vgl. Röseler/Sußmann, in Renner/Bergmann/Dienelt, a.a.O., Rdz. 17 zu § 39 AufenthG).

Begriffsbestimmung: Erwerbstätigkeit, § 2 AufenthG

Erwerbstätigkeit im Sinne des AufenthG ist gemäß § 2 AufenthG *die selbständige Tätigkeit und die Beschäftigung im Sinne von § 7 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch*. Eine Beschäftigung im Sinne von § 7 SGB IV ist gemäß Abs. 1 *die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis*. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind *eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers*. Dazu gehören auch geringfügige Beschäftigungen. Gemäß § 7 Abs. 4 SGB IV *gilt als Beschäftigung ... auch der Erwerb beruflicher Kenntnisse, Fertigkeiten oder Erfahrungen im Rahmen betrieblicher Berufsbildung*.

Aufenthaltserlaubnis: befristet, § 7 AufenthG

Nach § 7 Abs. 1 AufenthG ist die Aufenthaltserlaubnis *ein befristeter Aufenthaltstitel*. Sie wird *zu den in den nachfolgenden Abschnitten genannten Aufenthaltsw Zwecken erteilt*. In *begründeten Fällen kann eine Aufenthaltserlaubnis auch für einen von diesem Gesetz nicht vorgesehenen Aufenthaltsw Zweck erteilt werden*.

Aufenthaltserlaubnisse ohne Anspruch auf Kindergeld: §§ 16 und 17 AufenthG und § 8 Abs. 2 AufenthG i.V.m. der Beschäftigungsverordnung

Nach der Rückausnahme in § 62 Abs. 2 Nr. 2 a und b EStG erhält ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer, der eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, die zur Ausübung einer Er-

werbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat, kein Kindergeld, wenn die Aufenthaltserlaubnis nach § 16 oder § 17 AufenthG erteilt wurde oder wenn die Aufenthaltserlaubnis nach § 18 Abs. 2 AufenthG erteilt wurde und die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit nach der Beschäftigungsverordnung nur für einen bestimmten Höchstzeitraum erteilt werden darf.

Abschnitt 3. des AufenthG (§§ 16 und 17 AufenthG) regelt den Aufenthalt zum Zweck der Ausbildung.

§ 16 AufenthG

§ 16 AufenthG regelt den Aufenthalt für Studium, Sprachkurse und Schulbesuch. Die Aufenthaltserlaubnis nach § 16 AufenthG berechtigt nach Abs. 3 mit teilweisen Beschränkungen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit.

Nach erfolgreichem Abschluss des Studiums kann die Aufenthaltserlaubnis gemäß § 16 Abs. 4 AufenthG bis zu 18 Monaten (in der ab 01.08.2012 geltenden Fassung, vorher: bis zu einem Jahr) zur Suche eines diesem Abschluss angemessenen Arbeitsplatzes, sofern er nach den Bestimmungen der §§ 18, 19, 19a und 21 von Ausländern besetzt werden darf, verlängert werden. Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt während dieses Zeitraums zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit.

Diese Regelung trägt nach der Kommentierung dem Umstand Rechnung, „dass an der dauerhaften Beschäftigung von Absolventen ein staatliches Interesse besteht. Die Übernahme einer Beschäftigung oder einer selbständigen Erwerbstätigkeit im unmittelbaren Anschluss an den Studienabschluss erfordert aber die Erteilung eines neuen Aufenthaltstitel und ggf. zusätzlich die Einhaltung der Zulassungsverfahren der §§ 18 bis 21 AufenthG. In aller Regel ist ein Rechtsanspruch auf einen Aufenthaltstitel nicht gegeben. Allerdings kann in diesen Konstellationen nunmehr nicht mehr davon ausgegangen werden, dass die Begründung eines Daueraufenthalts unerwünscht sei; bei Vorliegen der Erteilungsvoraussetzungen sind kaum noch Ermessensgründe vorstellbar, die angesichts eines in der Regel bereits langjährigen Aufenthalts, gelungener Integration (Examen) und dem staatlichen Interesse im ‚Wettbewerb um die besten Köpfe‘ die Ablehnung der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis rechtfertigen könnten. ... Mit Abs. 4 wird eine Erwerbstätigkeit im Anschluss an ein erfolgreiches Studium nicht mehr als Ausnahme, sondern als erwünschter Normalfall ermöglicht. Trotz der Formulierung ‚Suche eines ... Arbeitsplatzes‘ ist auch die selbständige Erwerbstätigkeit einbezogen, worauf die Erwähnung von § 21 eindeutig hinweist.“ (Röseler in Renner/Bergmann/Dienelt, a.a.O., Rdz. 30 ff. zu § 16 AufenthG).

Nach § 16 Abs. 5b AufenthG (in der ab 01.08.2012 geltenden Fassung) kann nach erfolgreichem Abschluss der qualifizierten Berufsausbildung die Aufenthaltserlaubnis bis zu einem Jahr zur Suche eines diesem Abschluss angemessenen Arbeitsplatzes, sofern er nach den Bestimmungen der §§ 18 und 21 von Ausländern besetzt werden darf, verlängert werden. Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt während dieses Zeitraums zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit.

Auch bei einer nach § 16 Abs. 4 oder Abs. 5b AufenthG verlängerten Aufenthaltserlaubnis besteht kein Anspruch auf Kindergeld, obwohl diese der Begründung eines Daueraufenthalts durch das Finden eines angemessenen Arbeitsplatzes dienen sollen.

§ 17 AufenthG

§ 17 AufenthG regelt den Aufenthalt für sonstige Ausbildungszwecke. Nach § 17 Satz 1 (bzw. in der ab 01.08.2012 geltenden Fassung Abs. 1 Satz 1) AufenthG *kann einem Ausländer ... eine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der betrieblichen Aus- und Weiterbildung erteilt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit nach § 39 zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung nach § 42 oder zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist, dass die Aus- und Weiterbildung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist.*

Da gemäß § 7 Abs. 2 SGB IV als Beschäftigung auch der Erwerb beruflicher Kenntnisse, Fertigkeiten oder Erfahrungen im Rahmen betrieblicher Berufsbildung gilt und eine Beschäftigung im Sinne von § 7 SGB IV gemäß § 2 Abs. 2 AufenthG eine Erwerbstätigkeit ist, bedeutet dies, dass eine Aufenthaltserlaubnis nach § 17 AufenthG zu einer Erwerbstätigkeit (im Rahmen der betrieblichen Aus- und Weiterbildung) berechtigt. Nach § 17 Abs. 2 AufenthG in der ab 01.08.2012 geltenden Fassung berechtigt darüber hinaus *die Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer von der Berufsausbildung unabhängigen Beschäftigung bis zu zehn Stunden je Woche, wenn es sich um eine qualifizierte Berufsausbildung handelt.*

Ebenso wie in § 16 Abs. 4 und Abs. 5b AufenthG geregelt kann gemäß § 17 Abs. 3 AufenthG in der ab 01.08.2012 geltenden Fassung *nach erfolgreichem Abschluss der qualifizierten Berufsausbildung ... die Aufenthaltserlaubnis bis zu einem Jahr zur Suche eines diesem Abschluss angemessenen Arbeitsplatzes, sofern er nach den Bestimmungen der §§ 18 und 21 von Ausländern besetzt werden darf, verlängert werden. Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt während dieses Zeitraums zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit.*

§§ 18 - 21 AufenthG: Anspruch auf Kindergeld mit Ausnahme (teilweise) bei Aufenthaltserlaubnis gemäß § 18 Abs. 2 AufenthG

Abschnitt 4. des AufenthG - §§ 18 - 21 AufenthG - regelt den Aufenthalt zum Zweck der Erwerbstätigkeit. Die dort genannten Aufenthaltserlaubnisse berechtigen nach § 62 Abs. 2 EStG in der ab 01.01.2006 geltenden Fassung zum Anspruch auf Kindergeld, sofern sie nicht der Rückausnahme des § 62 Abs. 2 Nr. 2 b EStG unterfallen: wenn die Aufenthaltserlaubnis nach § 18 Abs. 2 AufenthG erteilt wurde und die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit nach der Beschäftigungsverordnung (BschV) nur für einen bestimmten Höchstzeitraum erteilt werden darf; letzteres ist nur für einen Teil der von der BschV geregelten Beschäftigungen der Fall.

Unter welchen Voraussetzungen die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit nach der Beschäftigungsverordnung (BschV) nur für einen bestimmten Höchstzeitraum erteilt werden darf - mit der Folge, dass bei einer Aufenthaltserlaubnis nach § 18 Abs. 2 AufenthG gemäß § 62 Abs. 2 Nr. 2 b EStG kein Anspruch auf Kindergeld besteht - hängt nicht mit der tatsächlichen oder voraussichtlichen Dauer des Aufenthalts des Ausländers im Inland zusammen.

§ 18 Abs. 2 AufenthG

§ 18 Abs. 2 AufenthG bestimmt:

Einem Ausländer kann ein Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Beschäftigung erteilt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit nach § 39 zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung nach § 42 oder zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist. Beschränkungen bei der Erteilung der Zustimmung durch die Bundesagentur für Arbeit sind in den Aufenthaltstitel zu übernehmen.

Zustimmungsregelungen der BeschV

Die Beschäftigungsverordnung (BeschV) beruht auf den Ermächtigungen in § 42 AufenthG und §§ 288 und 292 SGB III.

§ 1 BeschV in der ab 01.01.2005 bis zum 31.07.2012 bzw. bis zum 30.06.2013 geltenden Fassung lautete:

Die Erteilung eines Aufenthaltstitels zum Zwecke der Beschäftigung (§ 17 Satz 1, § 18 Abs. 2 Satz 1, § 19 Abs. 1 Satz 1 - in der Fassung ab 01.08.2012 auch des § 19a Abs. 1 - des Aufenthaltsgesetzes) bedarf in den Fällen der §§ 2 bis 16 nicht der Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit gemäß § 39 des Aufenthaltsgesetzes.

§ 1 BeschV lautet in der seit dem 01.07.2013 geltenden Fassung:

(1) Die Verordnung steuert die Zuwanderung ausländischer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und bestimmt, unter welchen Voraussetzungen sie und die bereits in Deutschland lebenden Ausländerinnen und Ausländer zum Arbeitsmarkt zugelassen werden können. Sie regelt, in welchen Fällen

- 1. ein Aufenthaltstitel, der einer Ausländerin oder einem Ausländer die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt, nach § 39 Absatz 1 Satz 1 des Aufenthaltsgesetzes ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erteilt werden kann,*
- 2. die Bundesagentur für Arbeit nach § 39 Absatz 1 Satz 2 des Aufenthaltsgesetzes einem Aufenthaltstitel, der einer Ausländerin oder einem Ausländer die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt, zustimmen kann,*
- 3. einer Ausländerin oder einem Ausländer, die oder der keine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Beschäftigung besitzt, nach § 4 Absatz 2 Satz 3 des Aufenthaltsgesetzes die Ausübung einer Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erlaubt werden kann,*
- 4. die Bundesagentur für Arbeit der Ausübung einer Beschäftigung einer Ausländerin oder eines Ausländers, die oder der keine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Beschäftigung besitzt, nach § 4 Absatz 2 Satz 3 in Verbindung mit § 39 des Aufenthaltsgesetzes zustimmen kann und*
- 5. die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit abweichend von § 39 Absatz 2 des Aufenthaltsgesetzes erteilt werden darf.*

(2) Vorrangprüfung ist die Prüfung nach § 39 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Aufenthaltsgesetzes.

Zustimmung nach der Beschäftigungsverordnung nicht erforderlich:

In der seit dem 01.07.2013 geltenden BeschV ist in Teil 2 - Zuwanderung von Fachkräften - in den §§ 2 bis 9 BeschV geregelt, dass die Erteilung u.a. einer Aufenthaltserlaubnis an dort genannte Berufsgruppen bzw. in dort genannten Bereichen keiner Zustimmung bedarf. In der bis zum 30.06.2013 geltenden BeschV regelte Abschnitt 1 - Zustimmungsfreie Beschäftigungen - in den §§ 2 bis 16, dass die Erteilung u.a. einer Aufenthaltserlaubnis an dort genannte Berufsgruppen bzw. in dort genannten Bereichen keiner Zustimmung bedarf. Betroffen von der Zustimmungsfreiheit waren und sind u.a. Hochqualifizierte (§ 2, zuvor § 3), Hochschulabsolventinnen und Hochschulabsolventen (seit dem 01.07.2013: § 2, seit dem 01.08.2013 gemäß § 3b BeschV: Fachkräfte mit inländischem Hochschulabschluss), Führungskräfte (§ 3, zuvor § 4), unter weiteren Voraussetzungen Journalistinnen und Journalisten (§ 18, zuvor § 8), in der Fassung seit dem 01.07.2013: Absolventinnen und Absolventen deutscher Auslandsschulen. Keiner Zustimmung bedarf ferner die Erteilung eines Aufenthaltstitels an Personen, die in den Bereichen des internationalen Straßen- und Schienenverkehrs bzw. des Schifffahrt- und Luftverkehrs tätig sind (§§ 20 und 24, zuvor §§ 13 und 14). §§ 25 ff. der BeschV in der Fassung bis zum 30.06.2013 regelte weitere Bereiche und Berufe, für die die Zustimmung bis auf Sprachlehrer und Spezialitätenköche nicht zwingend zeitlich begrenzt zu erteilen war; betroffen sind u.a. Fachkräfte, Leitende Angestellte und Spezialisten, im Bereich der Sozialarbeit Tätige und Pflegekräfte.

§ 5 BeschV: Zustimmung auch für voraussichtlich nur vorübergehende Tätigkeit nicht erforderlich

Keiner Zustimmung bedurfte und bedarf auch die Erteilung eines Aufenthaltstitels an Personen, die nach der begrifflichen Definition sich von vornherein geplant voraussichtlich nur vorübergehend im Inland aufhalten werden, und zwar insbesondere im Zusammenhang mit einer Gasttätigkeit;

§ 5 BeschV - Wissenschaft, Forschung und Entwicklung - in der Fassung bis zum 30.06.2013 lautete:

Keiner Zustimmung bedarf die Erteilung eines Aufenthaltstitels an

- 1. wissenschaftliches Personal von Hochschulen und Forschungseinrichtungen in Forschung und Lehre, von Forschungs- und Entwicklungseinrichtungen sowie an Lehrkräfte zur Sprachvermittlung an Hochschulen,*
- 2. Gastwissenschaftlerinnen und Gastwissenschaftler an einer Hochschule oder an einer öffentlich-rechtlichen oder überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanzierten oder als öffentliches Unternehmen in privater Rechtsform geführten Forschungseinrichtung,*
- 3. Ingenieure und Techniker als technische Mitarbeiter im Forschungsteam einer Gastwissenschaftlerin oder eines Gastwissenschaftlers oder*
- 4. Lehrkräfte öffentlicher Schulen oder staatlich anerkannter privater Ersatzschulen.*

§ 5 BeschV in der Fassung seit dem 01.07.2013 lautet:

Keiner Zustimmung bedarf die Erteilung eines Aufenthaltstitels an

- 1. wissenschaftliches Personal von Hochschulen und von Forschungs- und Entwicklungs-*

einrichtungen,

2. Gastwissenschaftlerinnen und Gastwissenschaftler an einer Hochschule oder an einer öffentlich-rechtlichen oder überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanzierten oder als öffentliches Unternehmen in privater Rechtsform geführten Forschungseinrichtung,
3. Ingenieurinnen und Ingenieure sowie Technikerinnen und Techniker als technische Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Forschungsteam einer Gastwissenschaftlerin oder eines Gastwissenschaftlers,
4. Lehrkräfte öffentlicher Schulen oder staatlich genehmigter privater Ersatzschulen oder anerkannter privater Ergänzungsschulen oder
5. Lehrkräfte zur Sprachvermittlung an Hochschulen.

Keine Zustimmung für besondere Berufsgruppen erforderlich, von der Dauer des Aufenthalts unabhängig

Keiner Zustimmung bedarf u.a. die Erteilung eines Aufenthaltstitels für besondere Berufsgruppen, u.a. unter weiteren Voraussetzungen für Berufssportlerinnen und Berufssportler oder Berufstrainerinnen und Berufstrainer (§ 22 Nr. 4, zuvor § 7 Nr. 4) und für Fotomodelle, Werbetypen, Mannequins oder Dressmen (§ 22 Nr. 5, in der Fassung bis zum 30.06.2013: wenn der Arbeitgeber der Bundesagentur für Arbeit die Beschäftigungen vor deren Aufnahme angezeigt hat).

Keine Zustimmung für bestimmte Staatsangehörige erforderlich, von der Dauer des Aufenthalts unabhängig

Keiner Zustimmung bedarf ferner die Beschäftigung bestimmter Staatsangehöriger; gemäß § 26 (zuvor § 34) kann für Staatsangehörige von Andorra, Australien, Israel, Japan, Kanada, (in der Fassung seit dem 01.07.2013 auch: der Republik Korea), von Monaco, Neuseeland, San Marino sowie den Vereinigten Staaten von Amerika ... die Zustimmung zur Ausübung jeder Beschäftigung unabhängig vom Sitz des Arbeitgebers erteilt werden.

Zeitliche Begrenzungen für Berufsgruppen mit keiner oder eher geringer qualifizierter Berufsausbildung

Für Berufsgruppen, die keine oder eine eher geringer qualifizierte Berufsausbildung voraussetzen, sieht die BeschV zeitliche Begrenzungen für die Zustimmung vor (in der Fassung bis zum 30.06.2013: Abschnitt 2, §§ 17 bis 24, seit dem 01.07.2013: Teil 3, vorübergehende Beschäftigung, §§ 10 bis 15 c). Dies betrifft u.a. Saisonbeschäftigte, Au-Pair-Beschäftigungen, Schaustellergehilfen und Haushaltshilfen (vgl. die Darstellung der Betroffenen in der Dienstanweisung zur Durchführung des Familienleistungsausgleichs - DAFamEstG -, Fassung vom 16.07.2012, BStBl I 2012, 734 ff., Ziffer 62.4.1 Abs. 1 Satz 18, aktuelle Fassung über www.bzst.de, Stand 01.07.2013, Ziffer 63.3.3.1, anzuwenden grundsätzlich in allen noch nicht bestandskräftig festgesetzten Kindergeldfällen).

Aufenthaltserlaubnis nach § 18 Abs. 2 EStG: in der Regel Anspruch auf Kindergeld, weil nach der BeschV zustimmungsfrei

Die Regelungen der BeschV bedeuten in Bezug auf den Anspruch auf Kindergeld nach § 62 Abs. 2 EStG: ein Ausländer, auf den das AufenthG Anwendung findet (der also insbe-

sondere auch nicht EU-freizügigkeitsberechtigt ist), der eine Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Beschäftigung nach § 18 Abs. 2 AufenthG innehat, hat bei Vorliegen der Voraussetzungen im Übrigen (in der Regel: einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland - § 62 Abs. 1 Nr. 1 EStG - und gemäß § 63 EStG berücksichtigungsfähige Kinder) in der Regel - bis auf Angehörige bestimmter Berufsgruppen, für die die Zustimmung nur zeitlich begrenzt erteilt werden darf - einen Anspruch auf Kindergeld. Dieser Anspruch besteht unabhängig davon, ob der Ausländer sich voraussichtlich oder tatsächlich auf Dauer im Inland aufhalten wird oder nicht.

Anspruch auf Kindergeld auch bei voraussichtlich nicht dauerhaftem Aufenthalt, weil nach der BeschV zustimmungsfrei

Der Anspruch auf Kindergeld besteht auch, wenn der Aufenthalt im Inland typischerweise von vornherein voraussichtlich nicht dauerhaft angelegt ist, wie im Falle der Gastwissenschaftler und Gastwissenschaftlerinnen und der Ingenieurinnen und Ingenieure sowie Technikerinnen und Techniker als technische Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Forschungsteam einer Gastwissenschaftlerin oder eines Gastwissenschaftlers im Sinne des § 5 BeschV.

Aufenthaltserlaubnis nach §§ 18a bis 21 AufenthG: Anspruch auf Kindergeld

Neben § 18 Abs. 2 AufenthG, für den die Rückausnahme des § 62 Abs. 2 Nr. 2 a EStG gilt, ist gemäß §§ 18 a bis 21 AufenthG teilweise die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis - die gemäß § 62 Abs. 2 Nr. 1 EStG bezüglich der Eigenschaft als Ausländer ohne weitere Voraussetzungen zum Anspruch auf Kindergeld berechtigt - vorgesehen, teilweise ist die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis möglich, die (teilweise mit Beschränkungen) zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt. § 18 a AufenthG (gültig seit dem 01.01.2009, bezüglich der als Fachkraft erforderlichen Vorbeschäftigungszeit geändert mit Wirkung ab 26.11.2011) regelt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für qualifizierte Geduldete zum Zweck der Beschäftigung; die Regelung setzt gemäß § 18a Abs. 1 Nr. 1 c AufenthG u.a. voraus, dass der Ausländer *innerhalb des letzten Jahres vor Beantragung der Aufenthaltserlaubnis für seinen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen oder anderen Haushaltsangehörigen nicht auf öffentliche Mittel mit Ausnahme von Leistungen zur Deckung der notwendigen Kosten für Unterkunft und Heizung angewiesen war.*

§ 20 AufenthG: Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Forschung

§ 20 AufenthG regelt (gültig seit dem 28.08.2007, mit nachfolgenden Änderungen) die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Forschung. Gemäß § 20 Abs. 4 AufenthG wird *die Aufenthaltserlaubnis ... für mindestens ein Jahr erteilt. Wenn das Forschungsvorhaben in einem kürzeren Zeitraum durchgeführt wird, wird die Aufenthaltserlaubnis abweichend von Satz 1 auf die Dauer des Forschungsvorhabens befristet.* Gemäß § 20 Abs. 6 AufenthG berechtigt die Aufenthaltserlaubnis (teilweise beschränkt) zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit.

Anspruch auf Kindergeld bei Aufenthaltserlaubnis nach § 20 AufenthG auch bei befristetem Aufenthalt unter einem Jahr

Der Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 20 AufenthG erfüllt die Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 EStG für einen Anspruch auf Kindergeld. Dieser Anspruch besteht unabhängig davon, ob der Ausländer sich voraussichtlich oder tatsächlich auf Dauer im Inland aufhalten wird oder nicht. Der Anspruch auf Kindergeld besteht auch, wenn der Aufenthalt im Inland von vornherein voraussichtlich nicht dauerhaft angelegt ist, nämlich wenn das Forschungsvorhaben in einem kürzeren Zeitraum als in einem Jahr durchgeführt wird und deshalb die Aufenthaltserlaubnis gemäß § 20 Abs. 4 Satz 2 AufenthG auf die Dauer des Forschungsvorhabens befristet ist.

Zur Erfüllung der allgemeinen Voraussetzungen bei kurzfristigem Aufenthalt (mehr als 6 Monate) und Aufenthaltserlaubnis nach § 20 AufenthG

Der Anspruch auf Kindergeld setzt bei einer befristeten Aufenthaltserlaubnis nach § 20 AufenthG (wie allgemein) gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 1 EStG voraus, dass der Ausländer berücksichtigungsfähige Kinder im Sinne des § 63 EStG und im Inland einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Berücksichtigungsfähige Kinder im Sinne des § 63 EStG sind z.B. vorhanden, wenn der Ausländer seine Kinder für die Dauer seiner inländischen Tätigkeit mit in das Inland nimmt oder diese Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland oder z.B. in einem in § 63 Abs. 1 Satz 3 EStG aufgeführten Land haben, z.B. wenn sie in einem EU-Land studieren. Bei einer Aufenthaltserlaubnis nach § 20 AufenthG ist den minderjährigen Kindern und dem Ehegatten gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG ebenfalls eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, die gemäß § 29 Abs. 5 Nr. 2 AufenthG zu einer Erwerbstätigkeit berechtigt (mit der Folge, dass auch der Ehegatte des Ausländers mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 20 AufenthG die Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 2 EStG erfüllt). Denkbar ist auch, dass die Kinder zum Zwecke des Schulbesuchs oder Studiums ohnehin aufgrund einer ihnen erteilten Aufenthaltserlaubnis nach § 16 oder § 17 AufenthG im Inland ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben oder dass dies in einem in § 63 Abs. 1 Satz 3 EStG aufgeführten Land der Fall ist.

§ 8 AO - Wohnsitz - bestimmt: *Einen Wohnsitz hat jemand dort, wo er eine Wohnung unter Umständen innehat, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird.* Auch wenn der Ausländer eine Wohnung nur vorübergehend anmietet und benutzt, ist nach der Rechtsprechung des BFH ein Zeitmoment zu berücksichtigen. Zur Bestimmung des Zeitmoments greift der BFH auf die Sechsmonatsfrist des § 9 Satz 2 AO zurück; der Ausländer kann auch mehrere Wohnsitze oder einen Wohnsitz im Ausland und seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben (BFH-Urteil vom 30.08.1989, I R 215/85, BFHE 158, 118, BStBl II 1989, 956, Urteil vom 28.01.2004, I R 56/02, BFH/NV 2004, 917, vom 22.08.2007, III R 89/06, BFH/NV 2008, 351, Urteil vom 22.06.2011, I R 26/10, BFH/NV 2011, 2001). § 9 AO - gewöhnlicher Aufenthalt - bestimmt: *Den gewöhnlichen Aufenthalt hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt. Als gewöhnlicher Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes ist stets und von Beginn an ein zeitlich zusammenhängender Aufenthalt von mehr als sechs Monaten Dauer anzuse-*

hen; kurzfristige Unterbrechungen bleiben unberücksichtigt. Satz 2 gilt nicht, wenn der Aufenthalt ausschließlich zu Besuchs-, Erholungs-, Kur- oder ähnlichen privaten Zwecken genommen wird und nicht länger als ein Jahr dauert. Ein Aufenthalt zu beruflichen bzw. zu Forschungszwecken ist kein Aufenthalt zu ausschließlich privaten Zwecken im Sinne des § 9 Satz 3 AO (vgl. Koenig in Pahlke / Koenig, Kommentar zur AO, 2. Aufl. 2009, Rdz. 21 zu § 9 AO, Gersch in Klein, Kommentar zur AO, 11. Aufl. 2012, Rdz. 5 zu § 9 AO.)

Die Familie eines Ausländers mit einer Aufenthaltserlaubnis zu Forschungszwecken hat mithin bei Vorliegen der allgemein geltenden Voraussetzungen ab einem von vornherein befristeten bzw. nicht dauerhaften - nur zumindest länger als sechs Monate dauernden - Aufenthalt im Inland einen Anspruch auf Kindergeld.

Aufenthaltserlaubnis nach § 21 AufenthG

§ 21 AufenthG regelt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit. Sie ist gemäß § 21 Abs. 4 AufenthG auf längstens drei Jahre befristet; danach kann unter weiteren Voraussetzungen eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden. Eine selbständige Tätigkeit ist gemäß § 2 Abs. 2 AufenthG eine Erwerbstätigkeit, sodass dieser Aufenthaltstitel gemäß § 62 Abs. 2 EStG zum Kindergeld berechtigt.

Aufenthaltserlaubnis aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen: teilweise Anspruch auf Kindergeld ohne weitere Voraussetzungen, teilweise mit weiteren Voraussetzungen

Abschnitt 5 des AufenthG (§§ 22 bis 26 AufenthG) regelt den Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen.

§ 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG stellt für einen Teil der Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen weitere Voraussetzungen für den Anspruch auf Kindergeld auf:

Ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer, der eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat, die (§ 62 Abs. 2 Nr. 2 c EStG) nach § 23 Absatz 1 des Aufenthaltsgesetzes wegen eines Krieges in seinem Heimatland oder nach den §§ 23a, 24, 25 Absatz 3 bis 5 des Aufenthaltsgesetzes erteilt wurde, hat nur dann und - nur für den Zeitraum des Erfüllens dieser Voraussetzungen - einen Anspruch auf Kindergeld, wenn er (§ 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG) 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*.

Erwerbstätigkeit im Sinne des § 62 Abs. 2 Nr. 3 b EStG ist eine Erwerbstätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 2 AufenthG, d.h. die selbständige Tätigkeit und die Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV. Nach der Dienstanweisung zur Durchführung des Familienleistungsausgleichs (DA-FamEStG; Fassung vom 16.07.2012, BStBl I 2012, 734 ff., Ziffer 62.4.1 Abs. 1 Satz 21 ff., aktuelle Fassung über www.bzst.de, Stand 01.07.2013, Ziffer 62.3.3.2, an-

zuwenden grundsätzlich in allen noch nicht bestandskräftig festgesetzten Kindergeldfällen), die die Rechtslage unter Einbeziehung der ergangenen Rechtsprechung wiedergibt, ist *unter berechtigter Erwerbstätigkeit ... jede erlaubte selbständige und nichtselbständige Tätigkeit zu verstehen einschließlich der Ausbildungen, bei denen den Auszubildenden eine Vergütung gezahlt wird, sowie der geringfügigen Beschäftigung und geringfügigen selbständigen Tätigkeit i.S.d. § 8 Abs. 1 SGB IV (sog. „Minijobs“). ... Während des mindestens dreijährigen rechtmäßigen, gestatteten oder geduldeten Aufenthalts nach § 62 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a EStG muss keine der in § 62 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b EStG genannten Voraussetzungen erfüllt sein.*

Arten der Aufenthaltstitel, §§ 22 bis 25 a AufenthG

Abschnitt 5 des AufenthG sieht Aufenthaltstitel aus verschiedenen Gründen vor. §§ 22 bis 25 a AufenthG regeln die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis unter den dort genannten Voraussetzungen.

Allgemeine Regelung zur Dauer des Aufenthalts, § 26 AufenthG

§ 26 AufenthG enthält Regelungen zur Dauer des Aufenthalts für die in den §§ 22 bis 25 a AufenthG geregelten Aufenthaltserlaubnisse.

§ 26 AufenthG lautete in der vom 01.01.2005 bis zum 25.11.2011 geltenden Fassung:

(1) Die Aufenthaltserlaubnis nach diesem Abschnitt kann für jeweils längstens drei Jahre erteilt und verlängert werden, in den Fällen des § 25 Abs. 4 Satz 1 und Abs. 5 jedoch für längstens sechs Monate, solange sich der Ausländer noch nicht mindestens 18 Monate rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hat.

(2) Die Aufenthaltserlaubnis darf nicht verlängert werden, wenn das Ausreisehindernis oder die sonstigen einer Aufenthaltsbeendigung entgegenstehenden Gründe entfallen sind.

(3) Einem Ausländer, der seit drei Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 oder 2 besitzt, ist eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen, wenn das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge gemäß § 73 Abs. 2a des Asylverfahrensgesetzes mitgeteilt hat, dass die Voraussetzungen für den Widerruf oder die Rücknahme nicht vorliegen.

(4) Im Übrigen kann einem Ausländer, der seit sieben Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach diesem Abschnitt besitzt, eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden, wenn die in § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bis 9 bezeichneten Voraussetzungen vorliegen. § 9 Abs. 2 Satz 2 bis 6 gilt entsprechend. Die Aufenthaltszeit des der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vorangegangenen Asylverfahrens wird abweichend von § 55 Abs. 3 des Asylverfahrensgesetzes auf die Frist angerechnet. Für Kinder, die vor Vollendung des 18. Lebensjahres nach Deutschland eingereist sind, kann § 35 entsprechend angewandt werden.

§ 26 AufenthG lautete in der vom 26.11.2011 bis zum 30.11.2013 geltenden Fassung:

(1) Die Aufenthaltserlaubnis nach diesem Abschnitt kann für jeweils längstens drei Jahre erteilt und verlängert werden, in den Fällen des § 25 Abs. 4 Satz 1 und Abs. 5 jedoch für

längstens sechs Monate, solange sich der Ausländer noch nicht mindestens 18 Monate rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hat. In den Fällen des § 25 Abs. 1 und 2 wird die Aufenthaltserlaubnis für drei Jahre erteilt, in den Fällen des § 25 Abs. 3 für mindestens ein Jahr. Die Aufenthaltserlaubnisse nach § 25 Absatz 4a und 4b werden für jeweils sechs Monate erteilt und verlängert; in begründeten Fällen ist eine längere Geltungsdauer zulässig.

(2) Die Aufenthaltserlaubnis darf nicht verlängert werden, wenn das Ausreisehindernis oder die sonstigen einer Aufenthaltsbeendigung entgegenstehenden Gründe entfallen sind.

(3) Einem Ausländer, der seit drei Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 oder 2 besitzt, ist eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen, wenn das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge gemäß § 73 Abs. 2a des Asylverfahrensgesetzes mitgeteilt hat, dass die Voraussetzungen für den Widerruf oder die Rücknahme nicht vorliegen.

(4) Im Übrigen kann einem Ausländer, der seit sieben Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach diesem Abschnitt besitzt, eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden, wenn die in § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bis 9 bezeichneten Voraussetzungen vorliegen. § 9 Abs. 2 Satz 2 bis 6 gilt entsprechend. Die Aufenthaltszeit des der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vorangegangenen Asylverfahrens wird abweichend von § 55 Abs. 3 des Asylverfahrensgesetzes auf die Frist angerechnet. Für Kinder, die vor Vollendung des 18. Lebensjahres nach Deutschland eingereist sind, kann § 35 entsprechend angewandt werden.

In der seit dem 01.12.2013 geltenden Fassung lautet § 26 AufenthG:

(1) Die Aufenthaltserlaubnis nach diesem Abschnitt kann für jeweils längstens drei Jahre erteilt und verlängert werden, in den Fällen des § 25 Abs. 4 Satz 1 und Abs. 5 jedoch für längstens sechs Monate, solange sich der Ausländer noch nicht mindestens 18 Monate rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hat. Asylberechtigten und Ausländern, denen die Flüchtlingseigenschaft im Sinne des § 3 Absatz 1 des Asylverfahrensgesetzes zuerkannt worden ist, wird die Aufenthaltserlaubnis für drei Jahre erteilt. Subsidiär Schutzberechtigten im Sinne des § 4 Absatz 1 des Asylverfahrensgesetzes wird die Aufenthaltserlaubnis für ein Jahr erteilt, bei Verlängerung für zwei weitere Jahre. Ausländern, die die Voraussetzungen des § 25 Absatz 3 erfüllen, wird die Aufenthaltserlaubnis für mindestens ein Jahr erteilt. Die Aufenthaltserlaubnisse nach § 25 Absatz 4a und 4b werden für jeweils sechs Monate erteilt und verlängert; in begründeten Fällen ist eine längere Geltungsdauer zulässig.

(2) Die Aufenthaltserlaubnis darf nicht verlängert werden, wenn das Ausreisehindernis oder die sonstigen einer Aufenthaltsbeendigung entgegenstehenden Gründe entfallen sind.

(3) Einem Ausländer, der seit drei Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Absatz 1 oder Absatz 2 Satz 1 erste Alternative besitzt, ist eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen, wenn das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge gemäß § 73 Abs. 2a des Asylverfahrensgesetzes mitgeteilt hat, dass die Voraussetzungen für den Widerruf oder die Rücknahme nicht vorliegen.

(4) Im Übrigen kann einem Ausländer, der seit sieben Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach diesem Abschnitt besitzt, eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden, wenn die in § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bis 9 bezeichneten Voraussetzungen vorliegen. § 9 Abs. 2 Satz 2 bis 6 gilt entsprechend. Die Aufenthaltszeit des der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vorangegangenen Asylverfahrens wird abweichend von § 55 Abs. 3 des Asylverfahrens-

gesetzes auf die Frist angerechnet. Für Kinder, die vor Vollendung des 18. Lebensjahres nach Deutschland eingereist sind, kann § 35 entsprechend angewandt werden.

Aus der Regelung in § 26 Abs. 2 AufenthG ist geschlossen worden, dass die im Abschnitt 5 des AufenthG geregelten Aufenthaltserlaubnisse aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen ihrer Art nach nur für einen voraussichtlich nicht dauernden Aufenthalt erteilt würden.

Dennoch werden die nach Abschnitt 5 erteilten Aufenthaltserlaubnisse kindergeldrechtlich nicht einheitlich geregelt. Eine Aufenthaltserlaubnis nach den §§ 22 bis 25a AufenthG, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat, berechtigt teilweise ohne weitere Voraussetzungen, teilweise nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG zum Anspruch auf Kindergeld.

§ 22 AufenthG: Anspruch auf Kindergeld ohne weitere Voraussetzungen

§ 22 AufenthG - Aufnahme aus dem Ausland - lautet:

Einem Ausländer kann für die Aufnahme aus dem Ausland aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Eine Aufenthaltserlaubnis ist zu erteilen, wenn das Bundesministerium des Innern oder die von ihm bestimmte Stelle zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland die Aufnahme erklärt hat. Im Falle des Satzes 2 berechtigt die Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit.

Die Regelung gilt nach der Kommentierung nur für Einzelfälle. Dringende humanitäre Gründe können nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen (Notsituation im Einzelfall) vorliegen. In erster Linie werden humanitäre Aufnahme- und Bleibegründe nach §§ 23 ff. berücksichtigt und Familienzusammenführungen nach §§ 27 ff. (Wiedergabe in Dienelt in Renner/Bergmann/Dienelt, a.a.O., Rdz. 2, 6 ff. zu § 22 AufenthG).

Für den Aufenthaltstitel gemäß § 22 AufenthG gelten die für alle Aufenthaltstitel aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen geltenden Vorschriften über die Dauer des Aufenthalts (§ 26 AufenthG).

Ein Ausländer mit einem Aufenthaltstitel nach § 22 AufenthG, der gemäß § 22 Satz 2 AufenthG zur Wahrung politischer Interessen aufgenommen worden und damit gemäß § 22 Satz 3 AufenthG zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt ist oder der gemäß § 22 Satz 1 AufenthG aufgenommen worden und dem eine Erwerbstätigkeit erlaubt worden ist, hat gemäß § 62 Abs. 2 EStG ohne weitere Voraussetzungen in Bezug auf seine Eigenschaft als Ausländer einen Anspruch auf Kindergeld.

§ 23 AufenthG: Anspruch auf Kindergeld ohne weitere Voraussetzungen, Ausnahme: wenn wegen eines Krieges im Heimatland erteilt

§ 23 AufenthG - Aufenthaltsgewährung durch die obersten Landesbehörden; Aufnahme bei besonders gelagerten politischen Interessen - lautet in der seit dem 24.05.2007 geltenden Fassung:

(1) Die oberste Landesbehörde kann aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland anordnen, dass Ausländern aus bestimmten Staaten oder in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird. Die Anordnung kann unter der Maßgabe erfolgen, dass eine Verpflichtungserklärung nach § 68 abgegeben wird. Zur Wahrung der Bundeseinheitlichkeit bedarf die Anordnung des Einvernehmens mit dem Bundesministerium des Innern.

(2) Das Bundesministerium des Innern kann zur Wahrung besonders gelagerter politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland im Benehmen mit den obersten Landesbehörden anordnen, dass das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge Ausländern aus bestimmten Staaten oder in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen eine Aufnahmezusage erteilt. Ein Vorverfahren nach § 68 der Verwaltungsgerichtsordnung findet nicht statt. Den betroffenen Ausländern ist entsprechend der Aufnahmezusage eine Aufenthaltserlaubnis oder Niederlassungserlaubnis zu erteilen. Die Niederlassungserlaubnis kann mit einer wohnsitzbeschränkenden Auflage versehen werden. Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit.

(3) Die Anordnung kann vorsehen, dass § 24 ganz oder teilweise entsprechende Anwendung findet.

§ 23 AufenthG lautete in der seit dem 01.01.2005 bis zum 23.05.2007 geltenden Fassung:

(1) Die oberste Landesbehörde kann aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland anordnen, dass Ausländern aus bestimmten Staaten oder in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird. Die Anordnung kann unter der Maßgabe erfolgen, dass eine Verpflichtungserklärung nach § 68 abgegeben wird. Zur Wahrung der Bundeseinheitlichkeit bedarf die Anordnung des Einvernehmens mit dem Bundesministerium des Innern.

(2) Bei besonders gelagerten politischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland kann die Anordnung vorsehen, dass den betroffenen Personen eine Niederlassungserlaubnis erteilt wird. In diesen Fällen kann abweichend von § 9 Abs. 1 eine wohnsitzbeschränkende Auflage erteilt werden.

(3) Die Anordnung kann vorsehen, dass § 24 ganz oder teilweise entsprechende Anwendung findet.

Eine Verpflichtungserklärung nach § 68 AufenthG - Haftung für den Lebensunterhalt - regelt u.a. Umfang und Vollstreckbarkeit, wenn sich jemand der Ausländerbehörde oder

einer Auslandsvertretung gegenüber verpflichtet, die Kosten für den Lebensunterhalt eines Ausländers zu tragen.

Nach § 23 AufenthG kann eine Aufnahme für verschiedene Arten von Personengruppen erfolgen. Die jeweilige Maßnahme - Bleiberechtsregelung - kann sich auf die Aufnahme von Personen aus bestimmten Staaten oder in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen beziehen. Bleiberechtsregelungen i.S.d. § 23 AufenthG bzw. der entsprechenden Vorgängervorschrift in § 32 AuslG sind ergangen z.B. für Yeziden aus der Türkei, für vor dem 01.07.1990 eingereiste abgelehnte Vertriebenenausweisbewerberinnen und -bewerber, für ehemalige DDR-Vertragsmitarbeiter aus Angola, Mozambique und Vietnam, für Christen aus der Türkei, für abgelehnte Bewerber um eine Spätaussiedlerbescheinigung, für jüdische Zuwanderer und ihrer Familienangehörigen aus der ehemaligen Sowjetunion mit Ausnahme der baltischen Staaten; begünstigt sein können auch Kriegs- und Bürgerkriegsflüchtlinge (vgl. Dienelt in Renner/Bergmann/Dienelt, a.a.O., Rdz. zu § 23 AufenthG).

Für einen Ausländer, der als Angehöriger einer Personengruppe nach § 23 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis besitzt und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt ist, gelten nur teilweise die zusätzlichen Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 2c i.V.m. § Abs. 2 Nr. 3 EStG, nämlich nur dann, wenn die Aufenthaltserlaubnis „wegen eines Krieges in seinem Heimatland“ erteilt wurde. Für alle anderen Personengruppen - z.B. wenn die Aufenthaltserlaubnis nach § 23 AufenthG aufgrund z.B. religiös bedingter Verfolgung bestimmter Personengruppen erteilt wurde - besteht ohne weitere Voraussetzungen hinsichtlich der Eigenschaft als Ausländer ein Anspruch auf Kindergeld, obwohl auch für diese Personengruppen die Regelung in § 26 Abs. 2 AufenthG über die Dauer des Aufenthalts gilt.

§ 23 a AufenthG: Anspruch auf Kindergeld nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG

§ 23a AufenthG regelt die Aufenthaltsgewährung in Härtefällen. § 23a Abs. 1 AufenthG lautet:

Die oberste Landesbehörde darf anordnen, dass einem Ausländer, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, abweichend von den in diesem Gesetz festgelegten Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen für einen Aufenthaltstitel (mit Zusatz in der seit dem 26.11.2011 geltenden Fassung: sowie von den §§ 10 und 11) eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird, wenn eine von der Landesregierung durch Rechtsverordnung eingerichtete Härtefallkommission darum ersucht (Härtefallersuchen). Die Anordnung kann im Einzelfall unter Berücksichtigung des Umstandes erfolgen, ob der Lebensunterhalt des Ausländers gesichert ist oder eine Verpflichtungserklärung nach § 68 abgegeben wird. Die Annahme eines Härtefalls ist in der Regel ausgeschlossen, wenn der Ausländer Straftaten von erheblichem Gewicht begangen hat. Die Befugnis zur Aufenthaltsgewährung steht ausschließlich im öffentlichen Interesse und begründet keine eigenen Rechte des Ausländers.

Gemäß § 23a Abs. 2 letzter Satz AufenthG setzt die Entscheidung für ein Härtefallersuchen ... voraus, dass nach den Feststellungen der - gemäß § 23a Abs. 2 AufenthG eingesetzten - Härtefallkommission dringende humanitäre oder persönliche Gründe die weitere Anwesenheit des Ausländers im Bundesgebiet rechtfertigen.

Bei einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23a AufenthG handelt es sich um eine Einzelfallregelung. § 23a AufenthG bietet die Grundlage für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer in besonders gelagerten Härtefällen, in denen nach den allgemeinen Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen für einen Aufenthaltstitel keine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann. Die weitere Anwesenheit des Ausländers im Bundesgebiet muss durch dringende humanitäre oder persönliche Gründe gerechtfertigt sein (vgl. Allgemeine Verwaltungsvorschrift zu § 23a AufenthG, Dienelt a.a.O., Kommentierung zu § 23a AufenthG).

Ein Ausländer, der nach der Härtefallregelung aufgrund dringender humanitärer oder persönlicher Gründe eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23a AufenthG besitzt und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt ist, hat nur bei Vorliegen der besonderen Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG einen Anspruch auf Kindergeld.

§ 24 AufenthG: Anspruch auf Kindergeld nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG

§ 24 AufenthG regelt die Aufenthaltsgewährung zum vorübergehenden Schutz. Die Regelung betrifft insbesondere Vertriebene und Flüchtlinge. Ein Ausländer, der eine Aufenthaltserlaubnis nach § 24 AufenthG besitzt und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt ist, hat nur bei Vorliegen der besonderen Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG einen Anspruch auf Kindergeld.

§ 25 AufenthG: teilweise Anspruch auf Kindergeld ohne weitere Voraussetzungen, teilweise nur Vorliegen der Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG

§ 25 AufenthG regelt den Aufenthalt aus humanitären Gründen. Je nachdem, nach welchem Absatz des § 25 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wurde, hat ein Ausländer ohne weitere Voraussetzungen oder nur bei Vorliegen der besonderen Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG einen Anspruch auf Kindergeld.

§ 25 Abs. 1 oder 2 AufenthG: Anspruch auf Kindergeld

Nach § 25 Abs. 1 Satz 1 AufenthG ist *einem Ausländer ... eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn er - in der bis zum 30.11.2013 geltenden Fassung: unanfechtbar - als Asylberechtigter anerkannt ist*. Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt gemäß § 25 Abs. 1 Satz 4 AufenthG zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit.

Nach § 25 Abs. 2 AufenthG in der seit dem 28.08.2007 geltenden Fassung ist *einem Ausländer ... eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge unanfechtbar die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt hat (§ 3 Abs. 4 des Asylverfahrensgesetzes) - in der seit dem 01.12.2013 geltenden Fassung: wenn das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge die Flüchtlingseigenschaft im Sinne des § 3 Absatz 1 des Asylverfahrensgesetzes oder subsidiären Schutz im Sinne des § 4 Absatz 1 des Asylverfahrensgesetzes zuerkannt hat*. Gemäß § 25 Abs. 2 AufenthG gilt Absatz 1 Satz 2 bis 4 ... *entsprechend*, d.h. die Aufenthaltserlaubnis berechtigt gemäß § 25 Abs. 1 Satz 4 AufenthG zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit.

Nach § 25 Abs. 2 AufenthG in der bis zum 27.08.2007 geltenden Fassung ist *einem Ausländer ist eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge unanfechtbar das Vorliegen der Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 festgestellt hat. Absatz 1 Satz 2 bis 4 gilt entsprechend*, d.h. die Aufenthaltserlaubnis berechtigt gemäß § 25 Abs. 1 Satz 4 AufenthG zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit. § 60 AufenthG regelt, wann eine Abschiebung verboten ist.

Ein Ausländer, der einen Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 1 oder § 25 Abs. 2 AufenthG besitzt, hat gemäß § 62 Abs. 2 EStG ohne weitere Voraussetzungen in Bezug auf seine Eigenschaft als Ausländer einen Anspruch auf Kindergeld.

§ 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG: Anspruch auf Kindergeld nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 62 Abs. 3 EStG

Ein Ausländer, der einen Aufenthaltstitel nach den nachfolgenden Absätzen in § 25 Abs. 3 bis 5 besitzt, hat gemäß § 62 Abs. 2 EStG nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG in Bezug auf seine Eigenschaft als Ausländer einen Anspruch auf Kindergeld.

§ 25 Abs. 3 i.V.m. § 60 AufenthG

Nach § 25 Abs. 3 Satz 1 AufenthG in der bis zum 27.08.2007 geltenden Fassung *soll einem Ausländer ... eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn die Voraussetzungen für die Aussetzung der Abschiebung nach § 60 Abs. 2, 3, 5 oder 7 vorliegen*.

Nach § 25 Abs. 3 Satz 1 AufenthG in der vom 28.08.2007 bis zum 30.11.2013 geltenden Fassung *soll einem Ausländer ... eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 2, 3, 5 oder Abs. 7 (- in der seit dem 01.12.2013 geltenden Fassung: wenn ein Abschiebungsverbot nach § 60 Absatz 5 oder 7 -) vorliegt*.

§ 60 Abs. 2, 3, 5 und 7 AufenthG lauteten in der bis zum 27.08.2007 geltenden Fassung:

- (2) *Ein Ausländer darf nicht in einen Staat abgeschoben werden, in dem für diesen Ausländer die konkrete Gefahr besteht, der Folter unterworfen zu werden.*
- (3) *Ein Ausländer darf nicht in einen Staat abgeschoben werden, wenn dieser Staat den Ausländer wegen einer Straftat sucht und die Gefahr der Todesstrafe besteht. In diesen Fällen finden die Vorschriften über die Auslieferung entsprechende Anwendung.*
- (5) *Ein Ausländer darf nicht abgeschoben werden, soweit sich aus der Anwendung der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (BGBl. 1952 II S. 685) ergibt, dass die Abschiebung unzulässig ist.*
- (7) *Von der Abschiebung eines Ausländers in einen anderen Staat soll abgesehen werden, wenn dort für diesen Ausländer eine erhebliche konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit besteht. Gefahren in diesem Staat, denen die Bevölkerung oder die Bevölkerungsgruppe, der der Ausländer angehört, allgemein ausgesetzt ist, werden bei Entscheidungen nach § 60a Abs. 1 Satz 1 berücksichtigt.*

§ 60 Abs. 2, 3, 5 und 7 AufenthG lauteten in der vom 28.08.2007 bis zum 30.11.2013 geltenden Fassung:

(2) Ein Ausländer darf nicht in einen Staat abgeschoben werden, in dem für diesen Ausländer die konkrete Gefahr besteht, der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung unterworfen zu werden.

(3) Ein Ausländer darf nicht in einen Staat abgeschoben werden, wenn dieser Staat den Ausländer wegen einer Straftat sucht und die Gefahr der Verhängung oder der Vollstreckung der Todesstrafe besteht. In diesen Fällen finden die Vorschriften über die Auslieferung entsprechende Anwendung.

(5) Ein Ausländer darf nicht abgeschoben werden, soweit sich aus der Anwendung der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (BGBl. 1952 II S. 685) ergibt, dass die Abschiebung unzulässig ist.

(7) Von der Abschiebung eines Ausländers in einen anderen Staat soll abgesehen werden, wenn dort für diesen Ausländer eine erhebliche konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit besteht. Von der Abschiebung eines Ausländers in einen anderen Staat ist abzu- sehen, wenn er dort als Angehöriger der Zivilbevölkerung einer erheblichen individuellen Gefahr für Leib oder Leben im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts ausgesetzt ist. Gefahren nach Satz 1 oder Satz 2, denen die Bevölkerung oder die Bevölkerungsgruppe, der der Ausländer angehört, allgemein ausgesetzt ist, sind bei Anordnungen nach § 60a Abs. 1 Satz 1 zu berücksichtigen.

§ 60 Abs. 2, 3, 5 und 7 AufenthG lauten in der seit dem 01.12.2013 geltenden Fassung:

(2) Ein Ausländer darf nicht in einen Staat abgeschoben werden, in dem ihm der in § 4 Absatz 1 des Asylverfahrensgesetzes bezeichnete ernsthafte Schaden droht. Absatz 1 Satz 3 und 4 gilt entsprechend.

(3) Darf ein Ausländer nicht in einen Staat abgeschoben werden, weil dieser Staat den Ausländer wegen einer Straftat sucht und die Gefahr der Verhängung oder der Vollstreckung der Todesstrafe besteht, finden die Vorschriften über die Auslieferung entsprechende Anwendung.

(5) Ein Ausländer darf nicht abgeschoben werden, soweit sich aus der Anwendung der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (BGBl. 1952 II S. 685) ergibt, dass die Abschiebung unzulässig ist.

(7) Von der Abschiebung eines Ausländers in einen anderen Staat soll abgesehen werden, wenn dort für diesen Ausländer eine erhebliche konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit besteht. Gefahren nach Satz 1, denen die Bevölkerung oder die Bevölkerungs- gruppe, der der Ausländer angehört, allgemein ausgesetzt ist, sind bei Anordnungen nach § 60a Abs. 1 Satz 1 zu berücksichtigen.

§ 25 Abs. 4 AufenthG

§ 25 Abs. 4 AufenthG lautet:

Einem Ausländer kann für einen vorübergehenden Aufenthalt eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, solange dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfor- dern. Eine Aufenthaltserlaubnis kann abweichend von § 8 Abs. 1 und 2 verlängert wer-

den, wenn auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalls das Verlassen des Bundesgebiets für den Ausländer eine außergewöhnliche Härte bedeuten würde.

§ 8 AufenthG - Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis - , Abs. 1 und 2 lauten:

(1) Auf die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis finden dieselben Vorschriften Anwendung wie auf die Erteilung.

(2) Die Aufenthaltserlaubnis kann in der Regel nicht verlängert werden, wenn die zuständige Behörde dies bei einem seiner Zweckbestimmung nach nur vorübergehenden Aufenthalt bei der Erteilung oder der zuletzt erfolgten Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis ausgeschlossen hat.

§ 25 Abs. 5 AufenthG

§ 25 Abs. 5 AufenthG lautet:

Einem Ausländer, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, kann abweichend von § 11 Abs. 1 eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn seine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist und mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist. Die Aufenthaltserlaubnis soll erteilt werden, wenn die Abschiebung seit 18 Monaten ausgesetzt ist. Eine Aufenthaltserlaubnis darf nur erteilt werden, wenn der Ausländer unverschuldet an der Ausreise gehindert ist. Ein Verschulden des Ausländers liegt insbesondere vor, wenn er falsche Angaben macht oder über seine Identität oder Staatsangehörigkeit täuscht oder zumutbare Anforderungen zur Beseitigung der Ausreisehindernisse nicht erfüllt.

§ 11 Abs. 1 AufenthG beinhaltet ein Einreise- und Aufenthaltsverbot eines ausgewiesenen, zurückgeschobenen oder abgeschobenen Ausländers.

Die vorgenannten Aufenthaltserlaubnisse nach § 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG berechtigen nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG in Bezug auf die Eigenschaft als Ausländer zum Anspruch auf Kindergeld.

§ 25a AufenthG: Anspruch auf Kindergeld ohne weitere Voraussetzungen

§ 25a AufenthG (gültig seit dem 01.07.2011) regelt die Aufenthaltsgewährung bei gut integrierten Jugendlichen und Heranwachsenden; diese haben, wenn sie zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt sind, in Bezug auf ihre Eigenschaft als Ausländer ohne weitere Voraussetzungen einen Anspruch auf Kindergeld. Nach § 25a Abs. 2 AufenthG kann auch den Eltern oder einem allein personensorgeberechtigten Elternteil eines minderjährigen Ausländers, der eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25a Abs. 1 AufenthG besitzt, unter weiteren Voraussetzungen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, die, wenn sie zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt, in Bezug auf ihre Eigenschaft als Ausländer ohne weitere Voraussetzungen ebenfalls zum Anspruch auf Kindergeld berechtigt.

§§ 104a und 104b AufenthG, Altfallregelung bei Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen an zuvor geduldete Ausländer: Anspruch auf Kindergeld ohne weitere Voraussetzungen

Eine weitere Aufenthaltserlaubnis ist nach der mit Wirkung seit dem 28.08.2007 geltenden Altfallregelung des § 104a und des § 104b AufenthG möglich. Gemäß § 104a Abs. 1 AufenthG soll *einem geduldeten Ausländer ... abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 (betrifft allgemeine Erteilungsvoraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels) eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn er sich am 1. Juli 2007 seit mindestens acht Jahren oder, falls er zusammen mit einem oder mehreren minderjährigen ledigen Kindern in häuslicher Gemeinschaft lebt, seit mindestens sechs Jahren ununterbrochen geduldet, gestattet oder mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen im Bundesgebiet aufgehalten hat* und weitere im Einzelnen genannte Voraussetzungen erfüllt (u.a. über ausreichenden Wohnraum und hinreichende mündliche Deutschkenntnisse verfügt).

§ 104a Abs. 1 Sätze 2 und 3 bestimmen: *Wenn der Ausländer seinen Lebensunterhalt eigenständig durch Erwerbstätigkeit sichert, wird die Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 Satz 1 erteilt. Im Übrigen wird sie nach Satz 1 erteilt; sie gilt als Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5, d.h.: als Aufenthaltserlaubnis aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen.*

§ 104a Abs. 2 AufenthG regelt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an geduldete volljährige ledige Kinder eines geduldeten Ausländers.

Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt gemäß § 104a Abs. 4 Satz 2 AufenthG zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit.

Nach § 104a Abs. 5 AufenthG wird die Aufenthaltserlaubnis mit einer Gültigkeit bis zum 31. Dezember 2009 erteilt. Die Verlängerung ist u.a. davon abhängig, inwieweit der Ausländer seinen Lebensunterhalt selbst sichern kann mit Ausnahmen für Härtefälle nach § 104a Abs. 6 AufenthG.

§ 104b AufenthG regelt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an minderjährige ledige Kinder unter weiteren Voraussetzungen.

Nach der allgemeinen Verwaltungsvorschrift zu § 104a AufenthG soll mit der gesetzlichen Altfallregelung der §§ 104a und 104b dem Bedürfnis der seit Jahren im Bundesgebiet geduldeten und hier integrierten Ausländer nach einer dauerhaften Perspektive in Deutschland Rechnung getragen werden (Röseler/Samuel in Renner/Bergmann/Dienelt, a.a.O., § 104a AufenthG).

Ein nach § 23 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 104a oder § 104b erteilter Aufenthaltstitel berechtigt hinsichtlich der Eigenschaft als Ausländer ohne weiteren Voraussetzungen zum Anspruch auf Kindergeld; die Ausnahmeregelung in § 62 Abs. 2 Nr. 2c EStG (Erteilung wegen wegen eines Krieges im Heimatland) greift nicht ein.

Liegen die Voraussetzungen der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 Satz 1 nicht vor, berechtigt auch die nach § 104a Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Satz 3 erteilte Aufenthaltserlaubnis nach § 104a AufenthG hinsichtlich der Eigenschaft als Ausländer ohne weitere Voraussetzungen zum Anspruch auf Kindergeld.

Aufenthaltserlaubnis nach § 104a AufenthG: auch Anspruch nach dem Unterhaltsvorschussgesetz, kein Anspruch auf Elterngeld

Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104a AufenthG berechtigt hinsichtlich der Eigenschaft als Ausländer ohne weitere Voraussetzungen ebenfalls zum Anspruch auf Unterhaltsvorschuss oder -ausfallleistung nach dem Unterhaltsvorschussgesetz, nicht jedoch zum Anspruch auf Elterngeld gemäß § 1 Abs. 7 Nr. 2 d des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes in der seit dem 28.08.2007 geltenden Fassung.

Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen, §§ 27 bis 36 AufenthG

Die §§ 27 bis 36 AufenthG regeln den Aufenthalt aus familiären Gründen, insbesondere den Familiennachzug. § 29 AufenthG regelt den Familiennachzug zu Ausländern, § 30 den Ehegattennachzug. Nach § 29 Abs. 5 AufenthG berechtigt die Aufenthaltserlaubnis bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit. § 31 regelt ein eigenständiges Aufenthaltsrecht für Ehegatten im Fall der Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft; die Aufenthaltserlaubnis berechtigt gemäß § 31 Abs. 1 AufenthG zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Ob im Falle einer Aufenthaltserlaubnis mit Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit für den Ehegatten desjenigen Ausländers, der einen Aufenthaltstitel im Sinne des § 62 Abs. 2 Nr. a bis c EStG besitzt, mithin einen Anspruch auf Kindergeld nicht (§ 62 Abs. 2 Nr. 2 a und b EStG) oder nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG (§ 62 Abs. 2 Nr. 2 c EStG) hat, der Ehegatte mit einer nach §§ 27 ff. erteilten Aufenthaltserlaubnis ohne weitere Voraussetzungen in Bezug auf seine Eigenschaft als Ausländer einen Anspruch auf Kindergeld hat - § 62 Abs. 2 sieht ausdrücklich keine Beschränkung für Aufenthaltserlaubnisse nach den §§ 27 ff. AufenthG vor - oder ob die Regelung in § 62 Abs. 2 EStG auch für den Ehegatten gilt, ist, soweit ersichtlich, bislang nicht entschieden.

Kein Aufenthaltstitel: Duldung, kein Anspruch auf Kindergeld

§ 60a AufenthG regelt die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung (Duldung). Eine Duldung ist kein Aufenthaltstitel im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 2 AufenthG und begründet damit keinen rechtmäßigen Aufenthalt im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG. Die Duldung ist ein in der Verwaltungsvollstreckung ergehender begünstigender Verwaltungsakt. Sie beseitigt weder die Ausreisepflicht noch deren Vollziehbarkeit, sie führt auch nicht zur Erledigung der Abschiebungsandrohung; sie setzt nur den Vollzug der Abschiebung zeitweilig aus (Bauer in Renner/Bergmann/Dienelt, a.a.O., Rdz. 15 ff., 43 zu § 60a AufenthG). Gemäß § 60a Abs. 3 AufenthG bleibt die Ausreisepflicht eines Ausländers, dessen Abschiebung ausgesetzt ist, unberührt. Aus einem geduldeten Aufenthalt heraus kann die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in Betracht kommen (vgl. § 18a, § 25 Abs. 4a, Abs. 4b und Abs. 5, § 25a und § 104a AufenthG, Bauer in Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht a.a.O., Rdz. 17 zu § 60a AufenthG). Auch bei einer Duldung kann eine Berechtigung zu einer Erwerbstätigkeit bestehen. Eine unmittelbare Rechtsfolge einer Duldung besteht darin, dass der geduldete Aufenthalt nicht strafbar ist (Bauer a.a.O., Rdz. 17 zu § 60a AufenthG).

Zeiten eines geduldeten Aufenthalts sind nach der Regelung in § 62 Abs. 2 Nr. 3a EStG zur erforderlichen Voraufenthaltszeit den Zeiten eines rechtmäßigen oder gestatteten Aufenthalts gleichgestellt.

§ 60a AufenthG lautete in der bis zum 27.08.2007 geltenden Fassung:

(1) Die oberste Landesbehörde kann aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland anordnen, dass die Abschiebung von Ausländern aus bestimmten Staaten oder von in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen allgemein oder in bestimmte Staaten für längstens sechs Monate ausgesetzt wird. Für einen Zeitraum von länger als sechs Monaten gilt § 23 Abs. 1.

(2) Die Abschiebung eines Ausländers ist auszusetzen, solange die Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist und keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird.

(3) Die Ausreisepflicht eines Ausländers, dessen Abschiebung ausgesetzt ist, bleibt unberührt.

(4) Über die Aussetzung der Abschiebung ist dem Ausländer eine Bescheinigung auszustellen.

(5) Die Aussetzung der Abschiebung erlischt mit der Ausreise des Ausländers. Sie wird widerrufen, wenn die der Abschiebung entgegenstehenden Gründe entfallen. Der Ausländer wird unverzüglich nach dem Erlöschen ohne erneute Androhung und Fristsetzung abgeschoben, es sei denn, die Aussetzung wird erneuert. Ist die Abschiebung länger als ein Jahr ausgesetzt, ist die für den Fall des Erlöschens durch Ablauf der Geltungsdauer oder durch Widerruf vorgesehene Abschiebung mindestens einen Monat vorher anzukündigen; die Ankündigung ist zu wiederholen, wenn die Aussetzung für mehr als ein Jahr erneuert wurde.

§ 60a AufenthG lautete in der vom 28.08.2007 bis zum 30.06.2011 geltenden Fassung:

(1) Die oberste Landesbehörde kann aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland anordnen, dass die Abschiebung von Ausländern aus bestimmten Staaten oder von in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen allgemein oder in bestimmte Staaten für längstens sechs Monate ausgesetzt wird. Für einen Zeitraum von länger als sechs Monaten gilt § 23 Abs. 1.

(2) Die Abschiebung eines Ausländers ist auszusetzen, solange die Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist und keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird. Die Abschiebung eines Ausländers ist auch auszusetzen, wenn seine vorübergehende Anwesenheit im Bundesgebiet für ein Strafverfahren wegen eines Verbrechens von der Staatsanwaltschaft oder dem Strafgericht für sachgerecht erachtet wird, weil ohne seine Angaben die Erforschung des Sachverhalts erschwert wäre. Einem Ausländer kann eine Duldung erteilt werden, wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern.

(2a) Die Abschiebung eines Ausländers wird für eine Woche ausgesetzt, wenn seine Zurückschiebung oder Abschiebung gescheitert ist, Abschiebungshaft nicht angeordnet wird und die Bundesrepublik Deutschland auf Grund einer Rechtsvorschrift, insbesondere des

Artikels 6 Abs. 1 der Richtlinie 2003/110/EG des Rates vom 25. November 2003 über die Unterstützung bei der Durchbeförderung im Rahmen von Rückführungsmaßnahmen auf dem Luftweg (ABl. EU Nr. L 321 S. 26), zu seiner Rückübernahme verpflichtet ist. Die Aussetzung darf nicht nach Satz 1 verlängert werden. Die Einreise des Ausländers ist zuzulassen.

(3) Die Ausreisepflicht eines Ausländers, dessen Abschiebung ausgesetzt ist, bleibt unberührt.

(4) Über die Aussetzung der Abschiebung ist dem Ausländer eine Bescheinigung auszustellen.

(5) Die Aussetzung der Abschiebung erlischt mit der Ausreise des Ausländers. Sie wird widerrufen, wenn die der Abschiebung entgegenstehenden Gründe entfallen. Der Ausländer wird unverzüglich nach dem Erlöschen ohne erneute Androhung und Fristsetzung abgeschoben, es sei denn, die Aussetzung wird erneuert. Ist die Abschiebung länger als ein Jahr ausgesetzt, ist die durch Widerruf vorgesehene Abschiebung mindestens einen Monat vorher anzukündigen; die Ankündigung ist zu wiederholen, wenn die Aussetzung für mehr als ein Jahr erneuert wurde.

§ 60a AufenthG lautet in der seit dem 01.07.2011 geltenden Fassung:

(1) Die oberste Landesbehörde kann aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland anordnen, dass die Abschiebung von Ausländern aus bestimmten Staaten oder von in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen allgemein oder in bestimmte Staaten für längstens sechs Monate ausgesetzt wird. Für einen Zeitraum von länger als sechs Monaten gilt § 23 Abs. 1.

(2) Die Abschiebung eines Ausländers ist auszusetzen, solange die Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist und keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird. Die Abschiebung eines Ausländers ist auch auszusetzen, wenn seine vorübergehende Anwesenheit im Bundesgebiet für ein Strafverfahren wegen eines Verbrechens von der Staatsanwaltschaft oder dem Strafgericht für sachgerecht erachtet wird, weil ohne seine Angaben die Erforschung des Sachverhalts erschwert wäre. Einem Ausländer kann eine Duldung erteilt werden, wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern.

(2a) Die Abschiebung eines Ausländers wird für eine Woche ausgesetzt, wenn seine Zurückschiebung oder Abschiebung gescheitert ist, Abschiebungshaft nicht angeordnet wird und die Bundesrepublik Deutschland auf Grund einer Rechtsvorschrift, insbesondere des Artikels 6 Abs. 1 der Richtlinie 2003/110/EG des Rates vom 25. November 2003 über die Unterstützung bei der Durchbeförderung im Rahmen von Rückführungsmaßnahmen auf dem Luftweg (ABl. EU Nr. L 321 S. 26), zu seiner Rückübernahme verpflichtet ist. Die Aussetzung darf nicht nach Satz 1 verlängert werden. Die Einreise des Ausländers ist zuzulassen.

(2b) Solange ein Ausländer, der eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25a Absatz 1 besitzt, minderjährig ist, soll die Abschiebung seiner Eltern oder eines allein personensorgeberechtigten Elternteils sowie der minderjährigen Kinder, die mit den Eltern oder dem allein personensorgeberechtigten Elternteil in familiärer Lebensgemeinschaft leben, ausgesetzt werden.

(3) Die Ausreisepflicht eines Ausländers, dessen Abschiebung ausgesetzt ist, bleibt unbe-

rührt.

(4) Über die Aussetzung der Abschiebung ist dem Ausländer eine Bescheinigung auszustellen.

(5) Die Aussetzung der Abschiebung erlischt mit der Ausreise des Ausländers. Sie wird widerrufen, wenn die der Abschiebung entgegenstehenden Gründe entfallen. Der Ausländer wird unverzüglich nach dem Erlöschen ohne erneute Androhung und Fristsetzung abgeschoben, es sei denn, die Aussetzung wird erneuert. Ist die Abschiebung länger als ein Jahr ausgesetzt, ist die durch Widerruf vorgesehene Abschiebung mindestens einen Monat vorher anzukündigen; die Ankündigung ist zu wiederholen, wenn die Aussetzung für mehr als ein Jahr erneuert wurde.

Ein Ausländer, der geduldet und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt ist, kann nach der Regelung in § 62 Abs. 2 EStG während und aufgrund seiner Duldung unabhängig von den tatsächlichen Verhältnissen niemals einen Anspruch auf Kindergeld haben, und zwar auch dann nicht, wenn er (und seine Kinder) sich tatsächlich seit mehreren Jahren im Bundesgebiet aufhalten, einen langfristigen Aufenthalt durch Anträge auf Erteilung eines Aufenthaltstitels anstreben und der Ausländer (ggf. auch langjährig) erwerbstätig ist.

Asylantragsteller: gesetzliches Aufenthaltsrecht besonderer Art (Aufenthaltsgestattung), kein Anspruch auf Kindergeld

Das Verfahren für Asylberechtigte und Asylsuchende ist im Asylverfahrensgesetz (AsylVfG) geregelt.

§ 1 AsylVfG - Geltungsbereich - Abs. 1 lautete in der vom 01.07.1993 bis zum 31.12.2004 geltenden Fassung:

Dieses Gesetz gilt für Ausländer, die Schutz als politisch Verfolgte nach Artikel 16a Abs. 1 des Grundgesetzes oder Schutz vor Abschiebung oder einer sonstigen Rückführung in einen Staat beantragen, in dem ihnen die in § 51 Abs. 1 des Ausländergesetzes - in der vom 01.01.2005 bis zum 27.08.2007 geltenden Fassung: die in § 60 Abs. 1 des Aufenthaltsgesetzes - bezeichneten Gefahren drohen.

§ 1 Abs. 1 AsylVfG lautete in der vom 28.08.2007 bis zum 30.11.2013 geltenden Fassung:

Dieses Gesetz gilt für Ausländer, die Schutz als politisch Verfolgte nach Artikel 16a Abs. 1 des Grundgesetzes oder Schutz vor Verfolgung nach dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (BGBl. 1953 II S. 559) beantragen.

§ 1 Abs. 1 AsylVfG lautet in der seit dem 01.12.2013 geltenden Fassung:

Dieses Gesetz gilt für Ausländer, die Folgendes beantragen:

- 1. Schutz vor politischer Verfolgung nach Artikel 16a Absatz 1 des Grundgesetzes oder*
- 2. internationalen Schutz nach der Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf*

subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (ABl. L 337 vom 20.12.2011, S. 9); der internationale Schutz im Sinne der Richtlinie 2011/95/EU umfasst den Schutz vor Verfolgung nach dem Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (BGBl. 1953 II S. 559, 560) und den subsidiären Schutz im Sinne der Richtlinie; der nach Maßgabe der Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (ABl. L 304 vom 30.9.2004, S. 12) gewährte internationale Schutz steht dem internationalen Schutz im Sinne der Richtlinie 2011/95/EU gleich; § 104 Absatz 9 des Aufenthaltsgesetzes bleibt unberührt.

Nach § 1 Abs. 2 AsylVfG gilt das Gericht *nicht für heimatlose Ausländer im Sinne des Gesetzes über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer im Bundesgebiet*

Die Beschreibung des Geltungsbereichs des AsylVfG hat im Wesentlichen deklaratorische Bedeutung. Materielle Grundlage der Asylanerkennung ist zunächst allein das Asylgrundrecht des Grundgesetzes (Bergmann in Renner/Bergmann/Dienelt, a.a.O., Rdz. 3 zu § 1 AsylVfG).

Nach Art 16a Abs. 1 GG genießen *politisch Verfolgte ... Asylrecht*. Art 16a Abs. 2 GG bestimmt: *Auf Absatz 1 kann sich nicht berufen, wer aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften oder aus einem anderen Drittstaat einreist, in dem die Anwendung des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten sichergestellt ist.*

Art 16a Abs. 1 GG gewährt politisch Verfolgten ein Recht auf Einreise und Aufenthalt in Deutschland und schützt sie vor jedweder Überstellung in den Verfolgerstaat. Das Grundrecht auf Asyl entsteht mit Erreichen der Grenze; die spätere Feststellung der Asylberechtigung wirkt nicht konstitutiv, sondern lediglich deklaratorisch. Asylsuchenden darf deshalb grundsätzlich weder die Einreise ohne die sonst erforderlichen Dokumente (Reisepass und evtl. Visum) noch der weitere Verbleib im Inland bis zur Feststellung der Asylberechtigung verwehrt werden (Bergmann in Renner/Bergmann/Dienelt, a.a.O., Rdz. 2 ff. zu § 55 AsylVfG m.w.N.). Da Art. 16a Abs. 2 GG aus einem sicheren Drittstaat einreisende Personen aus dem persönlichen Geltungsbereich des Asylrechts ausnimmt, entfällt insoweit auch das vorläufige Aufenthaltsrecht während des Verfahrens (Bergmann in Renner/Bergmann/Dienelt, a.a.O., Rdz. 2 zu § 55 AsylVfG m.w.N.).

Abschnitt 4 AsylVfG regelt das Recht des Aufenthalts während des Asylverfahrens.

§ 55 - Aufenthaltsgestattung - Abs. 1 AsylVfG in der seit dem 01.07.1993 geltenden Fassung bestimmt:

Einem Ausländer, der um Asyl nachsucht, ist zur Durchführung des Asylverfahrens der Aufenthalt im Bundesgebiet gestattet (Aufenthaltsgestattung). Er hat keinen Anspruch darauf, sich in einem bestimmten Land oder an einem bestimmten Ort aufzuhalten. Im Falle der unerlaubten Einreise aus einem sicheren Drittstaat (§ 26a) erwirbt der Ausländer die Aufenthaltsgestattung mit der Stellung eines Asylantrages.

Bei der Aufenthaltsgestattung handelt es sich um ein gesetzliches Aufenthaltsrecht besonderer Art; dieses entsteht kraft Gesetzes und nicht kraft Verleihung. Die Asylrechtsgarantie schützt auch den Asylbewerber; ihm darf deshalb der Aufenthalt bis zur Klärung der Asylberechtigung grundsätzlich nicht verwehrt werden (Bergmann in Renner/Bergmann/Dienelt, a.a.O., Rdz. 5 zu § 55 AsylVfG m.w.N.).

Ein Asylantragsteller hält sich somit bis zur Feststellung oder Ablehnung seiner Eigenschaft als Asylberechtigter rechtmäßig im Inland auf; er ist nicht ausreisepflichtig.

Erst aufgrund der Ablehnung des Asylantrages wird der Asylantragsteller ausreisepflichtig; die Vollziehung der Ausreisepflicht ist bei Vorliegen eines Abschiebungsverbots bzw. solange die Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist und keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird, auszusetzen oder kann u.a. aus völkerrechtlichen oder humanitären oder politischen Gründen ausgesetzt werden (§§ 60, 60a AufenthG).

Zeiten eines gestatteten Aufenthalts sind nach der Regelung in § 62 Abs. 2 Nr. 3a EstG zur erforderlichen Voraufenthaltszeit den Zeiten eines rechtmäßigen oder geduldeten Aufenthalts gleichgestellt.

Auch ein Asylantragsteller kann zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt sein und eine Erwerbstätigkeit ausüben.

§ 61 Abs. 1 AsylVfG - Erwerbstätigkeit - verbietet die Ausübung einer Erwerbstätigkeit für einen begrenzten Zeitraum von höchstens drei Monaten, nämlich *für die Dauer der Pflicht, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen*. § 47 Abs. 1 AsylVfG verpflichtet den Asylantragsteller, *bis zu sechs Wochen, längstens jedoch bis zu drei Monaten, in der für ihre Aufnahme zuständigen Aufnahmeeinrichtung zu wohnen*. Das Verbot der Ausübung einer Erwerbstätigkeit in § 61 Abs. 1 AsylVfG gilt nicht, wenn der Asylantragsteller verpflichtet ist, in einer Gemeinschaftsunterkunft zu wohnen; die Verpflichtung, in einer Gemeinschaftsunterkunft zu wohnen, kann nach § 53 Abs. 1 AsylVfG nur Ausländer betreffen, die *nicht oder nicht mehr verpflichtet sind, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen*.

Für die Zeit nach Ablauf der Pflicht, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, bestimmt § 61 Abs. 2 AsylVfG in der seit dem 01.01.2005 geltenden Fassung:

(2) Im Übrigen kann einem Asylbewerber, der sich seit einem Jahr gestattet im Bundesgebiet aufhält, abweichend von § 4 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist. Die §§ 39 bis 42 des Aufenthaltsgesetzes gelten entsprechend.

Gemäß dem eingefügten § 61 Abs. 2 Satz 2 AsylVfG in der seit dem 28.08.2007 geltenden Fassung wird *ein geduldeter oder rechtmäßiger Voraufenthalt auf die Wartezeit nach Satz 1 angerechnet*.

§ 61 Abs. 2 AsylVfG in der zuvor (bis zum 31.12.2004 geltenden Fassung) schloss ebenfalls die Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nicht aus.

Ein Asylantragsteller mit einem gemäß § 55 AsylVfG gestatteten Aufenthalt kann nach der Regelung in § 62 Abs. 2 EStG während und aufgrund seiner Aufenthaltsgestattung unabhängig von den tatsächlichen Verhältnissen niemals einen Anspruch auf Kindergeld haben, und zwar auch dann nicht, wenn er (und seine Kinder) sich tatsächlich seit mehreren Jahren im Bundesgebiet aufhalten, einen langfristigen Aufenthalt durch Anträge auf Erteilung eines Aufenthaltstitels anstreben und der Ausländer (ggf. auch langjährig) erwerbstätig ist.

§ 81 AufenthG, Weitergeltung des bisherigen Aufenthaltstitels, Fiktionsbescheinigung

Für sämtliche Arten des Aufenthalts regelt § 81 AufenthG die Folgen der Beantragung eines Aufenthaltstitels.

§ 81 Abs. 3 und 4 AufenthG in der bis zum 31.07.2012 geltenden Fassung lautete:

(3) Beantragt ein Ausländer, der sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, ohne einen Aufenthaltstitel zu besitzen, die Erteilung eines Aufenthaltstitels, gilt sein Aufenthalt bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als erlaubt. Wird der Antrag verspätet gestellt, gilt ab dem Zeitpunkt der Antragstellung bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde die Abschiebung als ausgesetzt.

(4) Beantragt ein Ausländer die Verlängerung seines Aufenthaltstitels oder die Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels, gilt der bisherige Aufenthaltstitel vom Zeitpunkt seines Ablaufs bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als fortbestehend.

§ 81 Abs. 3 und 4 AufenthG in der seit dem 01.08.2012 bis zum 05.09.2013 geltenden Fassung lautete:

(3) Beantragt ein Ausländer, der sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, ohne einen Aufenthaltstitel zu besitzen, die Erteilung eines Aufenthaltstitels, gilt sein Aufenthalt bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als erlaubt. Wird der Antrag verspätet gestellt, gilt ab dem Zeitpunkt der Antragstellung bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde die Abschiebung als ausgesetzt.

(4) Beantragt ein Ausländer vor Ablauf seines Aufenthaltstitels dessen Verlängerung oder die Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels, gilt der bisherige Aufenthaltstitel vom Zeitpunkt seines Ablaufs bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als fortbestehend. Wurde der Antrag auf Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels verspätet gestellt, kann die Ausländerbehörde zur Vermeidung einer unbilligen Härte die Fortgeltungswirkung anordnen.

§ 81 Abs. 3 und 4 AufenthG in der seit dem 06.09.2013 geltenden Fassung lautet:

(3) Beantragt ein Ausländer, der sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, ohne einen Aufenthaltstitel zu besitzen, die Erteilung eines Aufenthaltstitels, gilt sein Aufenthalt bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als erlaubt. Wird der Antrag verspätet gestellt, gilt ab dem Zeitpunkt der Antragstellung bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde die

Abschiebung als ausgesetzt.

(4) Beantragt ein Ausländer vor Ablauf seines Aufenthaltstitels dessen Verlängerung oder die Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels, gilt der bisherige Aufenthaltstitel vom Zeitpunkt seines Ablaufs bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als fortbestehend. Dies gilt nicht für ein Visum nach § 6 Absatz 1. Wurde der Antrag auf Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels verspätet gestellt, kann die Ausländerbehörde zur Vermeidung einer unbilligen Härte die Fortgeltungswirkung anordnen.

Gemäß § 81 Abs. 5 AufenthG ist dem Ausländer ... eine Bescheinigung über die Wirkung seiner Antragstellung (Fiktionsbescheinigung) auszustellen.

Die entsprechende Vorgängerregelung vor Geltung des AufenthG ab dem 01.01.2005 findet sich in § 69 Abs. 3 AuslG.

Im Fall der Verlängerung eines Aufenthaltstitels oder der Beantragung eines anderen Aufenthaltstitels (z.B. einer Niederlassungserlaubnis) gilt der bisherige Aufenthaltstitel mit allen sich daran anschließenden Wirkungen einschließlich der Erlaubnis zur Erwerbstätigkeit bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als fortbestehend, wenn der Antrag rechtzeitig - d.h. vor Ablauf der Geltungsdauer des bestehenden Aufenthaltstitels gestellt wird (Allgemeine Verwaltungsvorschrift bei Samel in Renner/Bergmann/Dienelt, a.a.O., zu § 81 AufenthG).

Wird bei einem Aufenthaltsstatus, der keinen Anspruch auf Kindergeld begründet, ein Antrag auf einen Aufenthaltstitel gestellt, der zum Anspruch auf Kindergeld berechtigen würde, gilt auch dann, wenn ein Anspruch auf den beantragten Aufenthaltstitel besteht, bis zur Entscheidung über den Antrag der bestehende Aufenthaltstitel weiter mit der Folge, dass kein Anspruch auf Kindergeld besteht. Nach der ständigen Rechtsprechung des BFH kommt es kindergeldrechtlich nicht darauf an, auf welchen Aufenthaltstitel der Ausländer einen Anspruch hat, sondern nach § 62 Abs. 2 nur darauf, welchen Aufenthaltstitel er tatsächlich besitzt (BFH-Urteil vom 17.04.2008, III R 16/05, BFHE 221,43, BStBl II 2009, 918, Beschluss vom 09.11.2012, III B 138/11, BFH/NV 2013, 372, jeweils m.w.N.).

Ansprüche auf Kindergeld im Rahmen der EU-rechtlichen Vorschriften:

Anders als die unter die Regelung des § 62 Abs. 2 EStG fallenden Ausländer haben aufgrund der EU-rechtlichen Bestimmungen und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in das Bundesgebiet entsandte, den EU-rechtlichen Bestimmungen unterliegende Arbeitnehmer, die in Deutschland tätig sind, jedoch nicht in das deutsche, sondern das Sozialversicherungssystem ihres Heimatlandes einbezogen werden, bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen der §§ 62 Abs. 1, 63 EStG (z.B. Wohnsitz im Inland oder Behandlung als unbeschränkt Einkommensteuerpflichtige nach § 62 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 3 EStG, berücksichtigungsfähige Kinder i.S.d. § 63 EStG) einen Anspruch auf Kindergeld, und zwar auch für ihre nicht in Deutschland, sondern im europäischen, den EU-rechtlichen Regelungen unterfallenden Heimatland.

Aktuelle Zahlen darüber, für wie viele Kinder, die im Ausland leben, Kindergeld gezahlt wird, liegen nicht vor. Nach der Antwort der Bundesregierung vom 15.07.2008 (Bundestags-Drucksache 16/10004) auf eine kleine Anfrage einiger Abgeordneter und der Fraktion der FDP (Bundestags-Drucksache 16/9846) waren Ende 2007 nach der Bestandsstatistik der Bundesagentur für Arbeit, Familienkasse, 103 334 Kinder im Ausland kindergeldberechtigt (bzw. wurde für diese Kindergeld gezahlt).

Soweit der steuerliche Abzug des Kinderfreibetrages (§ 32 Abs. 6 EStG) günstiger als das Kindergeld ist (Günstigerprüfung nach § 31 EStG), sind die Freibeträge nach § 32 Abs. 6 EStG abzuziehen. § 32 Abs. 6 EStG regelt die Höhe des Kinderfreibetrages für das sächliche Existenzminimum und des Freibetrages für den Betreuungs- und Erziehungs- oder Ausbildungsbedarf des Kindes. Gemäß § 32 Abs. 6 Satz 4 EStG können diese Beträge „für ein nicht nach § 1 Absatz 1 oder 2 unbeschränkt einkommensteuerpflichtiges Kind ... nur abgezogen werden, soweit sie nach den Verhältnissen seines Wohnsitzstaates notwendig und angemessen sind“. § 32 Abs. 6 trägt dem Umstand Rechnung, dass bezogen auf die Verhältnisse des Wohnsitzstaates des Kindes die durch die Freibeträge abgedeckten Aufwendungen teilweise erheblich niedriger als in Deutschland sind. Die Berücksichtigung ausländischer Verhältnisse regelt die durch das Bundesministerium der Finanzen vorgenommene Ländergruppeneinteilung (amtliches Einkommensteuer-Handbuch, Anhang 2). So wären z.B. (Ländergruppeneinteilung, z.B. Fassung ab dem 01.01.2009) die Freibeträge für ein in Portugal, Slowenien oder der Tschechischen Republik lebendes Kind nur mit 3/4 tel der in § 32 Abs. 6 EStG aufgeführten Beträge steuerlich abzuziehen; für in Bulgarien, Lettland, Litauen, Polen und Rumänien lebende Kinder nur mit 1/2.

Eine entsprechende Regelung unter Einbeziehung der wirtschaftlichen Verhältnisse im Wohnsitzstaat des Kindes sieht das Kindergeldrecht nicht vor. § 66 EStG regelt die Höhe des Kindergeldes unabhängig davon, in welchem Staat das Kind lebt und welchen wirtschaftlichen Wert (Kaufkraft) das Kindergeld hat. Nach § 65 EStG werden lediglich andere Leistungen für Kinder, insbesondere ein etwaiges im Ausland zustehendes Kindergeld, auf das deutsche Kindergeld angerechnet und es wird die Differenz zum Kindergeld in Höhe des deutschen Satzes gemäß § 66 EStG gezahlt.

In der überwiegenden Anzahl der EU-Staaten wird ein teilweise deutlich niedrigeres Kindergeld als in Deutschland gezahlt. Des Weiteren besteht ein Anspruch teilweise nur unter weiteren Voraussetzungen (z.B. bezüglich des Gesamteinkommens der Familie) und nur bis zu einem niedrigeren Lebensalter als nach dem deutschen Kindergeldrecht. Z.B. beträgt das Kindergeld aktuell monatlich in Bulgarien pro Kind 35 BGN (ca. € 17) bis maximal zum 20. Lebensjahr, sofern das durchschnittliche monatliche Familieneinkommen pro Kopf 350 BGN (ca. € 170) nicht übersteigt, Lettland pro Kind 8,00 LVL (ca. € 12) mit Anspruch grundsätzlich nur bis zum 15. Lebensjahr, bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen bis zum 20. Lebensjahr, in Litauen monatlich 97,50 LTL (ca. € 28) bei zwei Kindern bis zum 7., bei drei Kindern bis zum 18. Lebensjahr, sofern nicht das Monatseinkommen pro Familienmitglied derzeit 525 LTL (ca. € 151) übersteigt, Polen bis maximal zum 24. Lebensjahr zwischen 68 und 98 PLN (ca. € 16 - ca. € 24), sofern das monatliche Pro-Kopf-Nettoeinkommen der Familie 504 PLN (583 PLN bei Familien mit einem behinderten Kind, aktuell ca. € 122 bzw. € 140) nicht übersteigt, Rumänien bis zum 18. Lebensjahr bzw. zum Abschluss einer weiterführenden Schule oder eines postsekundären Abschlusses in den ersten beiden Lebensjahren 200 RON, ab Vollendung des 2. Lj. 42 RON

(ca. € 44 bzw. € 9); vgl. die Übersicht des Bundeszentralamts für Steuern, Einzelanweisung an die Familienkassen vom 07.12.2011, Betreff Familienleistungsausgleich, vergleichbare Leistungen im Sinne des § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, St II 2 - S 2280-PB/11/00014, abzurufen über das internet. Die Höhe des deutschen Kindergeldes übersteigt zum Teil die Einkommensgrenze pro Kopf, bis zu der überhaupt ein ausländischer Anspruch auf Kindergeld bestehen kann. Legt man die Ländergruppeneinteilung zugrunde, ist z.B. das von Deutschland gezahlte volle (oder bei Anrechnung eines ausländischen Anspruchs gezahlte Differenz-) Kindergeld für in Polen, Rumänien oder Ungarn lebende Kinder wirtschaftlich doppelt so viel wert wie das für die im Inland lebenden Kinder gezahlte Kindergeld. Die Höhe des Kindergeldes für zwei Kinder (2 x € 84, zusammen € 368) übersteigt bereits den durchschnittlichen, aus dem internet ersichtlichen Monatslohn in Bulgarien (ca. € 300) und Rumänien (ca. € 351).

Unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse im Wohnsitzland und der Kaufkraft deckt das in der vollen Höhe des deutschen Kindergeldes nach § 66 EStG gezahlte Kindergeld für Kinder mit Wohnsitz in einem Land, das unter die Regelung des § 32 Abs. 6 Satz 4 EStG (Ländergruppe mit niedrigeren Lebenshaltungskosten, Kürzung des Kinderfreibetrages) fällt, damit nicht nur die Aufwendungen für das sächliche Existenzminimum und den Betreuungs- und Erziehungs- oder Ausbildungsbedarf des Kindes, sondern geht erheblich darüber hinaus.

Rechtsprechung: Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung des § 62 Abs. 2 EStG

Gegen die Verfassungsmäßigkeit der Regelungen über die Nichtgewährung von Kindergeld an Ausländer unter bestimmten aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen sind auch nach der Neufassung des § 62 Abs. 2 EStG Bedenken erhoben worden, ferner gegen die ab Januar 2006 erfolgte rückwirkende Anwendung des § 62 Abs. 2 EStG auf alle offenen Altfälle (FG Köln, Vorlagebeschluss an das BVerfG vom 09.05.2007, 10 K 1690/07, EFG 2007, 1247 und Urteil vom 09.05.2007, 10 K 983/04, EFG 2007, 1254 unter Hinweis auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 25.10.2005 in der Sache 59140/00, Okpisz, BFH/NV 2006, Beilage 3, 357).

Rechtsprechung des BFH: keine Bedenken

Der BFH ist der Auffassung des FG Köln nicht gefolgt und hält in ständiger Rechtsprechung die Neuregelung des § 62 Abs. 2 EStG und deren rückwirkende Anwendung auf noch offene Fälle für verfassungsgemäß (Urteile vom 15.03.2007, III R 93/03, BFHE 217, 443, BStBl II 2009, 905, BFH/NV 2007, 1234, vom 15.03.2007, III R 54/05, BFH/NV 2007, 1298, vom 22.11.2007, III R 54/02, BFHE 220, 45, BStBl II 2009, 913, BFH/NV 2008, 457, vom 28.05.2009, III R 43/07, BFH/NV 2009, 1641, vom 26.08.2010, III R 47/09, BFHE 230, 563, BStBl II 2011, 589, ständige Rechtsprechung). Dies gilt nach der Auffassung des BFH nicht nur, soweit Ausländer, die sich im Rahmen einer ausländerrechtlichen Duldung im Inland aufhalten, von einem Anspruch auf Kindergeld von vornherein ausgeschlossen werden (Urteil vom 15.03.2007, III R 93/03, a.a.O., Urteil vom 22.11.2007 III R 54/02 a.a.O., Beschluss vom 11.07.2008, III B 167/07, juris). Auch in Bezug auf Ausländer

mit einem der in § 62 Abs. 2 EStG genannten Aufenthaltstiteln vertritt der BFH die Auffassung, der Gesetzgeber habe verfassungskonform und im Rahmen des ihm zustehenden Gestaltungsspielraums gehandelt, als er typisierend „die Kindergeldberechtigung von Ausländern vom Besitz bestimmter Titel nach dem AufenthG abhängig machte und bei einzelnen Titeln, die einen schwächeren aufenthaltsrechtlichen Status vermitteln, darüber hinaus von einem mindestens dreijährigen rechtmäßigen, gestatteten oder geduldeten Aufenthalt im Bundesgebiet sowie von einer berechtigten Erwerbstätigkeit, vom Bezug laufender Geldleistungen nach dem SGB III oder von der Inanspruchnahme von Elternzeit“ (Urteil vom 17.06.2010 III R 72/08, BFH/NV 2010, 2242).

Die vom FG Köln angeführte Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 25. Oktober 2005 stehe nicht entgegen, weil sie zu § 1 Abs. 3 BKGG, nicht aber zu § 62 Abs. 2 EStG n.F. ergangen sei. Auch eine Übertragung der vom BVerfG für § 1 Abs. 3 BKGG 1993 angeordneten Sanktion des Wieder-In-Kraft-Setzens der bis zum 31.12.1993 geltenden kindergeldrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen (BVerfG-Beschluss vom 6.7.2004 1 BvL 4/97, 1 BvL 5/97, 1 BvL 6/97) komme --trotz Wortgleichheit der Vorschriften § 1 Abs. 3 BKGG 1993 und § 62 Abs. 2 EStG 1996-- nicht in Betracht. Anders bei der Übertragung der Entscheidung des BVerfG zur Unvereinbarkeit des Verlustausgleichs- Abzugsverbots in § 23 Abs. 4 Satz 3 EStG a.F. mit Art. 3 Abs. 1 GG für Altfälle auf das vergleichbare Verlustausgleichsverbot in § 22 Nr. 3 Satz 3 EStG a.F. (BFH-Urteil vom 01.06.2004, IX R 35/01, BFHE 206, 273, BStBl II 2005, 26) seien Vorschriften verschiedener Gesetze (BKGG und EStG) betroffen. Trotz der Wortgleichheit der Vorschriften falle die Sanktion des Wieder-In-Kraft-Setzens der bis zum 31.12.1993 geltenden kindergeldrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen ausschließlich in die Kompetenz des BVerfG.

BVerfG: bislang nur Zurückweisung als unzulässig, keine inhaltliche Entscheidung

Das BVerfG hat bislang über die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung des Anspruchs auf Kindergeld in § 62 Abs. 2 EStG inhaltlich nicht entschieden. Die Vorlage des FG Köln vom 09.05.2007 hat es für unzulässig erklärt, da die Entscheidungserheblichkeit und die Überzeugung des vorlegenden Gerichts von der Verfassungswidrigkeit der Norm nicht hinreichend dargelegt worden seien (BVerfG, Beschluss vom 06.11.2009, 2 BvL 4/07, BFH/NV 2010, 153). Es fehlten Feststellungen zum Aufenthaltsstatus und zur ladungsfähigen Anschrift der Klägerin. Auch habe das Finanzgericht nicht hinreichend dargelegt, aufgrund welcher Tatsachengrundlage es zu dem Ergebnis gelangt sei, dass dann, wenn sich der gestattete oder geduldete Aufenthalt im Inland auf einen Zeitraum von drei oder mehr Jahren erstrecke und Kinder "vorhanden sind", davon auszugehen sei, dass der Betreffende faktisch auf unbestimmte Zeit nicht abgeschoben werden könne. Soweit das Finanzgericht seinen Erwägungen die Möglichkeit eines faktisch legalen Aufenthalts von Ausländern zugrunde legt, verwende es eine Kategorie, die dem Aufenthaltsgesetz fremd sei. Da § 62 Abs. 2 EStG an die Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes anknüpfe, lasse sich daher nicht nachvollziehen, ob das Finanzgericht sich in der gebotenen Weise mit den Differenzierungen, die in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommen, auseinander gesetzt habe.

Ein weiteres, einem Vorlagebeschluss des FG Köln an das BVerfG zugrundeliegendes Verfahren (2 BvL 3/07) war bereits im Jahr 2008 anderweitig erledigt worden.

Die Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil des FG Nürnberg vom 13.09.2007 (6 K 28/2007) und den Beschluss des BFH über die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision (vom 11.07.2008, III B 167/07, juris) nahm das BVerfG gemäß §§ 93a, 93b BVerfGG nicht zur Entscheidung an (Beschluss vom 09.12.2009, 2 BvR 1957/08, HFR 2010, 292, BFH/NV 2010, 168).

Der Beschwerdeführer habe nicht hinreichend dargelegt, dass sein Aufenthalt auf Dauer angelegt sei. U.a. lasse sich allein aus dem Bestehen des für ihn geltenden Abschiebestopperlasses weder auf eine Gefährdung im Sinne des § 60 Abs. 7 Satz 1 oder 2 AufenthG noch auf die Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit einer freiwilligen Ausreise und damit auch nicht auf die Dauer des Aufenthalts schließen. Das BVerfG führte ferner aus:

Der Beschwerdeführer ist schließlich nicht, wie geboten, auf die naheliegende Erwägung eingegangen, dass eine Ungleichbehandlung von Ausländern, die sich lediglich geduldet in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gegenüber denjenigen Ausländern, denen ein Anspruch auf Kindergeld aus § 62 Abs. 2 EStG zukommt, schon deswegen gerechtfertigt sein könnte, weil der Aufenthalt lediglich geduldeter Ausländer nicht rechtmäßig ist. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat zur früheren Rechtslage unter anderem ausgeführt, dass Deutsche, Ausländer mit Aufenthaltserlaubnis oder -erlaubnis und Ausländer ohne diese Aufenthaltstitel, die aber in Deutschland legal leben, in gleicher Weise durch die persönlichen und finanziellen Aufwendungen bei der Kindererziehung belastet seien (BVerfGE 111, 160 <173 f.>). Der Bundesfinanzhof hat in der angegriffenen Entscheidung daran angeknüpft. Dies hätte den Beschwerdeführer veranlassen müssen, sich der Frage zu stellen, ob der Ausschluss sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhaltender Ausländer vom Anspruch auf Kindergeld nicht bereits durch das Bundesverfassungsgericht als verfassungsrechtlich unproblematisch bewertet worden oder diese Bewertung nicht zumindest in dessen Rechtsprechung angelegt ist. Jedenfalls fehlt eine Auseinandersetzung mit der Frage, weshalb es nicht gerechtfertigt sein soll, Personengruppen, die nicht abgeschoben werden können und die ihrer Ausreisepflicht auch nicht freiwillig nachkommen, von Sozialleistungen auszuschließen, wenn ihr Existenzminimum anderweitig, hier über das Asylbewerberleistungsgesetz, gesichert wird. Dabei wäre darauf einzugehen gewesen, dass einem Ausländer, dem die freiwillige Ausreise unverschuldet rechtlich oder tatsächlich unmöglich ist, nach einem geduldeten Aufenthalt von 18 Monaten regelmäßig ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG zukommt und auf diesem Wege ein Hineinwachsen in den Anspruch auf Kindergeld möglich ist (vgl. § 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG).

Die Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des BFH vom 26.08.2010 (III R 47/09) nahm das BVerfG gemäß §§ 93a, 93b BVerfGG nicht zur Entscheidung an (Beschluss vom 21.01.2013, 2 BvR 2707/10, juris, Gründe nicht dokumentiert).

Vorlagebeschlüsse des BSG zur gleichlautenden Regelung beim Erziehungs- bzw. Elterngeld

Das BSG legte mit Beschlüssen vom 03.12.2009 (B 10 EG 5/08 R, B 10 EG 7/08 R und B 10 EG 8/08 R, juris) dem BVerfG die Frage vor, ob § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe c in Verbindung mit Nr. 3 Buchstabe b Bundeserziehungsgeldgesetz (BErzGG) in der Fassung des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erzie-

hungsgeld und Unterhaltsvorschuss (AuslAnsprG) vom 13.12.2006 (BGBl I 2006, 2915) insoweit mit Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz (GG) vereinbar sei, als danach Ausländern, denen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 Aufenthaltsgesetz (AufenthG 2004) wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 Aufenthaltsgesetz erteilt wurde, ein Anspruch auf Bundeserziehungsgeld nur dann zusteht, wenn sie im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig sind, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch (SGB 3) beziehen oder Elternzeit in Anspruch nehmen.

Mit Beschluss vom 30.09.2010 legte das BSG dem BVerfG die Frage vor, ob § 1 Abs. 7 Nr. 2 Buchst c in Verbindung mit Nr. 3 Buchst b Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) in der Fassung des Art 1 Gesetz zur Einführung des Elterngeldes (BEGeldEG) vom 5.12.2006 (BGBl I 2006, 2748) insoweit mit Art 3 Abs. 1 GG vereinbar sei, als danach Ausländern, denen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 Aufenthaltsgesetz (AufenthG 2004) wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 Aufenthaltsgesetz erteilt wurde, ein Anspruch auf Elterngeld nur dann zusteht, wenn sie im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig sind, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch (SGB 3) beziehen oder Elternzeit in Anspruch nehmen.

Die durch das Gesetz zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13.12.2006 geregelten Anspruchsvoraussetzungen für nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer sind hinsichtlich des Kindergeldes (§ 62 Abs. 2 EStG) und des Erziehungsgeldes (§ 1 Abs. 6 Bundeserziehungsgeldgesetz - BErzGG) bzw. ab 01.01.2007 des Elterngeldes (§ 1 Abs. 7 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz - BEEG) inhaltlich gleich.

§ 1 Abs. 6 BErzGG lautet in der Fassung des Gesetzes vom 13.12.2006:

Ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer ist nur anspruchsberechtigt, wenn er

- 1. eine Niederlassungserlaubnis besitzt,*
- 2. eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat, es sei denn, die Aufenthaltserlaubnis wurde*
 - a) nach § 16 oder § 17 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.*

§ 1 Abs. 7 BEEG in der Fassung des Gesetzes vom 13.12.2006 lautet:

Ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer oder eine nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländerin ist nur anspruchsberechtigt, wenn diese Person

- 1. eine Niederlassungserlaubnis besitzt,*

2. eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat, es sei denn, die Aufenthaltserlaubnis wurde
- a) nach § 16 oder § 17 des Aufenthaltsgesetzes erteilt,
 - b) nach § 18 Abs. 2 des Aufenthaltsgesetzes erteilt und die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit darf nach der Beschäftigungsverordnung nur für einen bestimmten Höchstzeitraum erteilt werden,
 - c) nach § 23 Abs. 1 des Aufenthaltsgesetzes wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach den §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 des Aufenthaltsgesetzes erteilt 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.

Auch hinsichtlich des Anspruchs auf Unterhaltsvorschuss oder -ausfallleistungen nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer sind die Anspruchsvoraussetzungen inhaltlich gleich (§ 1 Abs. 2a Unterhaltsvorschussgesetz).

§ 1 Abs. 7 BEEG in der Fassung des Gesetzes vom 19.08.2007 ist hinsichtlich der den Anspruch ausschließenden Voraussetzungen in § 1 Abs. 7 Nr. 2 d BEEG mit § 62 Abs. 2 EStG nicht gleich. Er lautet mit Wirkung ab 28.08.2007:

Ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer oder eine nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländerin ist nur anspruchsberechtigt, wenn diese Person

1. eine Niederlassungserlaubnis besitzt,
2. eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat, es sei denn, die Aufenthaltserlaubnis wurde
 - a) nach § 16 oder § 17 des Aufenthaltsgesetzes erteilt,
 - b) nach § 18 Abs. 2 des Aufenthaltsgesetzes erteilt und die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit darf nach der Beschäftigungsverordnung nur für einen bestimmten Höchstzeitraum erteilt werden,
 - c) nach § 23 Abs. 1 des Aufenthaltsgesetzes wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach den §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 des Aufenthaltsgesetzes erteilt,
 - d) nach § 104a des Aufenthaltsgesetzes erteilt oder
3. eine in Nummer 2 Buchstabe c genannte Aufenthaltserlaubnis besitzt und
 - a) sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und
 - b) im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt.

Der Ausschluss für Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104 a AufenthG (Altfallregelung insbesondere langjährig für geduldete Ausländer) ist nicht in das EStG übernommen worden. § 104a Abs 4 Satz 2 AufenthG bestimmt, dass die nach § 104a AufenthG erteilte Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt. Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104 a AufenthG haben deshalb auch dann einen Anspruch auf Kindergeld (und auf Leistungen nach dem Unterhaltsvorschussgesetz), wenn sie die zusätzlichen Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG nicht erfüllen, jedoch keinen Anspruch auf Elterngeld.

Begründung der Vorlagebeschlüsse des BSG

Das BSG legte in seinen Vorlagebeschlüssen vom 03.12.2009 bzw. 30.09.2010 die Zielsetzung des Gesetzgebers dar, nach der Familienleistungen nur für die ausländischen Staatsangehörigen vorzusehen seien, die sich voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhielten. Nach den Beschlüssen des BVerfG vom 06.07.2004 (1 BvL 4/97, 1 BvL 5/97, 1 BvL 6/97) sei es ein legitimes gesetzgeberisches Ziel, diese Leistungen nur denjenigen Ausländern zukommen lassen zu wollen, von denen erwartet werden könne, dass sie auf Dauer in Deutschland blieben. Der generelle Ausschluss von Ausländern mit Aufenthaltserlaubnis sei nach dem Beschluss des BVerfG jedoch kein geeignetes Abgrenzungskriterium. Allein die formale Art des Aufenthaltstitels eigne sich nicht als Grundlage einer Prognose über die Dauer des Aufenthalts in Deutschland.

Das BSG legte dar, dass nach der Begründung des Entwurfs des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13.12.2006 der Gesetzgeber neue Kriterien dazu aufgestellt habe, wann davon auszugehen sei, dass sich ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer voraussichtlich dauerhaft in Deutschland aufhalten werde. Bei Ausländern mit einer Aufenthaltserlaubnis werde dies vor allem die Ausübung einer Erwerbstätigkeit bzw. der Umstand sein, dass eine Erwerbstätigkeit erlaubt sei oder erlaubt werden könne.

Nach Wiedergabe der sozial- und finanzgerichtlichen Rechtsprechung erklärte das BSG, es sei von der Verfassungswidrigkeit des § 1 Abs. 6 Nr. 2 c i.V.m. Nr. 3 b BErzGG bzw. des § 1 Abs. 7 Nr. 2 c i.V.m. Nr. 3 b BEEG überzeugt. Es sei grundsätzlich zulässig, das Erziehungsgeld nur denjenigen Ausländern zukommen zu lassen, von denen erwartet werden könne, dass sie auf Dauer in Deutschland bleiben. Dieses Differenzierungsziel habe das BVerfG nicht nur für das Erziehungsgeldrecht, sondern übergreifend auch im Kindergeldrecht anerkannt (Beschlüsse des BVerfG vom 06.07.2004). Auf dieses Differenzierungsziel habe der Gesetzgeber bei der Neufassung des Gesetzes wesentlich abgestellt.

Zwar habe der Gesetzgeber damit ein grundsätzlich vom BVerfG gebilligtes, legitimes Differenzierungsziel verfolgt. Das BVerfG habe jedoch gerade in Bezug auf sozialrechtliche Leistungen des Familienlastenausgleichs die Auswahl geeigneter Differenzierungskriterien gefordert. Für den Ausschluss nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer von einem Leistungsanspruch habe es insoweit die Festlegung von Kriterien verlangt, mit denen der Personenkreis der voraussichtlich dauerhaft in Deutschland bleibenden Personen auch tatsächlich adäquat erfasst werden könne.

§ 1 Abs. 6 Nr. 2 c i.V.m. Nr. 3 b BErzGG bzw. § 1 Abs. 7 Nr. 2 c i.V.m. Nr. 3 b BEEG - die mit den Regelungen in § 62 Abs. 2 Nr. 2 c i.V.m. Nr. 3 b EStG wortgleich sind - stellten keine geeigneten Abgrenzungskriterien auf; der Kreis der voraussichtlich dauerhaft in Deutschland bleibenden Personen wird durch die dort vorgesehenen Anforderungen nicht sachgerecht bestimmt.

Grundsätzlich sei es nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber bei Aufenthaltstiteln, die ihrer Art nach nicht für einen Daueraufenthalt bestimmt sind, mehr verlange als die bloße (frühere) Berechtigung zur Erwerbstätigkeit. Es könne auch davon ausgegangen werden, dass die in § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 bzw. § 1 Abs. 7 Nr. 2 c BEEG aufgeführten Titel im Prinzip nur einen vorübergehenden Charakter hätten. Dass der Aufenthalt von Ausländern, die aus bestimmten humanitären, völkerrechtlichen oder politischen Gründen eingereist sind, zunächst auf Zeit konzipiert ist, ergebe sich teilweise schon aus den Überschriften der Paragraphen (vgl. etwa § 24 AufenthG "Aufenthaltsgewährung zum vorübergehenden Schutz"). Insbesondere aber die Regelung des § 26 Abs. 2 AufenthG über die "Dauer des Aufenthalts" mache deutlich, dass der Aufenthalt nach dem 5. Abschnitt des AufenthG vom Grundsatz des nur temporären Schutzes ausgehe. Danach

dürfe eine Aufenthaltserlaubnis nach dem 5. Abschnitt (§§ 22 bis 26 AufenthG) nicht verlängert werden, wenn das Ausreisehindernis oder die sonstigen einer Aufenthaltsbeendigung entgegenstehenden Gründe entfallen seien.

Da auch die anderen im 5. Abschnitt vorgesehenen, aber von § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 bzw. § 1 Abs. 7 Nr. 2 c BEEG nicht erfassten Aufenthaltstitel grundsätzlich derselben Verlängerungsbeschränkung unterliegen, sei allerdings nicht ohne Weiteres ersichtlich, warum die Inhaber solcher Titel nicht die besonderen Voraussetzungen des § 1 Abs. 6 Nr. 3 BErzGG 2006 bzw. des § 1 Abs. 7 Nr. 2 c BEEG erfüllen müssten. Entsprechendes gelte für Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 30 Abs. 2 AufenthG, deren Ehegatte als Student einen Titel nach § 16 AufenthG besitze und daher selbst unter die Ausschlussregelung des § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 bzw. § 1 Abs. 7 Nr. 2 c BEEG § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe a BErzGG 2006 falle.

Das BSG sah keine Veranlassung, der Frage, ob bereits in der Auswahl der in § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 bzw. § 1 Abs. 7 Nr. 2 c BEEG aufgeführten Aufenthaltserlaubnisse ein Verstoß gegen Art 3 Abs. 1 GG liege, weiter nachzugehen. Denn § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 bzw. § 1 Abs. 7 Nr. 2 c BEEG seien schon aus anderen Gründen als verfassungswidrig anzusehen. Die Nr. 3 dieser Vorschriften enthielten nämlich nicht nur sachgerechte Differenzierungskriterien.

Das BSG hatte keine verfassungsrechtlichen Bedenken dagegen, dass der Gesetzgeber bei Ausländern, deren Aufenthaltserlaubnis von sich aus nicht auf Dauer angelegt ist, eine gewisse Aufenthaltsdauer (mindestens drei Jahre rechtmäßigen, gestatteten oder geduldeten Aufenthalt in Deutschland) als zusätzliche Voraussetzung für den Bezug von Bundeserziehungs- bzw. Elterngeld verlangt. Die Dauer des bisherigen Aufenthalts sei ein geeignetes Kriterium, um eine Prognose über die voraussichtliche weitere Aufenthaltsdauer zu treffen. Seien die als nur vorübergehend konzipierten Aufenthaltsgründe innerhalb von drei Jahren nicht entfallen, habe sich nämlich die Prognosegrundlage zugunsten der betreffenden Person geändert. Die Wahrscheinlichkeit, dass das Bleiberecht längerfristig bestehen werde, habe sich deutlich erhöht. Der Zeitraum von drei Jahren erscheine dabei als eine angemessene Richtschnur, da eine Aufenthaltserlaubnis nach dem 5. Abschnitt für jeweils längstens drei Jahre erteilt und verlängert werden könne (§ 26 Abs. 1 AufenthG).

Die in § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 bzw. § 1 Abs. 7 Nr. 2 c BEEG verlangten weiteren Merkmale betreffend die Arbeitsmarktsituation des Antragstellers seien hingegen nicht geeignet, Personen mit einer günstigen Aufenthaltsprognose von solchen mit einer ungünstigen sachgerecht abzugrenzen. Zwar könne die Integration in den Arbeitsmarkt ein wesentlicher Faktor für eine Daueraufenthaltsprognose sein. Der Gesetzgeber habe jedoch zur Feststellung einer hinreichenden Integration in den Arbeitsmarkt Merkmale festgelegt, deren Anwendung zu sachwidrigen Ergebnissen führe. Indem zur Voraussetzung gemacht werde, dass die Bundeserziehungs- bzw. Elterngeld in Anspruch nehmende Person entweder aktuell erwerbstätig sei oder laufende Geldleistungen nach dem SGB III (zB Alg I) beziehe oder aber sich - bei noch bestehendem Arbeitsvertrag - in Elternzeit befinde, wähle der Gesetzgeber zwar Personen aus, für die sich eine günstige Aufenthaltsprognose sicher bejahen lasse. Er grenze dadurch jedoch unzulässig andere Personen aus, für die im Hinblick auf ihre Beziehung zum Arbeitsmarkt eine entsprechende Aufenthaltsprognose ebenfalls zutreffe.

Zu gleichheitswidrigen Ergebnissen führe die vom Gesetzgeber in § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 bzw. § 1 Abs. 7 Nr. 2 c BEEG vorgenommene Abgrenzung u.a. dort, wo die aktuelle Einbindung in den Arbeitsmarkt während der für das BErzG in Betracht kommenden Bezugszeit wegfaile oder schon vorher weggefallen sei. Schließlich sei die zusätzli-