

Vorlagebeschluss an das BVerfG: Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses von Ausländern vom Anspruch auf Kindergeld nach § 62 Abs. 2 EStG - Teilweise inhaltsgleich mit Beschluss des Niedersächsischen FG vom 19.08.2013 7 K 111/13

7 K 114/13

Niedersächsisches Finanzgericht
Vorlagebeschluss vom 21.08.2013

T e n o r

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

1. Das vorliegende 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 vorliegende Gericht setzt deshalb das Verfahren aus und holt gemäß Artikel 100 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ein.
2. Das vorliegende 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.

9. Der vorliegende Streitfall belegt: auch beim Bezug von nachrangigen Sozialleistungen kann das Kindergeld wirtschaftliche Bedeutung und Bedeutung für die Erlangung eines günstigeren Aufenthaltstitels haben.

G r ü n d e

S a c h v e r h a l t

Der Rechtsstreit betrifft den Anspruch des Klägers auf Kindergeld für seine fünf Kinder für den Zeitraum von Juni 2007 bis Dezember 2007, weil der zuvor mehrere Jahre im Inland erwerbstätige Kläger in diesen 7 Monaten nicht mehr bzw. noch nicht wieder erwerbstätig war, sein Anspruch auf Arbeitslosengeld I ausgelaufen war und er nur noch Sozialleistungen - für die nicht in voller Höhe ein Erstattungsanspruch besteht - bezog. Ab Januar 2008 hat der Kläger wieder gearbeitet und hatte dann wieder Anspruch auf Kindergeld. Es geht darum, ob der Umstand, dass der Kläger nach Auslaufen des Arbeitslosengeldes I in den 7 Monaten Juni 2007 bis Dezember 2007 keine Arbeit finden konnte und die Voraussetzungen für das Arbeitslosengeld I nicht mehr vorlagen, Einfluss auf die Prognose hat, dass kein Daueraufenthalt des Klägers hier zu erwarten war, bzw. dass diese Prognose zunächst bestand (zumindest seit Dezember 2002), dann für 7 Monate weggefallen ist und dann wieder bestand.

Der Kläger und seine Ehefrau sind ... Volkszugehörige und stammen ursprünglich aus Der Kläger, seine Ehefrau und die Kinder waren staatenlos; ihre Staatsangehörigkeit war ungeklärt. Seit dem ...2010 ist der Kläger Deutscher. Die Familie hatte im ... in einem Flüchtlingslager für ... Flüchtlinge gelebt und war dort von der UNRWA registriert worden. Die UNRWA ist das Hilfswerk der Vereinten Nationen für ... -Flüchtlinge. Das Flüchtlingslager wurde von den Vereinten Nationen betreut. Die Registrierung bedeutet, dass der Kläger und seine Familie als ... Flüchtlinge im ... registriert waren und unter dem Schutz der Vereinten Nationen standen. 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 jedoch nicht vor.

Der Kläger und seine Ehefrau sind die Eltern ihrer fünf Kinder, die im ... geboren wurden: A, geb. ...1987, B, geb. ...1990, C, geb. ...1991, D, geb. ...1992 und E, geb. ...1995. Die Familie ist aus dem ... geflohen. Der Kläger reiste am ...1996, seine Ehefrau und die Kinder (bis auf die Tochter B) am ...1998 in das Bundesgebiet ein. Die Tochter B reiste im Jahr 2000 in das Bundesgebiet ein. Seitdem lebt die Familie hier in Deutschland.

Der Kläger hielt sich vor dem ursprünglichen Streitzeitraum (... 2003 bis Dezember 2007) seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet auf.

Der Kläger und seine Familie hielten sich zunächst aufgrund von asylrechtlichen Aufenthaltsgestattungen und anschließender Duldung in Deutschland auf.

Mit Schreiben vom ...2002 teilte der ... - Ausländerabteilung - der Sozietät des Prozessbevollmächtigten mit, er sei bereit, der Familie (den Eltern und ihren fünf Kindern) eine Aufenthaltsbefugnis nach § 30 Abs. 4 Ausländergesetz (AuslG) sowie ein Reisedokument zu erteilen. In dem Bescheid heißt es:

„Wie vereinbart, wird die Erteilung zunächst auf 6 Monate befristet. Zurzeit beziehen die o.G. noch monatliche Leistungen des Sozialamts in Höhe von 588,42 €. Der monatliche Gesamtbedarf beträgt 1.959,57 €. Der Lebensunterhalt wird somit überwiegend aus eigenen Einkünften sichergestellt. Da es sich hier um eine kinderreiche Familie handelt, bin ich bereit, eine Ausnahme vom Regelversagungsgrund des Sozialhilfebezugs nach § 7 Abs. 2 AuslG zuzulassen. Die Gewährung der Aufenthaltsbefugnis erfolgt zunächst für die Dauer von 6 Monaten. Soweit sich innerhalb dieses Zeitraums keine Verschlechterung der Einkommensverhältnisse einstellt oder anderweitige Versagungsgründe auftreten, wird die Aufenthaltsgenehmigung bei Fortbestehen der Voraussetzungen des § 30 Abs. 4 AuslG verlängert. Aufgrund des Sozialhilfebezugs wird eine Wohnsitzauflage auf den ... verfügt.“

§ 7 AuslG - Erteilung der Aufenthaltsgenehmigung in sonstigen Fällen - Abs. 1 und 2 bestimmen:

- (1) Soweit kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung besteht, kann Ausländern, die in das Bundesgebiet einreisen oder sich im Bundesgebiet aufhalten wollen, auf Antrag eine Aufenthaltsgenehmigung erteilt werden.
- (2) Die Aufenthaltsgenehmigung wird in der Regel versagt, wenn
 1. ein Ausweisungsgrund vorliegt,
 2. der Ausländer seinen Lebensunterhalt einschließlich ausreichenden Krankenversicherungsschutzes nicht aus eigener Erwerbstätigkeit, eigenem Vermögen oder sonstigen eigenen Mitteln, aus Unterhaltsleistungen von Familienangehörigen oder Dritten, aus Stipendien, Umschulungs- oder Ausbildungsbeihilfen, aus Arbeitslosengeld oder sonstigen auf einer Beitragsleistung beruhenden öffentlichen Mitteln bestreiten kann oder
 3. der Aufenthalt des Ausländers aus einem sonstigen Grunde Interessen der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt oder gefährdet.

Nach dem Inkrafttreten des AufenthG setzt die Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG „in der Regel voraus, dass der Lebensunterhalt gesichert ist.“

§ 2 Abs. 2 § AufenthG definiert, wann der Lebensunterhalt eines Ausländers gesichert ist. Nach § 2 Abs. 2 Satz 2 AufenthG (aktuelle Fassung) gilt u.a. „nicht als Inanspruchnahme öffentlicher Mittel ... der Bezug von: 1. Kindergeld, 2. Kinderzuschlag, 3. Erziehungsgeld, 4. Elterngeld, ...“ bzw. (vorherige Fassung ab 01.01.2005) „bleibt“ (u.a.) „das Kindergeld ... außer Betracht.“

Nach der Begründung im Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zuwanderungsgesetz (Bundestagsdrucksache 15/420 vom 07.02.2003, S. 68) bestimmt § 2 Abs. 3 AufenthG „den für das Ausländerrecht zentralen Begriff der Lebensunterhaltssicherung. Dabei orientiert sich die Definition an der bisher geltenden Auslegung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 AuslG.“ (Bundestags-Drucksache 15/420, S. 68, vgl. auch BVerwG, Urteil vom 26.08.2008, 1 C 32/07, BVerwGE 131, 370).

Am ...2002 wurde dem Kläger die Aufenthaltsbefugnis nach § 30 Abs. 4 AuslG erteilt. Die Aufenthaltsbefugnis war mit der Auflage versehen: „Die Arbeitsaufnahme ist nur mit gültiger Arbeitserlaubnis gestattet. Die selbständige Erwerbstätigkeit oder vergleichbare unselbständige Erwerbstätigkeit z.B. als Geschäftsführer, leitender Angestellter und selbständiger Reisegewerbetreibender, ist nicht gestattet. Die Wohnsitznahme ist auf den ... beschränkt.“ Dem Kläger wurde eine Arbeitserlaubnis erteilt. Die Aufenthaltsbefugnis wurde sodann fortlaufend verlängert.

§ 30 AuslG - Aufenthaltsbefugnis - Abs. 4 in der vom 01.07.1992 bis zum 31.12.2004 geltenden Fassung bestimmte für den Fall, dass die Aufenthaltsbefugnis nicht nach § 30 Abs. 1 oder Abs. 2 oder Abs. 3 erteilt wurde:

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.

§ 8 Abs. 1 und 2 AuslG regelte, unter welchen Fällen besondere Versagungsgründe für die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung vorlagen.

Nach der Übergangsregelung des § 101 AufenthG - Fortgeltung bisheriger Aufenthaltsrechte - gilt gemäß § 101 AufenthG die dem Kläger erteilte Aufenthaltsgenehmigung fort als Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG.

§ 25 AufenthG - Aufenthalt aus humanitären Gründen - Abs. 5 Satz 1 lautet in der seit dem 01.01.2005 geltenden Fassung:

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 AufenthG regelt ein Einreise- und Aufenthaltsverbot.

Auch die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG (ab Inkrafttreten des AufenthG am 01.01.2005) wurde fortlaufend verlängert.

Mit Schreiben vom ...2009 teilte der ... den Prozessbevollmächtigten u.a. mit, er sei bereit, dem Kläger und seiner Ehefrau eine Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG zu erteilen. Entsprechend wurde dem Kläger im ... 2009 die Niederlassungserlaubnis erteilt. Am ...2010 wurde der Kläger eingebürgert und erwarb dadurch die deutsche Staatsbürgerschaft.

Der Kläger hat sich von Beginn seines Aufenthaltes in Deutschland an darum bemüht, den Lebensunterhalt für sich und seine Familie durch Erwerbstätigkeit sicherzustellen. Ausweislich des Versicherungsverlaufs der Deutschen Rentenversicherung (Bescheinigung vom ... 2009) war der Kläger mit Genehmigung der Bundesanstalt für Arbeit seit dem Jahr 1997 bei einer ...firma nahezu durchgehend sozialversicherungspflichtig Vollzeit erwerbstätig. Neben der sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit übte er zusätzlich eine weitere geringfügige versicherungsfreie Beschäftigung als ... aus. Im Jahr 1998 / 1999 war der Kläger arbeitslos. Er erhielt damals zeitweilig aufgrund der Verhältnisse am Arbeitsmarkt keine Arbeitserlaubnis und entsprechend keine Arbeitslosenhilfe, weil für die für ihn in Betracht kommenden Arbeitsplätze genügend deutsche und ihnen gleichgestellte ausländische Arbeitnehmer zur Verfügung standen (vgl. den Widerspruchsbescheid des ... zur Aufhebung der Entscheidung über die Bewilligung von Arbeitslosenhilfe vom ...2000). Danach konnte der Kläger wieder erwerbstätig sein. Teilweise war der Kläger arbeitslos und bezog jeweils für eine vorübergehende Zeit Arbeitslosengeld I. Im Jahr 2007 endete ein Anspruch auf Arbeitslosengeld I am ... 05.2007. Ab ...01.2008 war der Kläger wieder lohnsteuer- und sozialversicherungspflichtig beschäftigt zunächst bei einer ...-Firma und danach wieder bei einer ...firma.

Da - insbesondere aufgrund der Kinderzahl - die Einkünfte nicht ausreichten, erhielt die Familie zusätzlich (ggf. ergänzende) gegenüber dem Kindergeld nachrangige Sozialleistungen. Insoweit ist aus dem Bescheid des ... vom ...2006 über die Bewilligung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II für den Zeitraum vom ...2006 bis zum ...2007 ersichtlich, dass bei der Ermittlung des anzurechnenden Einkommens monatlich € 60,48 anrechnungsfrei blieben nach den Anrechnungsvorschriften des SGB II in

Verbindung mit der hierzu ergangenen Alg II - Verordnung (Versicherungspauschale € 30 und KFZ-Haftpflichtversicherung € 30,48). In einem späteren Bescheid der nach einem Wohnortwechsel zuständigen ... vom ...2007 über Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG), für die gemäß § 2 Abs. 1 AsylbLG analog die Bestimmungen des SGB XII galten, blieben bei der Ermittlung des anzurechnenden Einkommens Aufwendungen des Klägers für Versicherungen in Höhe von monatlich € 10,25 (Hausratversicherung € 5,25 und Haftpflichtversicherung € 5,-) anrechnungsfrei nach den Anrechnungsvorschriften des SGB XII. Die ... meldete mit Schreiben vom ...2006 einen Erstattungsanspruch wegen der von ihr erbrachten Leistungen nach dem AsylbLG an. Mit Schreiben an die Familienkasse vom ...2007 bezifferte sie ihren Erstattungsanspruch für die Monate 03/07 bis 05/07; dabei erklärte sie bezüglich des ältesten, in Ausbildung befindlichen Sohnes A ausdrücklich: „Ein Erstattungsanspruch wird für das Kind A, geb. ...1987 nicht geltend gemacht.“ Mit Schreiben vom ...2007 wies sie ergänzend darauf hin, dass die Gewährung von Leistungen nach dem AsylbLG fortgesetzt werde und sie ihren Erstattungsanspruch ab 06/07 weiter aufrecht erhalte.

Einen am ...2003 gestellten Antrag auf Kindergeld lehnte die Familienkasse mit Bescheid vom ...2003 ab; der Bescheid wurde bestandskräftig.

Am ...2005 stellte der Kläger erneut einen Antrag auf Kindergeld für seine fünf Kinder. Für den ältesten, am ...1987 geborenen, Sohn A fügte er den Ausbildungsvertrag über die Ausbildung als ... (Ausbildungsbeginn ... 2004) bei. Nach der Bescheinigung des Ausbildungsbetriebes vom ...2007 befand sich der (über 18-jährige) Sohn A auch im Streitzeitraum in der Ausbildung. Die übrigen Kinder besuchten die Schule.

Mit Bescheid ebenfalls vom ...2005, 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 legte der Prozessbevollmächtigte für den Kläger mit Schreiben vom ...2005 (Eingang ...2005) Einspruch ein (bezeichnet als Widerspruch). Er verwies auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 06.07.2004 (1 BvL 4/97). Danach sei der Ausschluss vom Kindergeldbezug von Personen mit einem humanitären Aufenthaltstitel verfassungswidrig. Er stelle einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz dar. Der Prozessbevollmächtigte verwies darauf, dass dem Kläger und seiner Familie im ... 2002 Aufenthaltsbefugnisse erteilt worden waren.

Im Hinblick auf die geplante Neuregelung des § 62 EStG ließ die Familienkasse mit Schreiben vom ...2005 das Einspruchsverfahren bis zum Ergehen der Neuregelung ruhen.

Am ...2005 stellte der Kläger erneut einen Antrag auf Kindergeld, den die Familienkasse mit Bescheid vom ...2005 (übersandt mit einfacher Post) ablehnte. Dem Kläger stehe das Kindergeld nicht zu, weil er nicht im Besitz eines der in § 62 Abs. 2 EStG (in der seit dem 01.01.2005 geltenden Fassung) aufgeführten Aufenthaltstitel sei.

Hiergegen legte der Prozessbevollmächtigte mit Schreiben vom ...2005 für den Kläger Einspruch ein. Er verwies nochmals auf den Beschluss des BVerfG vom 06.07.2004 und auf die dem Kläger und seiner Familie erteilten Aufenthaltsbefugnisse. Soweit § 62 Abs. 2 EStG Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 bzw. 3 AufenthG nicht erfasse, sei die Regelung verfassungswidrig und entspreche in keiner Weise den Vorgaben des verfassungsgerichtlichen Beschlusses.

Auch dieses Einspruchsverfahren ruhte laut Schreiben der Familienkasse vom ...2005 mit Zustimmung des Klägers im Hinblick auf die zu erwartende gesetzliche Neuregelung.

Aufgrund des Bekanntwerdens der zunächst vorgesehenen gesetzlichen Neuregelung, nach der dem Kläger kein Kindergeld zugestanden hätte, bat der Prozessbevollmächtigte um eine Entscheidung in der Sache.

Mit Bescheid vom ...2006, übersandt (ohne Absendevermerk) mit einfacher Post, wies die Familienkasse die Einsprüche vom ...2005 und ...2005 gegen die Bescheide vom ...2005 und ...2005 zurück, weil der Kläger die Voraussetzungen des § 62 EStG nicht erfülle.

Die Klage hiergegen ging am ...2006 bei Gericht ein.

Mit der Klagebegründung machte der Kläger geltend, unter Einbeziehung der Entscheidung des BVerfG vom 06.07.2004 (1 BvL 4/97) stehe ihm das Kindergeld zu. Die Regelung in § 62 Abs. 2 EStG sei verfassungswidrig.

Nach Ergehen der gesetzlichen Neuregelung des § 62 Abs. 2 EStG in der Fassung des Gesetzes vom 13.12.2006 setzte die Familienkasse im Verlaufe des Klageverfahrens mit Bescheid vom ...2007 Kindergeld für den Zeitraum ... 2003 bis Mai 2007 fest. Für den Zeitraum von ... 2002 bis ... 2003, für den nach der gesetzlichen Neuregelung ein Anspruch auf Kindergeld bestanden hätte, stand die Bindungswirkung des bestandskräftig gewordenen Ablehnungsbescheides der Familienkasse vom ...2003 der Festsetzung des Kindergeldes entgegen.

Aufgrund der Festsetzung im Änderungsbescheid vom ...2007 ergab sich ein Nachzahlungsanspruch in Höhe von € 39.370. Wegen der von ihnen erbrachten nachrangigen Sozialleistungen hatten die jeweiligen Wohnsitzgemeinden Erstattungsansprüche angemeldet. Entsprechend der angemeldeten Erstattungsansprüche wurde die Nachzahlung von € 39.370 in Höhe von € 38.470 den Sozialleistungsträgern und in Höhe von € 900

dem Kläger ausgezahlt. Aufgrund des Änderungsbescheides wurde das Klageverfahren für den Zeitraum bis Mai 2007 abgetrennt und von den Beteiligten in der Hauptsache für erledigt erklärt. Für den Zeitraum ab Juni 2007 machte der Prozessbevollmächtigte weiterhin (Schreiben vom ...2007) geltend, dass der Kläger einen Anspruch auf Kindergeld habe und erklärte mit Schreiben vom ...2007, dass die Klage für den Zeitraum ab Juni 2007 aufrechterhalten bleibe.

Die Familienkasse legte für die Zeit ab Juni 2007 dar, dass der Kläger die Anspruchsvoraussetzungen des § 62 Abs. 2 EStG nur bis Mai 2007 erfüllt habe, da der Bezug von Arbeitslosengeld am ...05.2007 geendet hatte.

Seit Januar 2008 bezieht der Kläger, da er seitdem wieder auch die Anspruchsvoraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 2 c i.V.m. Nr. 3b EStG erfüllt bzw. im ... 2009 die Niederlassungserlaubnis erhielt und im Jahr 2010 die deutsche Staatsangehörigkeit erwarb, durchgängig Kindergeld für seine Kinder, soweit diese nicht mittlerweile aus dem Kindergeldalter herausgewachsen sind und nicht mehr die Voraussetzungen zur Berücksichtigung als Kind gemäß § 63 i.V.m. § 32 Abs. 1, Abs. 3 bis 5 EStG erfüllen (aktuell laut Kindergeldverfügung vom ...2013 nur noch für ein Kind).

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 Juni bis einschließlich Dezember 2007 ausgesetzt.

Nach Wiederaufnahme des Klageverfahrens hält der Kläger an seiner Auffassung fest. Er weist darauf hin, dass er bereits seit Ende 2002 über eine Aufenthaltsgenehmigung für die Bundesrepublik Deutschland verfüge. Diese sei in der Folgezeit immer regelmäßig verlängert worden. Nach dem 01.01.2005 habe er eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG erhalten und schließlich im ... 2009 eine Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG. Zwischenzeitlich sei der Kläger eingebürgert. Dem von der Rentenversicherung erstellten Versicherungsverlauf vom ...2009 sei zu entnehmen, dass er weitestgehend einer Erwerbstätigkeit hier im Bundesgebiet nachgegangen sei. Ergänzend seien Leistungen nach Maßgabe des SGB II bzw. des § 2 AsylbLG i.V.m. den Vorschriften des SGB XII aufgrund der Größe der Familie des Klägers in Anspruch genommen worden.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte zu verpflichten, unter Aufhebung der angefochtenen Bescheide in Gestalt der ergangenen Änderungsbescheide, das Kindergeld für die Kinder des Klägers A, B, C, D und E auch für den Zeitraum von Juni bis Dezember 2007 in gesetzlicher Höhe festzusetzen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie meint, die Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 62 Abs. 2 EStG seien nur bis Mai 2007 erfüllt worden, da der Bezug des Arbeitslosengeldes I am ...05.2007 endete.

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. 6 Besteht 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 BKG 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 BKG 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 Saisonarbeitnehmer, ein Werkvertragsarbeitnehmer 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) 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 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:

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. ²Ein 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 Bundesverfassungsgerichtsgesetzes 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 ausländerrechtlicher 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 In-Kraft-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 Kinder-

freibeträgen 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 Aufenthaltzwecks 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 Ausnahmenvorschrift 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 BKGG 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 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.“ (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 voraussichtlich 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 Härtefallkommissionen, 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 handele 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 behebbare 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 menschenrechtlicher 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 Bleiberechtsperspektive 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 Bundesgebiets 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 AuslG 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 Aufenthaltszwecken erteilt. In begründeten Fällen kann eine Aufenthaltserlaubnis auch für einen von diesem Gesetz nicht vorgesehenen Aufenthaltszweck 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 Erwerbstätigkeit 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 Erteilensvoraussetzungen 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 BschV

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

§ 1 BschV 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 Entwicklungseinrichtungen,
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-Beschäftigten, 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 insbesondere 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 Gastwissenschaft-

lerinnen 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 Zeitpunkt 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 anzusehen; 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, anzuwenden 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 Asylverfahrensgesetzes 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 abzusehen, 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 Bevölkerungsgruppe, 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 erfordern. Eine Aufenthaltserlaubnis kann abweichend von § 8 Abs. 1 und 2 verlängert werden, 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 einer 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 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 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.

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 Einkommensteuerepflichtige 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 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 Aufenthaltsberechtigung 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, Erziehungsgeld 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 erteiltoder

3. eine in Nummer 2 Buchstabe c genannte Aufenthaltserlaubnis besitzt und
 - a) sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und
 - b) im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem 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 Aufenthaltsbefugnis 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 BEEG 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 zutrefe.

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 wegfallende oder schon vorher weggefallen sei. Schließlich sei die zusätzliche Voraussetzung des aktuellen Bezugs des Antragstellers zum Arbeitsmarkt auch nicht als verfassungsrechtlich zulässige Typisierung gerechtfertigt.

Wertungswidersprüche ergäben sich insbesondere dann, wenn die in § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 bzw. § 1 Abs. 7 Nr. 2 c BEEG aufgeführten Voraussetzungen, anhand derer eine Integration in den Arbeitsmarkt gemessen werden solle, in der betreffenden Person zunächst vorgelegen hätten, aber während der Anspruchsdauer oder kurz vor deren Beginn weggefallen seien. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift würden diese Fälle von der Gruppe der Leistungsberechtigten ausgegrenzt; die Regelung sei allein im Präsens formuliert, d.h. Erwerbstätigkeit, laufender Geldleistungsbezug nach dem SGB III sowie Inanspruchnahme einer Elternzeit müssten aktuell bestehen. Auch wer einmal erwerbstätig gewesen sei, wer z.B. einmal Alg I bezogen hat oder sich in Elternzeit im Sinne des BErzGG befunden habe und nach dem Willen des Gesetzgebers daher als voraussichtlich dauerhaft in Deutschland verbleibend zu qualifizieren gewesen sei, sei von

dem Tag an, zu welchem diese Voraussetzungen wegfielen, nicht mehr vom Tatbestand des Buchstaben b erfasst. Durch diese Grenzziehung werde auch Personen ein Anspruch auf Bundeserziehungs- bzw. Elterngeld versagt, denen eine positive Bleibeprognose (noch) nicht abgesprochen werden könne.

Dass das Abstellen allein auf die aktuelle Arbeitssituation kein sachgerechtes Kriterium sein könne, zeige sich besonders plastisch dort, wo jemand über mehrere Jahre hinweg beschäftigt gewesen sei und sodann bis zur Ansprucherschöpfung Leistungen nach dem SGB III bezogen habe, eine neue Arbeitsstelle aber erst nach Ablauf der Erziehungszeit eines Kindes suchen wolle oder könne. In dieser Fallkonstellation fänge auch das alternative Kriterium der Elternzeit die fehlende aktuelle Erwerbstätigkeit nicht auf. Denn ein Arbeitsvertrag besteht gerade nicht. Es sei nicht ersichtlich, warum eine solche Person hinsichtlich der Prognose eines Daueraufenthalts schlechter gestellt sein solle als eine Person, die seit drei Jahren - jedenfalls geduldet - in Deutschland lebte, erst unmittelbar vor der Geburt des Kindes eine erste (Teilzeit-)Tätigkeit aufnehme und damit die Voraussetzungen des § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 bzw. § 1 Abs. 7 Nr. 2 c BEEG erfülle.

Deutlich werde die fehlende Eignung der gewählten Abgrenzungskriterien auch in Fällen, in denen die beantragende Person bis zum Eintritt des Mutterschutzes gearbeitet habe, die Arbeit dann aber nicht fortführen könne. Die Opposition habe im Gesetzgebungsverfahren insoweit zutreffend darauf hingewiesen, dass nach vielfach üblicher Praxis oft nur befristete Beschäftigungsverhältnisse begründet werden (vgl. den Entschließungsantrag von Mitgliedern und Fraktion DIE LINKE vom 18.10.2006, BT-Drucks 16/3030 S 2) und dass sich die tatsächliche Situation am Arbeitsmarkt mit der Forderung eines durchgängig bestehenden Arbeitsverhältnisses nicht vereinbaren lasse (vgl. den Entschließungsantrag von Mitgliedern und Fraktion der FDP vom 18.10.2006, BT-Drucks 16/3029 S 2). Personen mit solchen Einstellungsvoraussetzungen fielen dann oft kurzfristig wieder aus einer Beschäftigung heraus, etwa weil ein befristeter Arbeitsvertrag gerade wegen der anstehenden Ausfallzeiten nicht mehr verlängert werde. Auch hier bestehe nicht die Möglichkeit einer Elternzeit. Der Senat sei auch in diesen Fällen davon überzeugt, dass die günstige Bleibeprognose nicht von einem Tag auf den anderen mit Wegfall der Arbeit in eine ungünstige umschlagen könne.

Noch weniger nachvollziehbar sei die gesetzliche Regelung für eine Person, die bislang Alg I bezogen habe, aber nach der Geburt des Kindes wegen dessen Erziehung dem Arbeitsmarkt nicht mehr zur Verfügung stehe und daher auch keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB III mehr habe (vgl. § 119 Abs. 1 Nr. 3, § 122 Abs. 2 Nr. 1 SGB III), sich nach Ablauf der Erziehungszeit aber für den Arbeitsmarkt zurückmelde (§ 122 Abs. 1 Satz 1 SGB III) und folglich von diesem Tag an Restleistungen nach dem SGB III in Anspruch nehmen könne (§ 127 SGB III), soweit die Vierjahresfrist des § 147 Abs. 2 SGB III noch nicht überschritten sei. Diese Person wäre nach der Konzeption des § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 bzw. § 1 Abs. 7 Nr. 2 c BEEG vor und nach der Erziehungszeit als voraussichtlich auf Dauer in Deutschland verbleibend zu qualifizieren, während der Erziehungszeit jedoch - vorübergehend - nicht. Auch hier würden Personen vom Anspruch ausgegrenzt, denen eine günstige Prognose auch während der Dauer der Erziehungszeit nicht abgesprochen werden könne. Entsprechendes gelte für diejenigen, der die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Alg I erfülle, aber von

vornherein keinen Antrag stelle, weil er dem Arbeitsmarkt aus Gründen der Kindererziehung nicht zur Verfügung stehe. Denn auch für diese Person sei nicht ausgeschlossen, dass sie, zB nach Vollendung des ersten Lebensjahres des Kindes, Alg I beziehe und dann - wieder - als hinreichend in Deutschland integriert gelte.

Die aufgeführten Fallkonstellationen zeigten, dass das Kriterium der aktuellen Integration in den Arbeitsmarkt sich insbesondere dort als ungeeignet zur sachgerechten Abgrenzung von Personen mit und ohne günstige Bleibeprognose erweise, wo die in § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 bzw. § 1 Abs. 7 Nr. 2 c BEEG aufgeführten Voraussetzungen, anhand derer eine Integration in den Arbeitsmarkt gemessen werden solle, (vorübergehend) wegfielen, nachdem sie zuvor bereits vorgelegen hätten. Die fehlende Berücksichtigung auch solcher Fälle sei umso unverständlicher, als der Gesetzgeber für die Einbeziehung von Personen mit anderen Aufenthaltserlaubnissen als den in § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 bzw. § 1 Abs. 7 Nr. 2 c BEEG aufgeführten Aufenthaltstiteln lediglich zur Voraussetzung gemacht habe, dass eine Erwerbsberechtigung einmal vorgelegen habe.

Warum der Gesetzgeber in dem einen Fall die frühere Erlaubnis genügen lasse, in dem anderen jedoch an die aktuell bestehenden Umstände anknüpfte, ergebe sich anhand der Begründung des Gesetzentwurfs nicht. Die dortigen Ausführungen (vgl. BT-Drucks 16/1368 S 8), ein repräsentatives Indiz für einen voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt in Deutschland stelle "die Ausübung einer Erwerbstätigkeit bzw. der Umstand dar, dass eine Erwerbstätigkeit erlaubt ist oder erlaubt werden könnte", erweckten vielmehr den falschen Eindruck, als seien hier jeweils ähnliche Kriterien aufgestellt worden. Entsprechendes gelte, wenn dort weiter argumentiert werde (vgl. BT-Drucks, a.a.O.), " auch bei ausländischen Staatsangehörigen, die nicht von Gesetzes wegen einer Erwerbstätigkeit nachgehen dürfen, sind die Ausübung einer Beschäftigung bzw. die Integration in den Arbeitsmarkt ein Indikator für einen dauernden Verbleib in Deutschland".

In der Gegenäußerung der Bundesregierung auf Änderungsanträge des Bundesrates werde diese offensichtlich von der später tatsächlich getroffenen gesetzlichen Regelung abweichende Darstellung sogar noch zugespitzt. So werde darauf verwiesen, für Aufenthaltserlaubnisse beispielsweise nach § 23 Abs. 1 und § 25 Abs. 5 AufenthG sei zu beachten, dass diese zwar eine Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit bzw. eine Zustimmung zur Ausübung einer Beschäftigung enthalten könnten, dies jedoch nicht immer der Fall sei. (...) "Ist die Person aber berechtigt, so kann nicht mehr davon ausgegangen werden, dass sie keine Perspektive der Aufenthaltsverfestigung in Deutschland hat" (vgl. BT-Drucks 16/1368 S 14). Hier werde an einen Maßstab angeknüpft, den der Gesetzgeber mit § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 bzw. § 1 Abs. 7 Nr. 2 c BEEG gerade nicht aufgestellt habe. Auch den Gesetzesmaterialien ließen sich daher keinerlei rechtfertigende Gesichtspunkte für eine Ausgrenzung all jener Ausländer mit zur Erwerbstätigkeit berechtigender Aufenthaltserlaubnis entnehmen, deren Integration in den Arbeitsmarkt jedenfalls noch nicht vor längerer Zeit entfallen sei.

Die durch § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 bzw. § 1 Abs. 7 Nr. 2 c BEEG bewirkte Benachteiligung von Ausländern mit Aufenthaltstiteln nach § 23 Abs. 1 AufenthG wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG sei auch nicht als verfassungsrechtlich zulässige Typisierung gerechtfertigt.

Zwar liege ein ausreichender Differenzierungsgrund für eine ansonsten nicht gerechtfertigte gesetzgeberische Benachteiligung in der Typisierung und Generalisierung von Sachverhalten, deren der Gesetzgeber anders nur schwer Herr werden könne (so ausdrücklich das BVerfG, Beschluss vom 06.07.2004 - 1 BvR 2515/95, BVerfGE 111, 176, und BVerfG, Beschluss vom 04.04.2001, 2 BvL 7/98, BVerfGE 103, 310). Dies gelte insbesondere für Massenerscheinungen im Sozialleistungsrecht, also gerade auch im vorliegend relevanten Leistungsbereich (BVerfG, Beschluss vom 3.4.1979 - 1 BvL 30/76 - BVerfGE 51, 115, 122). Die mit einer Typisierung verbundene Belastung sei aber nur hinzunehmen, wenn die mit ihr verbundenen Härten nicht besonders schwer wögen und nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wären.

Nach Überzeugung des Senats sei mit der in § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 bzw. § 1 Abs. 7 Nr. 2 c BEEG getroffenen Regelung schon keine Typisierung gelungen. Der Gesetzgeber habe dort nicht typischerweise alle jene Ausländer erfasst, denen - trotz ursprünglich nur als temporär konzipierten Aufenthalts (§ 26 AufenthG) - inzwischen eine günstige Daueraufenthaltsprognose gestellt werden könne. Zwar habe der Gesetzgeber insoweit eine konkrete Gruppe von Ausländern mit humanitärem, völkerrechtlich oder politisch veranlasstem Bleiberecht herausgegriffen, für die sich im Hinblick auf ihre aktuelle Anbindung an den Arbeitsmarkt eine entsprechende Bleibeprognose bejahen lasse. Angesichts der geschilderten Sachverhaltskonstellationen existiere daneben jedoch eine ganz beträchtliche Anzahl von Personen, die aufgrund ihrer bislang vorhandenen Nähe zum Arbeitsmarkt oder aufgrund ihrer familiären Situation ebenso voraussichtlich in Deutschland bleiben würden. Der aktuelle Bezug des Antragstellers zum Arbeitsmarkt sei daher zwar ein möglicher, jedoch in jedem Fall ein zu eng begrenzter Faktor, anhand dessen für Ausländer mit humanitären, völkerrechtlichen oder politisch begründeten Aufenthaltstiteln die Prognose eines Daueraufenthalts gestellt werden könne.

Im Übrigen wiege aus Sicht des Senats der mit einer Versagung von Bundeserziehungs- bzw. Elterngeld verbundene Nachteil angesichts der Höhe dieser Leistungen schwer.

Es sei insoweit unzutreffend, wenn im Gesetzgebungsverfahren zur Verfassungsmäßigkeit begrenzter Zahlungen von Kindergeld an nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer davon ausgegangen wurde, dass die Vorenthaltung solchermaßen beachtlicher Zahlungen im Wesentlichen Eltern benachteilige, die in den deutschen Arbeitsmarkt integriert gewesen seien, da Eltern, die ausschließlich von Sozialhilfe lebten, nicht betroffen seien (vgl. BT-Drucks 16/1368 S 8). Für das Bundeserziehungs- bzw. das Elterngeld gelte diese Annahme nämlich nicht. Anders als das Kindergeld würden diese auf Sozialleistungen nicht angerechnet, also weder auf Alg II noch auf Sozialhilfe noch auf Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz. Der Ausschluss von Leistungen nach dem BErzGG bzw. nach dem BEEG treffe daher alle erziehenden Personen

gleichermaßen in beachtlicher Weise. Die durch das gewählte Abgrenzungskriterium des § 1 Abs. 6 Nr. 2 c BErzGG 2006 bzw. § 1 Abs. 7 Nr. 2 c BEEG gegenüber einer ausdifferenzierteren Regelung möglicherweise gewonnene Verwaltungsvereinfachung wiege diese erhebliche Benachteiligung aus Sicht des Senats nicht auf.

BFH: hält an seiner Auffassung fest

Der BFH hat auch nach Ergehen der Vorlagebeschlüsse des BSG an seiner Auffassung festgehalten, dass § 62 Abs. 2 EStG nicht verfassungswidrig sei.

Die vom BSG vorgebrachten Bedenken gegen § 1 Abs. 6 BErzGG kämen im steuerrechtlichen Kindergeld nicht zum Tragen, da das Kindergeld, anders als das Erziehungsgeld (s. § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG), als Einkommen auf Sozialleistungen angerechnet werde. Die Anrechnung des Kindergeldes sei verfassungsgemäß. Nicht in den Arbeitsmarkt integrierte Ausländer, die nach § 62 Abs. 2 EStG n.F. keinen Anspruch auf Kindergeld hätten, erhielten typischerweise Sozialleistungen, deren Höhe sich u.a. nach der Anzahl der im gemeinsamen Haushalt lebenden Kinder richte. Solchen Ausländern entstehe durch die Beschränkung der Kindergeldberechtigung in § 62 Abs. 2 EStG n.F. typischerweise kein finanzieller Nachteil, der zu einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG führen könnte. Ausländern, die Anspruch auf Kindergeld hätten und die darüber hinaus Sozialleistungen bezögen, werde das Kindergeld entweder als Einkommen des anspruchsberechtigten Elternteils oder als Einkommen des minderjährigen Kindes auf die Sozialleistungen angerechnet oder auf Antrag nach § 74 Abs. 2 EStG i.V.m. § 104 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch an den Sozialleistungsträger erstattet oder nach § 74 Abs. 1 Satz 4 EStG an ihn abgezweigt. Eine Ausweitung der Kindergeldberechtigung nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer, die ihren Unterhalt mit Sozialleistungen bestreiten, brächte für diese somit in der Regel keine finanziellen Vorteile. Selbst wenn das BVerfG auf die Vorlagebeschlüsse des BSG hin § 1 Abs. 6 BErzGG als verfassungswidrig ansehen und der Gesetzgeber zu einer Neuregelung für die Vergangenheit gezwungen sein sollte, hätte dieser keinen Anlass, die Voraussetzungen für die Kindergeldberechtigung nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer nach § 62 Abs. 2 EStG zu ändern (BFH-Urteil vom 28.04.2010 III R 1/08, BFHE 229, 262, BStBl II 2010, 980, vgl. auch Urteil vom 17.06.2010, III R 72/08, BFH/NV 2010, 2242, Urteil vom 26.08.2010 III R 47/09, BFHE 230, 563, BStBl II 2011, 589, Urteil vom 27.01.2011 III R 45/09, BFHE 233, 38, BStBl II 2011, 720, Urteil vom 07.04.2011, III R 72/09, BFH/NV 2011, 1134).

Entscheidung des BVerfG vom 07.02.2012 zum Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetz

Das BVerfG hat mit Beschluss vom 07.02.2012 (1 BvL 14/07) entschieden, dass der Ausschluss von Personen aus Gründen der Staatsangehörigkeit vom Landeserziehungsgeld nach dem Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetz ... gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt.

Das BVerfG führt in dem Beschluss u.a. aus:

51 b) Der Ausschluss von Personen, die weder die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats der Europäischen Union noch die eines Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum besitzen, kann nicht mit dem Ziel gerechtfertigt werden, eine Förderung auf Personen zu begrenzen, die dauerhaft in Bayern leben werden. In bestimmten Konstellationen mag die voraussehbare Dauer des Aufenthalts von ausländischen Staatsangehörigen in Deutschland eine ungleiche Behandlung rechtfertigen (vgl. BVerfGE 111, 160 <174>; 111, 176 <184>), ohne dass allerdings das Fehlen eines dauerhaften Aufenthalts automatisch jede Differenzierung hinsichtlich der Gewährung von Sozialleistungen legitimieren könnte (vgl. BVerfGE 116, 229 <239 f.>). Das Kriterium der Staatsangehörigkeit ist hier jedoch weder darauf gerichtet noch ist es geeignet, den Personenkreis zu erfassen, der voraussichtlich dauerhaft in Bayern ansässig sein wird. Die Staatsangehörigkeit gibt noch weniger als die - vom Bundesverfassungsgericht auch insofern bereits für unzureichend erklärte (vgl. BVerfGE 111, 160 <174>; 111, 176 <185>) - Art des Aufenthaltstitels verlässlich Aufschluss darüber, ob eine Person dauerhaft in Bayern ansässig sein wird.

52 c) Der Ausschluss von Personen, die weder die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats der Europäischen Union noch die eines Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum besitzen, kann nicht mit dem Ziel der Begünstigung sogenannter "Landeskinder" (vgl. BayVerfGH, a.a.O. Rn. 33) gerechtfertigt werden. Inwiefern eine Begünstigung von "Landeskindern" nach dem Grundgesetz zulässig ist, bedarf hier keiner Erörterung, da die vorgelegte Regelung nicht nach der Herkunft aus anderen Bundesländern, sondern nach der Staatsangehörigkeit unterscheidet und darum von vornherein nicht unter dem Gesichtspunkt der Förderung von "Landeskindern" gerechtfertigt werden kann. Anderes mag für die in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayLerzGG getroffene Regelung zur Vorwohnzeit in Bayern gelten (vgl. BayLTDrucks 11/11033, S. 5), die jedoch nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist.

53 d) Sofern der Landesgesetzgeber "Mitnahmeeffekte" verhindern wollte, die daraus resultieren könnten, dass sich Personen kurzfristig in Bayern niederlassen, um in den Genuss der bayerischen Erziehungsgeldregelung zu gelangen, wird dieses Ziel ebenfalls mit der Regelung zur Vorwohndauer (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayLerzGG) erreicht (vgl. BayLTDrucks 11/11033, S. 5). Davon abgesehen wäre die Staatsangehörigkeit kein geeignetes Mittel zur Erreichung dieses Ziels, da sie, wie dargelegt, weder über die der Geburt vorausgegangene Aufenthaltszeit noch über die künftige Aufenthaltszeit in Bayern zuverlässig Aufschluss gibt.

54 e) Fiskalische Interessen können die Schlechterstellung durch Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BayLerzGG nicht rechtfertigen. Soweit der Gesetzgeber eine Leistung freiwillig gewährt, darf er zwar durchaus berücksichtigen, welche finanziellen Mittel er angesichts der sonstigen Staatsaufgaben einsetzen kann (vgl. BVerfGE 102, 254 <303>). Finanzpolitische Belange dürfen aber nur dergestalt zur Geltung kommen, dass Berechtigte, die die Voraussetzungen eines Leistungsbezugs gleichermaßen erfüllen wie andere, nicht aufgrund sachfremder Differenzierung von der Leistung ausgeschlossen werden. Die bloße Absicht, das Leistungsvolumen zum Zwecke der Reduzierung staatlicher Ausgaben zu verringern, genügt für sich genommen nicht, um eine differenzierende Behandlung verschiedener Personengruppen zu rechtfertigen (vgl. BVerfGE 87, 1 <46> m.w.N. sowie BVerfGE 19, 76 <84 f.>; 76, 256 <311>; 93, 386 <402>; 107, 218 <253>; 122, 210 <233>). Ansonsten liefe das allgemeine Gleichbehandlungsgebot im Bereich staatlicher Geldleistungen leer, da sich der Gesetzgeber zur Begründung von Ungleichheiten stets auf die Absicht berufen könnte, staatliche Ausgaben durch Teileinsparungen verringern zu wollen (vgl. BVerfGE 121, 241 <258>). Staatliche Ausgaben zu vermeiden, ist ein legitimer Zweck, der jedoch eine Ungleichbehandlung von Personengruppen nicht zu rechtfertigen vermag. Ist ein darüber hinausgehender sachlicher Differenzierungsgrund nicht vorhanden, muss der Gesetzgeber finanzpolitischen Belangen durch eine Beschränkung der Leistungshöhe oder der Bezugsdauer für alle Berechtigten Rechnung tragen.

Entscheidung des BVerfG vom 10.07.2012 zum Erziehungs- bzw. Elterngeld

Das BVerfG hat mit Beschluss vom 10.07.2012 (1 BvL 2/10, 1 BvL 3/10, 1 BvL 4/10 und 1 BvL 3/11) § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG wegen Verstoßes gegen den

allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG und gegen das Verbot der geschlechtsbezogenen Diskriminierung aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG gemäß § 82 Abs. 1 in Verbindung mit § 78 Satz 1 BVerfGG für nichtig erklärt.

Nach der Pressemitteilung des BVerfG vom 29.08.2012 (Pressemitteilung Nr. 65/2012 vom 29.08.2012) liegen der Entscheidung im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

„I. Die vorgelegten Regelungen benachteiligen die betroffenen ausländischen Eltern in verfassungswidriger Weise (Art. 3 Abs. 1 GG). Sie verwehren Inhabern humanitärer Aufenthaltstitel, die die genannten Merkmale der Arbeitsmarktintegration nicht erfüllen, eine Leistung, die andere Eltern mit identischem Aufenthaltstitel erhalten. Diese Ungleichbehandlung ist nicht gerechtfertigt.

1. Die genannten Voraussetzungen dienen zwar dem grundsätzlich legitimen gesetzgeberischen Ziel, Erziehungs- oder Elterngeld nur jenen ausländischen Staatsangehörigen zu gewähren, die sich voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhalten. Die unterschiedliche Bleibedauer in Deutschland kann hier im Grundsatz eine Ungleichbehandlung rechtfertigen, soweit der Gesetzgeber mit den Leistungen eine nachhaltige Bevölkerungsentwicklung in Deutschland fördern will, weil dieses Ziel bei Gewährung an Personen, die das Bundesgebiet bald wieder verlassen, verfehlt würde.

2. Die vom Gesetzgeber gewählten Differenzierungskriterien sind jedoch zur Verwirklichung dieses Ziels ungeeignet, weil sich mit ihnen die Aufenthaltsdauer der Betroffenen nicht vorhersagen lässt.

a) Der Besitz einer humanitären Aufenthaltserlaubnis allein ist kein hinreichendes Indiz für das Fehlen einer dauerhaften Aufenthaltsperspektive. Es entspricht der Rechtsprechung des BVerfG und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, dass sich die formale Art des Aufenthaltstitels allein nicht als Grundlage einer Prognose über die Aufenthaltsdauer eignet. Ein Grund, von dieser Einschätzung abzuweichen, besteht nicht.

b) Des Weiteren bilden auch die in den vorgelegten Normen genannten Merkmale der Arbeitsmarktintegration keine hinreichende Grundlage für eine Prognose über die zu erwartende Aufenthaltsdauer. Sie haben zwar eine gewisse Aussagekraft bezüglich der Arbeitsmarktintegration der Betroffenen im zeitlichen Umfeld der Geburt ihres Kindes und mögen insoweit als Indiz für eine dauerhafte Bleibeperspektive zu werten sein. Dies rechtfertigt jedoch nicht den Umkehrschluss, dass diejenigen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, eine dauerhafte Aufenthaltsperspektive abzusprechen ist. Vielmehr kehren Inhaber humanitärer Aufenthaltserlaubnisse regelmäßig nicht in ihr Herkunftsland zurück, solange die bei der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis maßgeblichen Gründe fortbestehen, ohne dass es dabei auf die Arbeitsmarktintegration ankäme. Des Weiteren ist die Nichterfüllung der genannten Kriterien auch für eine Verlängerung der betroffenen Aufenthaltserlaubnisse nicht von solcher Bedeutung, dass sich daraus eine negative Bleibeprognose ableiten ließe. Denn das Aufenthaltsgesetz macht die Verlängerung des Aufenthalts in Deutschland aus humanitären Gründen nicht zwingend von der Sicherung des eigenen Lebensunterhalts abhängig.

An einer dauerhaften Bleibeperspektive fehlt es auch nicht deshalb, weil bei Nichterfüllung der beschäftigungsbezogenen Voraussetzungen keine Aussicht auf eine Niederlassungserlaubnis und den damit verbundenen unbefristeten Aufenthalt bestünde. Dass die Kriterien im Zeitraum des potenziellen Erziehungs- und Elterngeldbezugs nicht erfüllt werden, indiziert nicht, dass es auch später nicht zur Erteilung einer Niederlassungserlaubnis kommen wird. Für die im Rahmen der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis anzustellende Prognose, ob der Betroffene seinen Lebensunterhalt in Zukunft ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel aufbringen kann, sind die in den vorgelegten Normen verwendeten Kriterien nicht geeignet. Zum einen nehmen sie lediglich den kurzen Bezugszeitraum in den Blick und lassen eine Arbeitsmarktintegration in anderen Zeiträumen außer Betracht. Zum zweiten stellen die Voraussetzungen damit auf einen Zeitabschnitt – nämlich die ersten 14 bzw. 24 Lebensmonate des Kindes – ab, in dem sowohl die Ausübung einer Erwerbstätigkeit als auch die für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld I erforderliche tatsächliche Verfügbarkeit für den Arbeitsmarkt gerade wegen der Geburt des Kindes elternspezifische Schwierigkeiten aufwirft. Dies gilt ebenso für die dritte Alternative, die Inanspruchnahme von Elternzeit, die im Zeitraum nach der Geburt eines Kindes nahezu unerfüllbar ist, sofern nicht bereits vor der Geburt ein Arbeitsverhältnis begründet wurde, das während

des Bezugszeitraums fortbesteht.

Eine Erwerbstätigkeit bzw. die Arbeitsmarktverfügbarkeit in den ersten Lebensmonaten eines Kindes zu verlangen, steht außerdem im Widerspruch zu dem mit der Gewährung von Eltern- und Erziehungsgeld verfolgten gesetzgeberischen Ziel, Eltern die Möglichkeit zu geben, sich der Betreuung ihrer Kinder in deren ersten Lebensmonaten ohne finanzielle Not selbst zu widmen.

II. Die vorgelegten Regelungen verstoßen überdies gegen das Verbot der geschlechtsbezogenen Benachteiligung aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Sie benachteiligen Frauen im Vergleich zu Männern, weil sie den Anspruch auf Erziehungs- oder Elterngeld von arbeitsmarktbezogenen Voraussetzungen abhängig machen, die Frauen schwerer erfüllen können als Männer. So stehen Frauen aufgrund mutterschutzrechtlicher Vorschriften – anders als Männer – in den ersten acht Wochen nach der Geburt eines Kindes dem Arbeitsmarkt aus rechtlichen Gründen nicht zur Verfügung.

Zudem ist stillenden Müttern die Ausübung einer Erwerbstätigkeit praktisch nur unter erschwerten Umständen möglich. Eine Regelung, die weder an das Geschlecht anknüpft noch Merkmale verwendet, die von vornherein nur Frauen oder nur Männer treffen können, die aber Frauen aufgrund rechtlicher oder tatsächlicher Umstände der Mutterschaft gegenüber Männern benachteiligt, unterliegt den strengen Rechtfertigungsanforderungen der geschlechtsbezogenen Benachteiligung nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Daran sind somit auch die vorgelegten Regelungen zu messen. Zwar sind sie geschlechtsneutral formuliert; jedoch ist die aus ihnen resultierende Benachteiligung von Frauen eng mit den rechtlichen und biologischen Umständen der Mutterschaft verbunden. Diese Benachteiligung von Frauen lässt sich schon deshalb nicht rechtfertigen, weil sich mit den genannten Differenzierungsmerkmalen die gesetzgeberische Absicht, die Fälle voraussichtlich langer Aufenthaltsdauer zu erfassen, nicht erreichen lässt (vgl. I.).“

Zur weiteren Wiedergabe der Entscheidung verweist das Gericht auf Abschnitt III - Verfassungsrechtliche Beurteilung des vorliegenden Gerichts.

BFH nach der Entscheidung des BVerfG vom 10.07.2012: hält an seiner Auffassung fest

Der BFH hält auch nach der Entscheidung BVerfG vom 10.7.2012 (1 BvL 2/10, 1 BvL 3/10, 1 BvL 4/10, 1 BvL 3/11, a.a.O.) an seiner Auffassung fest, dass § 62 Abs. 2 Nr. 2 c i.V.m. Nr. 3 EStG verfassungsgemäß sei. Bezüglich der Ausländer mit den in § 62 Abs. 2 Nr. 2 c EStG genannten Aufenthaltstiteln kämen die vom BSG vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken bei Gewährung des steuerrechtlichen Kindergeldes nicht zum Tragen, weil das Kindergeld, anders als das Erziehungsgeld, als Einkommen auf die Sozialleistungen angerechnet oder an den Sozialleistungsträger erstattet (s. § 74 Abs. 2 EStG) oder an diesen abgezweigt (§ 74 Abs. 1 Satz 4 EStG) werde. Danach bräuchte eine Ausweitung der Kindergeldberechtigung nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer, die ihren Unterhalt mit Sozialleistungen nach dem SGB II bestreiten, für diese in der Regel keine finanziellen Vorteile (Beschluss vom 26.03.2013, III B 158/12, BFH/NV 2013, 968, ebenso Beschluss vom 09.11.2012, III B 138/11, BFH/NV 2013, 372).

Bezüglich nur geduldeter Ausländer hält der BFH an seiner Rechtsprechung fest, die Erwägung des Gesetzgebers, das Kindergeld nur Ausländern zu gewähren, die aufgrund eines Aufenthaltstitels einen rechtmäßigen dauerhaften Aufenthalt in Deutschland begründet haben und bei denen im Unterschied zu lediglich geduldeten Ausländern auch eine langfristige Integration ihrer Familien in Deutschland beabsichtigt ist, stelle einen sachlich hinreichenden Grund für die vorgenommene Differenzierung dar. Die Beschlüsse des BVerfG vom

10.07.2012 zum BVerzGG und zum BEEG hätten Ausländer betroffen, die im Besitz einer in § 62 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c EStG genannten Aufenthaltserlaubnis waren. Mit der Rechtsfrage, ob ein nur geduldeter Ausländer vom Kindergeld ausgeschlossen werden darf, habe sich das BVerfG hingegen nicht befasset.

Die Situation geduldeter Ausländer sei mit der von Inhabern einer Aufenthaltserlaubnis nach § 62 Abs. 2 Buchst. c EStG n.F. nicht vergleichbar, da eine Duldung nicht geeignet sei, einen rechtmäßigen Aufenthalt zu begründen. Da sie die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung (s. § 60a Abs. 1, Abs. 2 AufenthG) bezwecke, diene sie gerade nicht der Vorbereitung oder Absicherung eines rechtmäßigen dauerhaften Aufenthalts in Deutschland (BFH-Beschluss vom 14.06.2013, III B 119/12, BFH/NV 2013, 1417).

Vorlagebeschluss des BSG zum Ausschluss von Ausländern mit einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 104a AufenthG vom Elterngeld

Das BSG hat mit Beschluss vom 15.12.2011 (B 10 EG 15/10 R, juris) dem BVerfG die Frage vorgelegt, ob § 1 Abs. 7 Nr. 2 d BEEG in der Fassung des Gesetzes vom 19.08.2007 insoweit mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist, als danach Ausländer, denen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104a AufenthG erteilt ist, keinen Anspruch auf Elterngeld haben. Das BSG war überzeugt, dass der in § 1 Abs. 7 Nr. 2 d BEEG bestimmte Ausschluss nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer vom Anspruch auf Elterngeld mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar sei. Nach der Regelung würden Ausländer mit einem Aufenthaltstitel nach § 104a AufenthG schlechter gestellt als nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer mit anderen Aufenthaltstiteln, ohne dass diese Unterscheidung gerechtfertigt sei. Innerhalb der Gruppe nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer ließen sich sachwidrige Gleichbehandlungen und Ungleichbehandlungen feststellen.

Entscheidung des BVerfG zum Vorlagebeschluss des BSG

Diese Richtervorlage hat das BVerfG mit Beschluss vom 04.12.2012 (1 BvL 4/12, BVerfGE 132, 360) als unzulässig zurückgewiesen. Das BSG sehe das mit der vorgelegten Regelung angestrebte Ziel, den Elterngeldanspruch auf Personen zu beschränken, von denen erwartet werden könne, dass sie auf Dauer in Deutschland bleiben werden, im Anschluss an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts als verfassungsrechtlich unbedenklichen Differenzierungsgrund an. Dies stehe auch im Einklang mit der jüngsten Rechtsprechung des Senats (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 7. Februar 2012 - 1 BvL 14/07 -, NJW 2012, S. 1711 <1713>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Juli 2012 - 1 BvL 2/10 u.a. -, juris, Rn. 42). Das BSG halte die vorgelegte Regelung jedoch für verfassungswidrig, weil eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104a AufenthG keinen Rückschluss auf eine negative Bleibeprognose erlaube. Nach ihrer rechtlichen Tragweite und Struktur sei die Vorschrift des § 104a AufenthG vielmehr so angelegt, dass den ausländischen Staatsangehörigen, denen eine Aufenthaltserlaubnis nach dieser Bestimmung erteilt werde, durchaus die Möglichkeit eines dauernden Aufenthalts in Deutschland eröffnet sei.

Das BSG habe nicht hinreichend dargelegt, woraus es diese Interpretation von § 104a AufenthG ableite. Es lege auch nicht dar, dass die Betroffenen aus tatsächlichen Gründen voraussichtlich dauerhaft in Deutschland bleiben würden.

Das BVerfG habe bereits früher im Zusammenhang mit Ansprüchen auf Kindergeld, Erziehungsgeld und Elterngeld die Bleibeperspektiven ausländischer Staatsangehöriger mit befristeten Aufenthaltstiteln zu beurteilen. Dabei habe es zur Bewertung der Aussagekraft des jeweiligen Aufenthaltsstatus sowohl rechtliche als auch tatsächliche Erwägungen herangezogen.

So habe es festgestellt, die nach dem damals geltenden Ausländergesetz erteilte Aufenthaltsbefugnis allein eigne sich nicht als Grundlage einer negativen Prognose über die Dauer des Aufenthalts in Deutschland und damit auch nicht als Abgrenzungskriterium bei der Gewährung von Kinder- und Erziehungsgeld, weil die für die Erteilung dieses Aufenthaltstitels maßgeblichen Gründe nicht typischerweise von nur vorübergehender Natur seien. Der Wegfall und der Zeitpunkt des Wegfalls des Aufenthaltszwecks seien ungewiss. Diesem Umstand habe auch der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er die Möglichkeit eröffnet habe, 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 stelle die Aufenthaltsbefugnis eine mögliche Vorstufe zum Daueraufenthalt dar (vgl. BVerfGE 111, 160 <174 f.>; 111, 176 <185>). Auch ausländische Staatsangehörige, die über einen befristeten Aufenthaltstitel verfügen, könnten demnach im kinder-, erziehungs- und elterngeldrechtlichen Sinne einen verfestigten Aufenthaltsstatus innehaben (vgl. BVerfGE 111, 160 <174>; 111, 176 <185>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Juli 2012 - 1 BvL 2/10 u.a. -, juris, Rn. 45).

Dabei könne sich eine positive Aufenthaltsprognose auch aus den tatsächlichen Umständen des Aufenthalts ergeben. Das Bundesverfassungsgericht habe zwischenzeitlich ausdrücklich klargestellt, dass bei der Prognose der Aufenthaltsdauer neben der Ausgestaltung des jeweiligen Aufenthaltsstatus auch dessen Einbindung in die tatsächlichen Verhältnisse zu berücksichtigen sei (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 18. Juli 2012 - 1 BvL 10/10 u.a. -, juris, Rn. 101). Eine positive Bleibeprognoze sei daher durch einen vorübergehenden Aufenthaltsstatus nicht ausgeschlossen, sofern die tatsächlichen Umstände typischerweise gleichwohl einen Daueraufenthalt erwarten lassen.

Zur tatsächlichen Aufenthaltsperspektive der von der vorgelegten Norm Betroffenen habe sich das Bundessozialgericht nicht geäußert. Es habe auch nicht ausgeführt, dass den Betroffenen in tatsächlicher Hinsicht eine aus anderen Gründen dauerhafte Bleibeperspektive erwachse. Vielmehr habe es die Annahme einer dauerhaften Bleibeperspektive allein mit der rechtlichen Ausgestaltung des Aufenthaltsstatus begründet. Daran sei die Vorlage zu messen. Dass die Betroffenen mit der Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG einen im elterngeldrechtlichen Sinne verfestigten Aufenthaltsstatus innehaben, habe das Bundessozialgericht nicht näher dargelegt.

Literatur zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung des § 62 Abs. 2 EStG

Die Kommentierungen zum EStG - soweit sie die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung des § 62 Abs. 2 EStG überhaupt ansprechen - verweisen meist mit geringen oder keinen eigenen inhaltlichen Ausführungen auf die entsprechenden Entscheidungen des BFH. Mit den einzelnen Aufenthaltstiteln und ihrer Bedeutung für die Prognose des voraussichtlich dauernden Aufenthalts im Inland setzen sie sich überwiegend nicht auseinander. Ob sich Auswirkungen aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.07.2012 zum Erziehungs- und Elterngeld ergeben, wird überwiegend nicht (oder noch nicht) erörtert.

Felix in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Loseblattkommentar zum EStG, Kommentierung Rdz. C 1 ff. zu § 62 EStG in der Ergänzungslieferung Dezember 2011) äußert keine verfassungsrechtlichen Bedenken (auch nicht bei der Darstellung der Rechtslage zu den einzelnen Aufenthaltstiteln). Sie gibt an, nach der Rechtsprechung des BFH ergäben sich auch nach den Vorlagebeschlüssen des BSG keine verfassungsrechtlichen Bedenken (Rdz. C 2 zu § 62 EStG). Eine weitere Auseinandersetzung mit der Problematik nimmt sie nicht vor.

Die Kommentierung von **Helmke/Bauer** (Loseblattkommentar zum Familienleistungsausgleich, Kommentierung Rdz. 49 ff. zu § 62 EStG in der Ergänzungslieferung April 2011) gibt an, auch die neu gefasste Vorschrift des § 62 Abs. 2 EStG sei verfassungsrechtlich in Zweifel gezogen worden. Sodann wird dargestellt, nach der ständigen Rechtsprechung des BFH habe der Gesetzgeber bei der Neuregelung der Kindergeldberechtigung in § 62 Abs. 2 EStG im Rahmen des ihm zustehenden Gestaltungsspielraums gehandelt. Auch nach den Vorlagebeschlüssen des BSG zur wortgleichen Regelungen der Berechtigung von Ausländern zur Inanspruchnahme von Erziehungsgeld nach § 1 Abs. 6 BErzGG halte der BFH an seiner Rechtsauffassung fest, weil das Kindergeld anders als das Erziehungsgeld auf Sozialleistungen angerechnet werde. Eine weitere Auseinandersetzung mit der Problematik wird nicht vorgenommen, auch nicht in der Darstellung der einzelnen Aufenthaltstitel (Rdz. 51.1. ff.).

Pust in Littmann/Bitz/Pust (Loseblattkommentar zum EStG, Kommentierung Rdz. 160 ff. zu § 62 EStG in der Ergänzungslieferung August 2011) erklärt, gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 62 Abs. 2 EStG bestünden nach der (nachstehend wiedergegebenen) Rechtsprechung des BFH keine Bedenken (Rdz. 161). Der BFH habe ferner angenommen, dass die Neuregelung der Kindergeldberechtigung von nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern auch im Hinblick auf die Vorlagebeschlüsse des BSG vom 03.12.2009 keinen Bedenken begegne. Er legt die Rechtsprechung des BFH dar. Zu den einzelnen Aufenthaltstiteln stellt er die Rechtslage dar.

Seewald in Seewald/Felix (Loseblattkommentar zum Kindergeldrecht, Kommentierung Rdz. 109a zu § 62 EStG in der Ergänzungslieferung Dezember 2010) stellt dar, dass die Mehrheit der Finanzgerichte und des BFH die geäußerten Bedenken (insbesondere Vorlagebeschlüsse des FG Köln) nicht teilten. Auch nach den Vorlagebeschlüssen des BSG zur wortgleichen Regelungen der Berechtigung von Ausländern zur Inanspruch-

nahme von Erziehungsgeld nach § 1 Abs. 6 BErzGG halte der BFH an seiner Rechtsauffassung fest. Eine weitere Auseinandersetzung mit der Problematik nimmt er nicht vor.

Treiber in Blümich, (Loseblattkommentar zum EStG, Kommentierung Rdz. 49 ff. zu § 62 EStG in der Ergänzungslieferung November 2012) äußert verfassungsrechtliche Bedenken. Aus einkommensteuerlicher Sicht sei § 62 Abs. 2 EStG verfassungsgemäß. Zwar seien dem EStG Anknüpfungen an die Staatsangehörigkeit systematisch fremd. Die Regelungen sicherten das aus einkommensteuerrechtlicher Sicht (§ 31 Satz 1 EStG) verfassungsrechtlich gebotene Minimum (den Anspruch auf annähernde Steuerfreistellung eines Betrages in Höhe des Existenzminimums des Kindes, und zwar auch im Laufe des Veranlagungszeitraums) für ausländische Staatsangehörige ab. Dies reiche insoweit aus. Was das Kindergeld als Leistung der Familienförderung angehe (§ 31 Satz 2 EStG), erschienen die in Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 a und EStG getroffenen Prognosen des Gesetzgebers zutreffend.

Hingegen entsprächen § 62 Abs. 2 Nr. c und Nr. 3 b EStG nicht in vollem Umfang des Vorgaben des BVerfG. Der Gesetzgeber habe die Benachteiligung von Ausländern, die legal in der Bundesrepublik leben und in den deutschen Arbeitsmarkt integriert sind (BVerfG 1 BvL 4-5/97, vom 06.07.2004, unter B.III.3.b und 4.) zwar abgemildert, aber nicht in vollem Umfang beseitigt (z.B. nicht bei Arbeitslosigkeit ohne Anspruch auf ALG I wegen eigener Kündigung). Diese Auffassung bestätige - trotz der vom BFH betonten Unterschiede - die Vorlage des BSG zu wortgleichen Regelungen des Bundeserziehungsgeld- bzw. Elterngeldgesetzes. Das BVerfG habe daraufhin in seinem Beschluss vom 16.07.2012 (1 BvL 2/10 u.a.) die wortgleichen § 1 Abs. 6 Nr. 3 b BErzGG und § 1 Abs. 7 Nr. 3 b BEEG für verfassungswidrig und nichtig erklärt. Der Gesetzgeber solle bei der anstehenden Änderung des BEEG die wortgleichen § 62 Abs. 2 Nr. 2c i.V.m. Nr. 3 b EStG sogleich entsprechend anpassen, und zwar rückwirkend in allen noch offenen Fällen.

Zu den einzelnen von § 62 Abs. 2 Nr. 2c EStG angeführten Aufenthaltstitels führt er aus (Rdz. 47): Die Prognose einer nicht dauerhaften Integration wird bei § 25 und § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG, die ausdrücklich nur einen vorübergehenden Aufenthalt erlauben, oftmals zutreffend sein. Demgegenüber ist nicht ohne Weiteres ersichtlich, warum ein Aufenthalt nach §§ 23 Abs. 1, 23a, 25 Abs. 3 und 5 AufenthG voraussichtlich nur vorübergehend sein soll. Deutlich wird dies bei § 25 Abs. 5 AufenthG, der verlangt, dass eine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist und mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist.

Weber-Grellet in Schmidt (Kommentar zum EStG, 32. Aufl. 2013, Rdz. 10 u § 62 EStG) gibt unter Anführung der Rechtsprechung insbesondere des BFH an, Abs. 2 der Neuregelung verstoße nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

Wendl in Herrmann/Heuer/Raupach (Loseblattkommentar zum EStG, Kommentierung Rdz. 13 ff. zu § 62 EStG in der Ergänzungslieferung September 2009) stellt die gesetzliche Regelung und die einzelnen Aufenthaltstitel (Rdz. 13 ff. zu § 62 EStG) dar. Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit führt er unter Hinweis auf Rechtsprechung des BFH aus (Rdz. 13): „Die Neuregelung ist verfassungsgemäß. Die bloße fortdauernde Duldung lässt noch keinen hinreichenden Schluss auf einen dauerhaften Aufenthalt in der Bundesrepublik zu. Es ist daher sachlich gerechtfertigt, dass der Gesetzgeber die Prognoseentscheidung über den voraussichtlich dauernden Aufenthalt vom Vorliegen weiterer geeigneter Integrationsindizien (insbes. der Berechtigung zur Erwerbstätigkeit) abhängig macht.“ Dass dies nicht nur für die Duldung gilt und nicht - wie nach dem Gesetzesentwurf zunächst vorgesehen (vgl. Bundesrats-Drucksache 68/06) - nur die Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, sondern weitere Voraussetzungen, teilweise u.a. die tatsächliche Ausübung der Erwerbstätigkeit (§ 62 Abs. 2 Nr. 2c i.V.m. Nr. 3b EStG) vorliegen müssen, erörtert er nicht, auch nicht in der Wiedergabe der Regelung des § 62 Abs. 2 Nr. 2c i.V.m. Nr. 3 EStG (Rdz. 18 ff.).

Bilsdorfer („Permanente und aktuelle Baustellen im Kindergeldrecht“, NJW 2011, 2914) hält unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BFH die Regelungen für verfassungsgemäß. Unter III „Kindergeldberechtigung von Ausländern“ führt er aus, der BFH habe zur Kindergeldberechtigung geduldeter Ausländer entschieden, dass die vom Gesetzgeber getroffene Differenzierung sachlich gerechtfertigt und mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar sei. Er teile insbesondere nicht die im Vorlagebeschluss des FG Köln geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Neufassung des § 62 Abs. 2 EStG. Der BFH habe sich im Übrigen auch durch die Vorlagebeschlüsse des BSG vom 03.12.2009, „nicht von seiner Auffassung der Verfassungsmäßigkeit des § 62 Abs. 2 EStG abbringen lassen.“ Nach Auffassung von Bilsdorfer ist „Der Grund ... einleuchtend und fußt in der Verknüpfung ausländerrechtlicher Bestimmungen mit Sozialnormen: Nicht in den Arbeitsmarkt integrierte Ausländer erhalten typischerweise Sozialleistungen. ... Solchen Ausländern entsteht durch die Beschränkung der Kindergeldberechtigung typischerweise kein Nachteil, der zu einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 GG führen könnte.“ Bilsdorfer wiederholt sodann die Argumente des BFH zur Anrechnung des Kindergeldes als Einkommen und zum Erstattungsanspruch des Sozialleistungsträgers. Der Gesetzgeber habe im Rahmen des ihm zustehenden Gestaltungsspielraums gehandelt, als er die Kindergeldberechtigung von Ausländern vom Besitz bestimmter Aufenthaltstitel nach dem AufenthG abhängig machte und bei einzelnen Titeln den Anspruch von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht habe.

Werner („Anspruchsberechtigung von Ausländern auf Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss sowie auf das neu geschaffene Elterngeld“, Informationsbrief Ausländerrecht (InfAuslR) 2007, 112) hat verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Neuregelung des § 62 Abs. 2 EStG. Er legt dar, dass mit der mit dem Gesetz vom 13.12.2006 getroffenen Regelung „für bestimmte freizügigkeitsberechtigte Ausländer, die im ursprünglichen (Gesetzes-) Entwurf noch als leistungsberechtigt angesehen worden waren, ... die Anspruchsvoraussetzungen gegenüber dem Entwurf wieder eingeschränkt (wurden). ... Die jetzt getroffene Regelung schließt nunmehr bei“ den in § 62 Abs. 2 Nr. 2c EStG aufgeführten „Ausländern den Leistungsbezug vom

Grundsatz her aus. Der Kreis derjenigen, die von diesem Leistungsausschluss betroffen sind, wurde also gegenüber dem ursprünglichen Gesetzentwurf noch einmal deutlich erweitert. ... Andererseits wurde jedoch die Wartezeit für den Leistungsanspruch ... von fünf Jahren auf nunmehr nur noch drei Jahre verkürzt.“ Ob damit den verfassungsrechtlichen Vorgaben nach Maßgabe der Beschlüsse des BVerfG vom 06.07.2004 in vollem Umfang entsprochen worden sei, erscheine allerdings durchaus zweifelhaft. Die von den Oppositionsparteien im Ausschuss insoweit geltend gemachten Bedenken seien kaum von der Hand zu weisen.

„Wie z.B. der Ausschluss vom steuerfinanzierten Kindergeld bei einem Teil derjenigen ausländischen Arbeitnehmer, die der Lohn- und Einkommensteuer unterliegen, verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann, ist nur schwer nachvollziehbar. Aber auch dann, wenn ein Arbeitsverhältnis nicht besteht, ist ein Leistungsausschluss in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen zumindest teilweise bedenklich, weil die Dauerhaftigkeit des Aufenthalts prognostisch durchaus auch bei einer solchen Fallgestaltung gegeben sein kann und nicht notwendigerweise an eine konkrete Beschäftigung oder einen nachfolgenden Leistungsbezug in Form von Arbeitslosengeld I gebunden sein muss.“

Bereits zuvor („Erziehungsgeld und Kindergeld für Ausländer - Eine unendliche Geschichte, InfAusLR 2006, 237) hatte Werner das Erfordernis der Berechtigung zur Ausübung einer Beschäftigung problematisiert. Für Inhaber der gegenüber der Niederlassungserlaubnis nachrangigen Aufenthaltserlaubnis ergäben sich besondere Abgrenzungsprobleme für die Klärung der Frage eines auf die Erlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung abzustellenden Sozialleistungsanspruchs. „Diese Feststellung der Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit (obliegt) seit dem 1. Januar 2005 nämlich der Ausländerbehörde. Die Aufnahme der förmlichen Berechtigung in den Aufenthaltstitel durch die Ausländerbehörde in denjenigen Fällen, in denen sich die Berechtigung zur Ausübung einer Beschäftigung nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, bedarf nach §§ 18 Abs. 2, 39 AufenthG jedoch der vorherigen Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit, soweit letztere nicht im Verordnungswege auf ihren Zustimmungsvorbehalt verzichtet hat. Das kann in einer Vielzahl von Fällen in Bezug auf mögliche Sozialleistungsansprüche wie das Kindergeld oder das Erziehungsgeld zu Zufallsergebnissen führen, die oftmals nicht hinnehmbar sind.“

Ob ein verfestigter Aufenthaltsstatus vorliege oder ob dies nicht der Fall sei, lasse sich bei Inhabern einer Aufenthaltserlaubnis bei demjenigen Personenkreis, deren Berechtigung zur Ausübung einer Beschäftigung - verwaltungsintern - von der Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit abhängig sei, nicht zwingend daraus ableiten, ob diese Zustimmung erteilt worden sei oder tatsächlich nicht vorliege. Maßgebliches Kriterium für die zu erteilende Zustimmung sei nämlich nach § 18 Abs. 1 AufenthG der „Wirtschaftsstandort Deutschland unter Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt und dem Erfordernis, die Arbeitslosigkeit wirksam zu bekämpfen.“

Regelungen zum Verhältnis von Sozialleistungen und Kindergeld

Aufgrund der Annahme, dass Kindergeldansprüche Ausländern, die die Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 EStG nicht erfüllen, wegen der Anrechnung auf Sozialleistungen wirtschaftlich keinen Vorteil brächten, stellt das

Gericht nachfolgend die Vorschriften und Rechtsprechung zum Kindergeld im Zusammenhang mit dem Bezug von Sozialleistungen bzw. von Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) dar.

Ist der Anspruch auf Kindergeld vorrangig gegenüber nachrangigen Leistungen eines Sozialleistungsträgers, hat der nachrangige Sozialleistungsträger unter den Voraussetzungen des § 104 SGB X einen Erstattungsanspruch gegen den vorrangigen Leistungsträger. Soweit ein Erstattungsanspruch besteht, gilt gemäß § 107 Abs. 1 SGB X der Anspruch des Berechtigten gegen den zur Leistung verpflichteten Leistungsträger als erfüllt. Bei der Ermittlung, in welcher Höhe ggf. ein Erstattungsanspruch besteht, kommt es darauf an, ob und ggf. in welcher Höhe Kindergeld als Einkommen des Leistungsempfängers anzurechnen ist bzw. anrechnungsfrei bleibt.

Soweit das Kindergeld als Einkommen anzurechnen ist, ein Erstattungsanspruch des nachrangigen Sozialleistungsträgers besteht und damit der Anspruch auf Kindergeld aufgrund der bereits erhaltenen nachrangigen Leistungen als erfüllt gilt, würde ein nachträglich festgesetzter Anspruch auf Kindergeld in Bezug auf die Höhe des dem Leistungsberechtigten zur Verfügung stehenden Einkommens wirtschaftlich keinen Unterschied machen. Soweit das Kindergeld ganz oder teilweise nicht als Einkommen des Kindergeldberechtigten anzurechnen wäre, wäre es auszuzahlen und stünde damit der Förderung der Familie zur Verfügung.

Die einzelnen Leistungsgesetze beinhalten bzw. beinhalteten verschiedene Anrechnungsregeln bezüglich des Einkommens.

Arbeitslosenhilfe, §§ 190 ff. SGB III

Leistungen der Arbeitslosenhilfe nach § 190 ff. SGB III (Arbeitsförderung):

677

§ 190 SGB III regelte den Anspruch auf Arbeitslosenhilfe für arbeitslose Arbeitnehmer, die u.a. keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld hatten. Mit Wirkung ab 01.01.2005 wurden die Regelungen über die Arbeitslosenhilfe im SGB III aufgehoben und durch die Regelungen im SGB II ersetzt. § 194 SGB III regelte das zu berücksichtigende Einkommen. Gemäß § 194 Abs. 3 Nr. 9 SGB III galt nicht als Einkommen das Kindergeld sowie Leistungen für Kinder, die den Anspruch auf Kindergeld ausschließen, jedoch nur bis zur Höhe des Kindergeldes, das ohne den Anspruch auf die Leistung zu zahlen wäre.

Leistungen nach dem SGB II / allgemeine Regelungen für Eltern über zumutbare Erwerbstätigkeit bei Kindererziehung

Leistungen nach dem SGB II setzen gemäß § 2 SGB II grundsätzlich voraus, dass der Leistungsberechtigte alle Möglichkeiten zur Beendigung oder Verringerung seiner Hilfebedürftigkeit ausschöpft. § 2 Abs. 2 SGB II

bestimmt:

(2) Erwerbsfähige Leistungsberechtigte und die mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen haben in eigener Verantwortung alle Möglichkeiten zu nutzen, ihren Lebensunterhalt aus eigenen Mitteln und Kräften zu bestreiten. Erwerbsfähige Leistungsberechtigte müssen ihre Arbeitskraft zur Beschaffung des Lebensunterhalts für sich und die mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen einsetzen.

Nach dem Grundsatz des § 10 SGB II ist grundsätzlich einer erwerbsfähigen leistungsberechtigten Person ... jede Arbeit zumutbar; nachfolgend sind Ausnahmen geregelt u.a. wegen der Erziehung eines Kindes: es sei denn, dass

3. die Ausübung der Arbeit die Erziehung ihres Kindes oder des Kindes ihrer Partnerin oder ihres Partners gefährden würde; die Erziehung eines Kindes, das das dritte Lebensjahr vollendet hat, ist in der Regel nicht gefährdet, soweit die Betreuung in einer Tageseinrichtung oder in Tagespflege im Sinne der Vorschriften des Achten Buches oder auf sonstige Weise sichergestellt ist; die zuständigen kommunalen Träger sollen darauf hinwirken, dass erwerbsfähigen Erziehenden vorrangig ein Platz zur Tagesbetreuung des Kindes angeboten wird.

Diese Regelung gilt gemäß § 10 Abs. 3 SGB II entsprechend für die Teilnahme an Maßnahmen zur Eingliederung in Arbeit.

Nach der Kommentierung (Schumacher in Oestreicher, Loseblattkommentar zum SGB II/ SGB XII, Rdz. 12 zu § 10 SGB II) handelt es sich bei § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II „um einen gesetzlich geregelten Fall der fehlenden Verfügbarkeit für den Arbeitsmarkt.“ Schumacher folgert: „Im Fall der Erziehung eines Kleinkindes (unter drei Jahre) ist die Aufnahme einer Erwerbsarbeit im Umkehrschluss zum folgenden Teilsatz stets unzumutbar. Die entgegenstehende Auffassung des BSG (Entscheidung vom 15.12.2010, AZ B 14 92/09 R, BeckRS 2011, 69495, RdNr 10), wonach es auch im Falle eines unter dreijährigen Kindes allein auf die konkret zu ermittelnde Betreuungssituation ankomme, trägt nach diesseitiger Auffassung dem naheliegenden Umkehrschluss und dem Willen des Gesetzgebers nicht ausreichend Rechnung. Es ist zu berücksichtigen, dass das grundgesetzlich geschützte Elternrecht berührt ist (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG), das grundsätzlich auch die Entscheidung darüber umfasst, ob das Kind ausschließlich selbst oder teilweise fremd betreut werden soll. Nach diesseitiger Auffassung ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber in Bezug auf Kinder bis zum dritten Lebensjahr dem Elternrecht absoluten Vorrang geben wollte.“

Eltern- und Betreuungsgeld: Wahlrecht zur Selbstbetreuung eines Kindes in den ersten drei Lebensjahren

Der Gewährleistung des Wahlrechtes zur Selbstbetreuung eines Kindes in dessen ersten drei Lebensjahren dient nach der Vorstellung des Gesetzgebers auch die mit Wirkung ab 01.08.2013 geltende Einführung eines Betreuungsgeldes in den §§ 4a bis 4d des Bundeselterngeld und Elternzeitgesetzes (BEEG) für den Zeitraum ab Beginn des 15. Lebensmonats des Kindes an (d.h. nach Ablauf des maximal 14-monatigen Bezugs-

zeitraumes, für den gemäß § 4 BEEG Elterngeld gewährt werden kann) bis maximal zur Vollendung des 36. Lebensmonats des Kindes (§ 4d BEEG). Ein Ausländer oder eine Ausländerin hat gemäß § 4a Abs. 1 Nr. 1 BEEG unter denselben Voraussetzungen Anspruch auf Betreuungsgeld wie auf Elterngeld, d.h. wenn er oder sie u.a. die Regelungen in § 1 Abs. 7 BEEG für nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer erfüllt, die mit den Regelungen in § 62 Abs. 2 EStG wortgleich sind, soweit nicht davon abweichend für Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a AufenthG zwar ein Anspruch auf Kindergeld ohne weitere Voraussetzungen besteht, jedoch unter keinen Voraussetzungen ein Anspruch auf Elterngeld.

Im Fall der Erziehung eines Kindes über drei Jahren ist nach der Kommentierung die Aufnahme einer Teilzeit-Erwerbsarbeit in der Regel zumutbar, wenn die Betreuung des Kindes gesichert ist, wobei es auf den Betreuungsbedarf und die sonstigen Umstände des jeweiligen Einzelfalls ankommt (Schumacher a.a.O.).

BGB: Unterhaltspflicht in den ersten drei Lebensjahren

Das BGB berücksichtigt die erschwerte Möglichkeit von Eltern, insbesondere in den ersten drei Lebensjahren des Kindes einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, in der Regelung des § 1615 I BGB über den Unterhaltsanspruch von Mutter und Vater aus Anlass der Geburt.

Gemäß § 1615 I Abs. 1 Satz 1 BGB (in der seit dem 01.01.2008 geltenden Fassung) hat der Vater ... der Mutter für die Dauer von sechs Wochen vor und acht Wochen nach der Geburt des Kindes Unterhalt zu gewähren.

§ 1615 I Abs. 2 bestimmt in der seit dem 01.01.2008 geltenden Fassung:

(2) Soweit die Mutter einer Erwerbstätigkeit nicht nachgeht, weil sie infolge der Schwangerschaft oder einer durch die Schwangerschaft oder die Entbindung verursachten Krankheit dazu außerstande ist, ist der Vater verpflichtet, ihr über die in Absatz 1 Satz 1 bezeichnete Zeit hinaus Unterhalt zu gewähren. Das Gleiche gilt, soweit von der Mutter wegen der Pflege oder Erziehung des Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann. Die Unterhaltspflicht beginnt frühestens vier Monate vor der Geburt und besteht für mindestens drei Jahre nach der Geburt. Sie verlängert sich, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht. Dabei sind insbesondere die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen.

In der vorigen ab 01.07.1998 bis zum 31.07.2007 geltenden Fassung lautete § 1615 I Abs. 2 Satz 3 (anstelle von Satz 3 bis 5):

Die Unterhaltspflicht beginnt frühestens vier Monate vor der Geburt; sie endet drei Jahre nach der Geburt, sofern es nicht insbesondere unter Berücksichtigung der Belange des Kindes grob unbillig wäre, einen Unterhaltsanspruch nach Ablauf dieser Frist zu versagen.

§ 1615 I Abs. 4 Satz 1 BGB bestimmt: Wenn der Vater das Kind betreut, steht ihm der Anspruch nach Absatz 2 Satz 2 gegen die Mutter zu.

Zur Anrechnung des Kindergeldes als Einkommen nach dem SGB II

Mit Wirkung ab dem 01.01.2005 regelt sich die Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II. § 11 SGB II regelt das zu berücksichtigende Einkommen. Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 3 und 4 SGB II (in der ab 01.04.2011 geltenden Fassung) ist das Kindergeld für zur Bedarfsgemeinschaft gehörende Kinder, soweit es bei dem jeweiligen Kind zur Sicherung des Lebensunterhalts, mit Ausnahme der Bedarfe nach § 28, benötigt wird, als Einkommen dem jeweiligen Kind zuzurechnen. Nach der zuvor geltenden Fassung war das Kindergeld für zur Bedarfsgemeinschaft gehörende Kinder als Einkommen dem jeweiligen Kind zuzurechnen, soweit es bei dem jeweiligen Kind zur Sicherung des Lebensunterhalts benötigt wird.

Die Regelung beinhaltet, dass nicht in jedem Fall zwangsläufig das Kindergeld auf den Anspruch des Kindergeldberechtigten auf Leistungen nach dem SGB II als Einkommen anzurechnen ist. Nicht jedes Kind gehört zwangsläufig zum Haushalt und zu der in § 7 SGB II geregelten Bedarfsgemeinschaft seiner Eltern. Das Kindergeld wird ausschließlich und vollständig dem Kind zugerechnet, wenn entweder das Kindergeld aufgrund einer Abzweigung nach § 74 EStG dem Kind unmittelbar ausgezahlt wird oder wenn es vom Hilfebedürftigen nachweislich an das nicht in seinem Haushalt lebende Kind weitergeleitet wird (Schmidt in Oestreicher, Loseblattkommentar zum SGB II / SGB XII, Rdz. 52 zu § 11 SGB II). Die Anrechnung erfolgt dann bei dem Kind, das das Kindergeld erhält (Schmidt a.a.O., Rdz. 72 zu § 11a SGB II); dies setzt voraus, dass das Kind seinerseits nachrangige Sozialleistungen bezieht. Hat das Kind ausreichende eigene Einkünfte z.B. aus Ausbildungsvergütung und bezieht demgemäß keine Sozialleistungen, wird das für dieses Kind gezahlte Kindergeld nicht als Einkommen - weder beim Kindergeldberechtigten noch beim Kind - angerechnet.

Auf der Basis der Ermächtigungsgrundlage des § 13 SGB II bestimmt die Verordnung zur Berechnung von Einkommen sowie zur Nichtberücksichtigung von Einkommen und Vermögen beim Arbeitslosengeld II/ Sozialgeld (Alg II - V) in § 1 Abs. 1 Nr. 8, dass Kindergeld für Kinder des Hilfebedürftigen, soweit es nachweislich an das nicht im Haushalt des Hilfebedürftigen lebende Kind weitergeleitet wird, nicht als Einkommen zu berücksichtigen ist. In der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung bestimmte § 1 Abs. 1 Nr. 8 Alg II - V, dass Kindergeld für volljährige Kinder des Hilfebedürftigen, soweit es nachweislich an das nicht im Haushalt des Hilfebedürftigen lebende volljährige Kind weitergeleitet wird, nicht als Einkommen zu berücksichtigen ist.

Das bedeutet: hat der nach dem SGB II Leistungsberechtigte Anspruch auf Kindergeld, ist dieses nicht auf die ihm zu gewährenden Leistungen als Einkommen anzurechnen, wenn das Kindergeld aufgrund einer Abzweigung gemäß § 74 EStG an das Kind ausgezahlt wird oder tatsächlich nachweislich vom Hilfebedürftigen an das Kind weitergeleitet wird. Hat das Kind eigene Einkünfte und Bezüge, die für sich genommen oder zusammen mit dem Kindergeld seinen Lebensunterhalt decken - z.B. aufgrund einer erzielten Ausbildungsvergütung - und bezieht das Kind selbst deshalb keine nachrangigen Sozialleistungen, kommt der Anspruch auf Kindergeld tatsächlich wirtschaftlich der Förderung der Familie zugute; er wird nicht auf einen

Leistungsanspruch angerechnet und es besteht kein Erstattungsanspruch eines nachrangigen Sozialleistungsträgers.

Sofern bzw. soweit Leistungen nach § 28 SGB II bezogen werden, ist das Kindergeld nach § 11 Abs. 1 Sätze 3 und 4 SGB II nicht als Einkommen dem jeweiligen Kind zuzurechnen. § 28 SGB II regelt mit Wirkung ab 01.01.2011 Bedarfe für Bildung und Teilhabe. Gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 SGB II werden Bedarfe für Bildung und Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben in der Gemeinschaft bei Kindern, Jugendlichen und jungen Erwachsenen neben dem Regelbedarf nach Maßgabe der Absätze 2 bis 7 gesondert berücksichtigt.

Bei Anrechnung des Kindergeldes als Einkommen: absetzbare (anrechnungsfreie) Beträge

Sofern das Kindergeld nach § 11 SGB II dem Grunde nach als Einkommen zu berücksichtigen ist, bestimmt § 11 b SGB II vom Einkommen abzusetzende Beträge. Dies sind zum einen bezüglich des Kindergeldes nicht relevante Absetzbeträge im Zusammenhang mit einer Erwerbstätigkeit, jedoch auch:

§ 11 b Abs. 1 Nr. 3 SGB II:

Beiträge zu öffentlichen oder privaten Versicherungen oder ähnlichen Einrichtungen, soweit diese Beiträge gesetzlich vorgeschrieben oder nach Grund und Höhe angemessen sind; hierzu gehören Beiträge

a) zur Vorsorge für den Fall der Krankheit und der Pflegebedürftigkeit für Personen, die in der gesetzlichen Krankenversicherung nicht versicherungspflichtig sind,

b) zur Altersvorsorge von Personen, die von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung befreit sind,

soweit die Beiträge nicht nach § 26 bezuschusst werden,

§ 11 b Abs. 1 Nr. 4 SGB II:

4. geförderte Altersvorsorgebeiträge nach § 82 des Einkommensteuergesetzes, soweit sie den Mindesteigenbeitrag nach § 86 des Einkommensteuergesetzes nicht überschreiten.

Pauschbeträge nach der Alg II - Verordnung

§ 6 Alg II - V bestimmt in § 6 Pauschbeträge für vom Einkommen abzusetzende Beträge. Als Pauschbeträge sind u.a. abzusetzen (Fassung ab 01.08.2009)

gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 Alg II - V:

von dem Einkommen volljähriger Leistungsberechtigter ein Betrag in Höhe von 30 Euro monatlich für die Beiträge zu privaten Versicherungen nach § 11b Absatz 1 Satz 1 Nr. 3 des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch, die nach Grund und Höhe angemessen sind,

gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 Alg II - V:

von dem Einkommen Minderjähriger ein Betrag in Höhe von 30 Euro monatlich für die Beiträge zu privaten Versicherungen nach § 11b Absatz 1 Nummer 3 des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch, die nach Grund und Höhe angemessen sind, wenn der oder die Minderjährige eine entsprechende Versicherung abgeschlossen hat.

Das bedeutet: gehört ein volljähriges Kind zur Bedarfsgemeinschaft, ist dem Grunde nach das Kindergeld als Einkommen anzurechnen und erzielt der Leistungsberechtigte kein anderes Einkommen, von dem der Pauschbetrag von € 30 gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 Alg II - V abzusetzen ist, ist ein Anspruch auf Kindergeld in Höhe von € 30 monatlich nicht als Einkommen zu berücksichtigen. Insoweit besteht kein Erstattungsanspruch des nachrangigen Leistungsträgers und würde bei einem Anspruch auf Kindergeld dieses tatsächlich wirtschaftlich der Förderung der Familie zur Verfügung stehen.

Das gleiche gilt, wenn das Kind minderjährig ist und der Minderjährige eine nach Grund und Höhe angemessene Versicherung tatsächlich abgeschlossen hat. Beiträge zu privaten Versicherungen sind nach der Rechtsprechung des BSG (und des BVerwG zum früheren BSHG) nach Grund und Höhe dann angemessen, wenn solche Versicherungen bei in einfachen wirtschaftlichen Verhältnissen lebenden Bürgern in Deutschland allgemein üblich sind (vgl. auch BSG, Urt. v. 29.09.2009 - B 8 SO 13/08 R; BSG, Urt. v. 09.11.2010 - B 4 AS 7/10 R, BVerwG, Urt. v. 27.06.2002 - 5 C 43/01). Beiträge können auch dann nach Grund und Höhe angemessen sein, wenn sie ein Risiko abdecken, für das andernfalls ein wiederum ein Anspruch auf Sozialleistungen bestünde. Für Beiträge für eine Hausratversicherung und eine private Haftpflichtversicherung kann eine Angemessenheit in der Regel bejaht werden (vgl. Söhngen in: jurisPK-SGB II, § 11b Rn. 22, vgl. ferner Decker, in Oestreicher, Loseblatt-Kommentar zum SGB II, SGB XII, Rdz. 68 ff. zu der entsprechenden Regelung in § 82 SGB XII), nicht abschließend geklärt sind Beiträge zu einer privaten Unfallversicherung (BSG, Urt. v. 09.12.2004 - B 7 AL 22/04 R; BSG, Urt. v. 09.12.2004 - B 7 AL 24/04 R).

Nach der vom 01.01.2008 bis zum 31.07.2009 geltenden Fassung des § 6 Abs. 1 Nr. 1 Alg II - V sind als Pauschbeträge abzusetzen

von dem Einkommen volljähriger Hilfebedürftiger und von dem Einkommen minderjähriger Hilfebedürftiger, soweit diese nicht mit volljährigen Hilfebedürftigen in Bedarfsgemeinschaft leben, ein Betrag in Höhe von 30 Euro monatlich für die Beiträge zu privaten Versicherungen nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch, die nach Grund und Höhe angemessen sind.

Auch nach dieser Vorgängerregelung konnte sich Kindergeld auch im Fall des Bezugs von nachrangigen Leistungen nach dem SGB II tatsächlich wirtschaftlich zur Förderung der Familie auswirken.

Des Weiteren wäre Kindergeld nicht als Einkommen anzurechnen und würde ein Anspruch auf Kindergeld tatsächlich wirtschaftlich der Förderung der Familie zur Verfügung stehen, soweit der Leistungsberechtigte sie zur Altersvorsorge im Sinne und im Rahmen des § 11 b Abs. 1 Nr. 4 SGB II i.V.m. §§ 82, 86 EStG verwendet.

Leistungen nach dem BSHG:

§ 2 BSHG regelte den Nachrang der Sozialhilfe u.a. gegenüber anderen Sozialleistungen. Gemäß § 76 BSHG gehören zum Einkommen im Sinne des BSHG alle Einkünfte in Geld oder Geldeswert (mit Ausnahme einzelner, bezüglich des Kindergeldes nicht relevanter Leistungen).

Neben den für Erwerbstätige relevanten Bestimmungen waren vom Einkommen abzusetzen

gemäß § 76 Abs. 2 Nr. 3 BSHG:

Beiträge zu öffentlichen oder privaten Versicherungen oder ähnlichen Einrichtungen, soweit diese Beiträge gesetzlich vorgeschrieben oder nach Grund und Höhe angemessen sind, sowie geförderte Altersvorsorgebeiträge nach § 82 des Einkommensteuergesetzes, soweit sie den Mindesteigenbeitrag nach § 86 des Einkommensteuergesetzes nicht überschreiten.

Es gelten die vorangegangenen Ausführungen zum SGB II; das Kindergeld konnte auch beim Bezug von nachrangigen Leistungen nach dem BSHG teilweise anrechnungsfrei bleiben und damit wirtschaftlich der Förderung der Familie zugute kommen.

Leistungen nach dem SGB XII:

Mit Wirkung ab dem 01.01.2005 regelt sich die Sozialhilfe nach dem SGB XII. Ebenfalls im SGB XII geregelt sind die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung. § 82 SGB II bestimmt den Begriff des Einkommens (§ 82 Abs. 1 SGB XII) und bestimmt die von dem Einkommen abzusetzenden Beträge.

Zur Anrechnung des Kindergeldes als Einkommen nach dem SGB XII

Nach § 82 Abs. 1 Satz 1 SGB XII gehören zum Einkommen alle Einkünfte in Geld oder Geldeswert (mit Ausnahme dort genannter, für das Kindergeld nicht relevanter Leistungen). Bei Minderjährigen ist gemäß § 82 Abs. 1 Satz 2 SGB XII das Kindergeld dem jeweiligen Kind als Einkommen zuzurechnen, soweit es bei diesem zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts benötigt wird.

Die Regelung beinhaltet, dass das Kindergeld nicht stets auf nachrangige Sozialleistungen als Einkommen anzurechnen ist. Lebt ein volljähriges Kind nicht im Haushalt des Kindergeldberechtigten, ist das Kindergeld an das Kind abgezweigt oder leitet der Kindergeldberechtigte das Kindergeld laufend zeitnah an das Kind weiter, welches andernfalls einen Abzweigungsanspruch hätte, und bezieht das Kind selbst keine nachrangigen Sozialleistungen (z.B. aufgrund einer erzielten Ausbildungsvergütung), ist das Kindergeld nicht auf die dem Kindergeldberechtigten erbrachten nachrangigen Leistungen nach dem SGB XII als Einkommen anzurechnen (BSG, Urteil vom 11.12.2007, B 8/9 b SO 23/06 R, BSGE 99, 262, Urteil vom 26.08.2008, B 8/9 b SO 16/07 R, RegNr 28442 BSG-Intern, FamRZ 2009, 44, BFH Urteil vom 17.04.2008, III R 33/05, BFHE 221,47, BStBl 2009, 919, BFH Beschluss vom 15.10.2009, III B 57/08, BFH/NV 2010, 196, Decker in Oestreicher, Loseblattkommentar zum SGB II / SGB XII, Rdz. 44 ff., 46 zu § 82 SGB XII).

Auch beim Bezug von Leistungen nach dem SGB XII ist mithin denkbar, dass bei einem Anspruch des Leistungsberechtigten auf Kindergeld dieses nicht als Einkommen auf seinen Leistungsanspruch angerechnet wird, entsprechend kein Erstattungsanspruch eines nachrangigen Sozialleistungsträgers besteht und das

Kindergeld tatsächlich wirtschaftlich der Förderung der Familie zugute kommt.

Bei Anrechnung des Kindergeldes als Einkommen: absetzbare (anrechnungsfreie) Beträge

Gehört das Kindergeld dem Grunde nach zum Einkommen im Sinne des § 82 Abs. 1 SGB XII, sind von dem Einkommen u.a. abzusetzen

gemäß § 82 Abs. 2 Nr. 3 SGB XII

Beiträge zu öffentlichen oder privaten Versicherungen oder ähnlichen Einrichtungen, soweit diese Beiträge gesetzlich vorgeschrieben oder nach Grund und Höhe angemessen sind, sowie geförderte Altersvorsorgebeiträge nach § 82 des Einkommensteuergesetzes, soweit sie den Mindesteigenbeitrag nach § 86 des Einkommensteuergesetzes nicht überschreiten.

Soweit der Leistungsempfänger nach dem SGB XII bei einem Anspruch auf Kindergeld Aufwendungen für die in § 82 Abs. 2 Nr. 3 SGB XII angeführten Versicherungen bzw. die Altersvorsorge tatsächlich tätigt, ist das Kindergeld nicht als Einkommen anzurechnen und würde ein Anspruch auf Kindergeld tatsächlich wirtschaftlich der Förderung der Familie zur Verfügung stehen.

Leistungen nach dem AsylbLG:

Durch das Gesetz zur Neuregelung der Leistungen an Asylbewerber vom 30.06.1993 wurden mit Wirkung ab 01.11.1993 die materiellen Leistungen für Asylbewerber und weitere Flüchtlingsgruppen aus dem Bundessozialhilfegesetz (BSHG) herausgenommen und im AsylbLG neu geregelt. Leistungsberechtigt sind die in § 1 AsylbLG genannten Personen; dies sind nicht nur Asylbewerber, sondern auch andere Personen u.a. mit einer Aufenthaltserlaubnis wegen eines Krieges im Heimatland nach § 23 Abs. 1 oder 24 AufenthG, Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 Satz 1, Abs. 4a, 4b oder Abs. 5 AufenthG. Leistungsberechtigte nach § 1 AsylbLG erhalten gemäß § 120 Abs. 2 BSHG bzw. ab 01.01.2005 gemäß § 23 Abs. 2 SGB XII keine Leistungen der Sozialhilfe; gemäß § 9 Abs. 1 AsylbLG erhalten sie keine Leistungen nach dem BSHG oder vergleichbaren Landesgesetzen bzw. nach dem SGB XII.

Anrechnung des Einkommens nach § 7 AsylbLG

§ 7 AsylbLG regelt die Verwendung eigenen Einkommens und Vermögens des Leistungsberechtigten. Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 AsylbLG sind Einkommen und Vermögen, über das verfügt werden kann, von dem Leistungsberechtigten und seinen Familienangehörigen, die im selben Haushalt leben, vor Eintritt von Leistungen nach dem AsylbLG aufzubrauchen. Nach dieser Vorschrift wären Kindergeldleistungen stets in voller Höhe auf die Leistungsansprüche nach dem AsylbLG anzurechnen. Die in § 7 Abs. 2 AsylbLG geregelten anrechnungsfreien Teile des Einkommens betreffen nur Einkommen aus Erwerbstätigkeit und die Aufwandsentschädigung nach § 5 Abs. 2 AsylbLG. Gemäß § 9 AsylbLG sind die §§ 44 bis 50 sowie §§ 102 bis 114 SGB X über

Erstattungsansprüche der Leistungsträger untereinander entsprechend anzuwenden. Ein nachträglich festgesetzter Anspruch auf Kindergeld führt deshalb unter den Voraussetzungen des § 104 SGB X zu einem Erstattungsanspruch des nachrangigen Leistungsträgers, der die Leistungen nach dem AsylbLG erbracht hat. Soweit ein Erstattungsanspruch besteht, gilt gemäß § 107 Abs. 1 SGB X der Anspruch des Berechtigten gegen den zur Leistung verpflichteten Leistungsträger als erfüllt. Im Anwendungsbereich des § 7 AsylbLG würde deshalb ein Anspruch auf Kindergeld in Bezug auf die Höhe des dem Leistungsberechtigten zur Verfügung stehenden Einkommens wirtschaftlich keinen Unterschied machen.

Keine Anwendung des § 7 AsylbLG, sondern der entsprechenden Regelungen des SGB XII

§ 7 AsylbLG ist jedoch nur für eine Anfangszeit des Bezugs von Leistungen nach dem AsylbLG anzuwenden. Nach § 2 AsylbLG ist abweichend von den §§ 3 bis 7 AsylbLG das BSHG bzw. ab 01.01.2005 das SGB XII auf Leistungsberechtigte entsprechend anzuwenden,

in der Fassung bis zum 31.05.1997:

wenn

1. über ihren Asylantrag zwölf Monate nach Antragstellung noch nicht unanfechtbar entschieden ist, solange sie nicht vollziehbar zur Ausreise verpflichtet sind (§ 1 Abs. 1 Nr. 2), oder
2. sie eine Duldung erhalten haben, weil ihrer freiwilligen Ausreise und ihrer Abschiebung Hindernisse entgegenstehen, die sie nicht zu vertreten haben.

in der Fassung bis zum 27.08.2007:

die über eine Dauer von insgesamt 36 Monaten, frühestens beginnend am 1. Juni 1997, Leistungen nach § 3 erhalten haben, wenn die Ausreise nicht erfolgen kann und aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen werden können, weil humanitäre, rechtliche oder persönliche Gründe oder das öffentliche Interesse entgegenstehen.

§ 3 AsylbLG regelt die zu gewährenden Grundleistungen.

in der Fassung ab 28.08.2007:

die über eine Dauer von insgesamt 48 Monaten Leistungen nach § 3 erhalten haben und die Dauer des Aufenthalts nicht rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst haben.

Das bedeutet: liegen die Voraussetzungen des § 2 AsylbLG vor, sind auch beim Bezug von Leistungen nach dem AsylbLG die Vorschriften des BSHG bzw. des SGB XII über die Anrechnung des Einkommens und über die vom Einkommen absetzbaren Beträge entsprechend anzuwenden; es handelt sich um eine umfassende Verweisung (Decker in Oestreicher, Loseblattkommentar zum SGB XII, Rdz. 37 ff. zu § 2 AsylbLG, Aufstellung über die entsprechend anzuwendenden Vorschriften des SGB XII Rdz. 53 zu § 2 AsylbLG).

Auch beim Bezug von Leistungen nach dem AsylbLG ist aufgrund der entsprechenden Anwendung der Vorschriften des SGB XII bzw. vormals des BSHG mithin denkbar, dass bei einem Anspruch des Leistungsberechtigten auf Kindergeld dieses nicht als Einkommen auf seinen Leistungsanspruch angerechnet wird, entsprechend kein Erstattungsanspruch eines nachrangigen Sozialleistungsträgers besteht und das Kindergeld tatsächlich wirtschaftlich der Förderung der Familie zugute kommt. Ferner ist denkbar, dass bei einem Anspruch auf Kindergeld dieses zumindest insoweit nicht als Einkommen anzurechnen ist und tatsächlich wirtschaftlich der Förderung der Familie zur Verfügung steht, soweit es für Aufwendungen für die in § 82 Abs. 2 Nr. 3 SGB XII (vormals § 76 Abs. 2 Nr. 3 BSHG) angeführten Versicherungen bzw. die dort angeführte Altersvorsorge tatsächlich verwendet.

Mit Urteil vom 18.07.2012 (1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11, BVerfGE 132, 134) hat das BVerfG entschieden, dass die Leistungen nach § 3 AsylbLG evident unzureichend und mit Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG unvereinbar sind. Für Leistungszeiträume bis 31.12.2010 hat das BVerfG die Vorschriften für weiter anwendbar erklärt. Für Leistungszeiträume ab 01.01.2011 hat das BVerfG die Bemessung der Leistungen im Wege einer an §§ 5-7 Regelbedarfs-Ermittlungsgesetz (RBEG) orientierten Übergangsregelung unter Fortschreibung gemäß §§ 138, 28a SGB 12 für nicht bestandskräftige Verwaltungsakte angeordnet.

Die gegenüber dem Kindergeld nachrangigen Leistungen nach dem AsylbLG sollen dazu dienen, das Existenzminimum zu decken. Hat ein nachrangig verpflichteter Sozialleistungsträger Leistungen erbracht, hat er gegen den vorrangig verpflichteten Sozialleistungsträger einen Erstattungsanspruch und entsprechend würde ein nachträglich festgesetzter Anspruch auf Kindergeld als erfüllt gelten (§ 74 Abs. 2 i.V.m. §§ 102 - 109, 111 bis 113 SGB X). Diese Regelungen tragen dem Umstand Rechnung, dass das Existenzminimum bereits durch die Leistungen des nachrangig verpflichteten Sozialleistungsträgers gesichert wurde. Für Leistungszeiträume ab 01.01.2011 mit dem Bezug von Leistungen nach § 3 AsylbLG, also nicht in entsprechender Anwendung der Vorschriften des SGB XII, folgt aus der Entscheidung des BVerfG, dass durch diese Leistungen das Existenzminimum nicht ausreichend gesichert wurde. Soweit darüber hinausgehend ein Anspruch auf Kindergeld - bis zur Grenze des Bedarfs nach §§ 5 - 7 RBEG - bestünde, kommt in Betracht, dass kein Erstattungsanspruch bzw. ein Anspruch auf Neubescheidung hinsichtlich der noch nicht ausreichend erbrachten, durch einen Anspruch auf Kindergeld erstmals entstehenden ausreichenden Leistungsansprüche besteht; das Kindergeld käme dann auch wirtschaftlich der Familie zugute.

Das BVerfG legt im Beschluss zur tatsächlichen Dauer des Aufenthalts bei den Leistungsberechtigten im Anwendungsbereich des AsylbLG dar (juris, Rdz. 11):

c) Im Jahr 2009 fand das Asylbewerberleistungsgesetz auf insgesamt annähernd 150.000 Menschen Anwendung (vgl. die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage verschiedener Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE vom 5. Februar 2010, BTDrucks 17/642, zum Stichtag des 31. Dezember 2009; vgl. auch BTDrucks 17/3160, S. 7 ff. zu den Stichtagen 30. Juni und 31. August 2010). Die tatsächliche Dauer des Aufenthalts in Deutschland variiert ausweislich der Daten aus dem Jahr 2009 bei den Leistungsberechtigten im Anwendungsbereich des Asylbewerberleistungsgesetzes stark. Über zwei Drittel von ihnen hielten sich seit über sechs Jahren in Deutschland auf. Insgesamt war 34.460 Personen

der Aufenthalt nach dem Asylverfahrensgesetz gestattet (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 AsylbLG); von ihnen waren 3.731 Personen (also 10,8 %) länger als sechs Jahre hier. Insgesamt 51.637 Menschen suchten Schutz vor einem Krieg in ihrem Heimatland (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 AsylbLG i.V.m. § 23 Abs. 1 AufenthG); von ihnen lebten die meisten (46.730 oder 90,5 %) länger als sechs Jahre in Deutschland. Aus humanitären Gründen (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 Var. 3 AsylbLG i.V.m. § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG) hielten sich insgesamt 8.428 Menschen in Deutschland auf, davon über die Hälfte (4.517 oder 53,6 %) länger als sechs Jahre. Dazu kamen 47.844 Menschen, denen eine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich war (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 Var. 6 AsylbLG i.V.m. § 25 Abs. 5 AufenthG), wovon die allermeisten (40.397 oder 84,4 %) bereits mehr als sechs Jahre in Deutschland lebten. Von den insgesamt 89.498 in Deutschland geduldeten Menschen waren 5.247 Personen nach § 60a Abs. 1 AufenthG geduldet (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG).

Zur Prognose der voraussichtlichen Aufenthaltsdauer führt das BVerfG aus:

Es liegt auch kein plausibler Beleg dafür vor, dass die vom Asylbewerberleistungsgesetz erfassten Leistungsberechtigten sich typischerweise nur für kurze Zeit in Deutschland aufhalten.

aa) Der Anwendungsbereich des Asylbewerberleistungsgesetzes ist seit 1993 mehrfach erweitert worden und umfasst heute Menschen mit einem sehr unterschiedlichen Aufenthaltsstatus (oben A I 2). Dieses Regelungskonzept geht davon aus, dass dies ein kurzfristiger und vorübergehender Aufenthalt sei (vgl. BTDrucks 13/2746, S. 11 und 13/3475, S. 2). Das wird jedoch der tatsächlichen Situation nicht gerecht. Der überwiegende Teil der Personen, die Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz erhalten, hält sich bereits länger als sechs Jahre in Deutschland auf (vgl. BTDrucks 17/642). Es liegen zwar keine Daten dazu vor, wie viele Personen aus einem ungesicherten Aufenthaltsstatus in ein gesichertes Aufenthaltsrecht wechseln und ebenso wenig dazu, wie viele binnen kurzer Zeit freiwillig das Land verlassen. Die Möglichkeit der Aufenthaltsverfestigung räumt der Gesetzgeber jedoch im Aufenthaltsrecht ausdrücklich ein. Unklar ist zudem, wie viele Menschen, wie die Klägerin im Ausgangsverfahren 1 BvL 2/11, die deutsche Staatsangehörigkeit erwerben. Die im Asylbewerberleistungsgesetz in der Festlegung des Kreises der Berechtigten in § 1 AsylbLG angelegte Vermutung, sie alle hielten sich nur kurzzeitig in Deutschland auf, ist vor diesem Hintergrund jedenfalls erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Selbst wenn die Prognose für die Anfangszeit des Aufenthalts der Betroffenen noch aus dem Aufenthaltsstatus abgeleitet werden könnte, ist es jedenfalls für die in § 2 Abs. 1 AsylbLG vorgesehene Dauer von mittlerweile vier Jahren des Leistungsbezugs und folglich einem eventuell auch längeren Aufenthalt nicht mehr gerechtfertigt, von einem nur kurzen Aufenthalt mit möglicherweise spezifisch niedrigem Bedarf auszugehen.

II.

Entscheidungserheblichkeit der Vorlage

Die Klage ist abzuweisen, wenn § 62 Abs. 2 EStG verfassungsgemäß ist. Ist § 62 Abs. 2 EStG verfassungswidrig, kommt zumindest in Betracht, dass eine Neuregelung zu einem Anspruch auf Kindergeld führen könnte.

Eine Entscheidungserheblichkeit liegt bereits mit „der bei bloßer Unvereinbarkeitserklärung notwendig werdenden weiteren Aussetzung des Verfahrens durch das Finanzgericht bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber“ vor (st. Rspr. BVerfG-Beschluss vom 29. September 1998, 2 BvL 64/93, BVerfGE 99, S. 69, 77, NJW 1999, S. 3112 mit weiteren Nachweisen). Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber den Verfassungsverstoß in einer die Klägerin begünstigenden Weise auflöst (vgl. BVerfG-Beschluss vom 17. April 2008, 2 BvL 4/05, BVerfGE 121, S. 108, 115 f., DStRE 2008, S. 1206). Erforderlich

und zugleich ausreichend ist, „dass die Verfassungswidrigkeitserklärung der Norm dem Kläger des Ausgangsverfahrens die Chance offen hält, eine für ihn günstige Regelung durch den Gesetzgeber zu erreichen. Die Entscheidungserheblichkeit ist damit in der Regel schon dann zu bejahen, wenn der Gesetzgeber den Gleichheitsverstoß auf verschiedenen Wegen heilen kann und eine der dem Gesetzgeber möglichen Entscheidungsvarianten den - bis dahin weiter ausgesetzten - Prozess in Richtung einer für den betroffenen Grundrechtsträger günstigen Entscheidung beeinflusst. Dabei spielt es keine Rolle, dass im Falle einer Unvereinbarerklärung das Bundesverfassungsgericht gemäß § 35 BVerfGG die weitere Anwendung des bisherigen Rechts anordnen kann" (st. Rspr. BVerfG, Beschluss vom 17. April 2008, 2 BvL 4/05, BVerfGE 121, S. 108, 116, DStRE 2008, S. 1206 mit weiteren Nachweisen). Eine grundrechtskonforme Regelung vermag der Gesetzgeber etwa in der Form zu erreichen, als er die Regelungen über die zusätzlichen Anspruchsvoraussetzungen für Ausländer aufhebt oder andere – bei ihrer Anwendung für die Klägerin günstigere – Regelungen trifft.

Die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für eine Sachentscheidung durch das Finanzgericht liegen vor.

Der am ...2005 bei der Familienkasse eingegangene Antrag des Klägers bezog sich auch auf die Zukunft. Die Familienkasse hat den Antrag des Klägers auch entsprechend ausgelegt, wie die mit dem Bescheid vom ... 2007 erfolgte Festsetzung des Kindergeldes für die Zeit von ... 2003 bis Mai 2007 und die Erklärung der Familienkasse über die dadurch erfolgte Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache zeigt.

Die Voraussetzungen der Abgabenordnung (AO) für einen zulässigen Einspruch (Einspruchsfrist § 355 AO, Form der Einlegung des Einspruchs § 357 AO) gegen den Ablehnungsbescheid der Familienkasse vom ... 2005 sind erfüllt. Der Kläger hat rechtzeitig, nämlich innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Ablehnungsbescheids, schriftlich bei der Familienkasse Einspruch eingelegt; soweit dieser im Schreiben der Prozessbevollmächtigten als Widerspruch bezeichnet worden ist, schadet die unrichtige Bezeichnung nicht gemäß § 357 Abs. 1 AO. Auch gegen den Ablehnungsbescheid der Familienkasse vom ...2005 hat der Kläger rechtzeitig, nämlich innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Ablehnungsbescheids, schriftlich bei der Familienkasse Einspruch eingelegt.

Die Voraussetzungen einer zulässigen Klage (Klagefrist § 47 Finanzgerichtsordnung - FGO -, Inhalt der Klageschrift § 65 FGO) liegen vor. Die Einspruchsentscheidung enthält keinen der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) entsprechenden ordnungsgemäßen Vermerk über das Datum der Aufgabe zur Post (vgl. hierzu Pahlke in Pahlke/Koenig, Kommentar zur AO, 2. Aufl. 2009, Rdz. 56 zu § 122 AO mit Nachweis der BFH-Rechtsprechung). Wird (zu Lasten des Klägers) das Datum der Einspruchsentscheidung (...2006) als Datum der Aufgabe zur Post unterstellt, gilt die Einspruchsentscheidung gemäß § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO als am ...2006 bekanntgegeben. Da der ...2006 ein Samstag war, lief die einmonatige Klagefrist am Montag, ... 2006, ab (§ 54 Abs. 2 FGO in Verbindung mit - i.V.m. - § 222 Abs. 2 Zivilprozessordnung - ZPO -). Die Klage ist am ...2006 bei Gericht eingegangen und somit rechtzeitig. Die Klageschrift enthält die gemäß § 65 FGO erforderlichen Angaben. Die Prozessbevollmächtigten haben ihre Bevollmächtigung durch eine von dem

Kläger unterschriebene Vollmacht belegt. Die aktuelle ladungsfähige Anschrift des Klägers steht fest.

Bei Anwendung der Regelung des § 62 Abs. 2 EStG hat der Kläger im Streitzeitraum materiell-rechtlich keinen Anspruch auf Kindergeld; ein Anspruch auf Kindergeld nach anderen Vorschriften (etwa zwischenstaatlichen Abkommen, aufgrund europarechtlicher Regelungen oder aufgrund der Eigenschaft als anerkannter Flüchtling nach der Genfer Flüchtlingskonvention) besteht ebenfalls nicht. Der Kläger war zwar im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis im Sinne des § 62 Abs. 2 Nr. 2c EStG, die ihn zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigte (Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG). Diese Aufenthaltserlaubnis berechtigt aber nur bei Vorliegen der in § 62 Abs. 2 Nr. 3 a und b EStG genannten Voraussetzungen zum Anspruch auf Kindergeld. Der Kläger erfüllt zwar die Voraussetzung des § 62 Abs. 2 Nr. 3a EStG, weil er sich vor dem Streitzeitraum seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufgehalten hatte. Er erfüllt jedoch nicht die Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3b EStG, weil er im Streitzeitraum nicht im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig war, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch bezog oder Elternzeit in Anspruch nahm.

Aus der niedrigen Höhe der Einkünfte der Familie folgt, dass der Bezug des Kindergeldes für den streitigen Zeitraum günstiger wäre als der steuerliche Abzug der Kinderfreibeträge.

Eine verfassungskonforme Auslegung des § 62 Abs. 2 EStG, die zu einem Anspruch des Klägers auf Kindergeld führen würde, ist nicht möglich, weil die gesetzliche Regelung eindeutig ist.

Eine Festsetzung des Kindergeldes aus Billigkeitsgründen (§ 163 AO i.V.m. § 155 Abs. 4 AO) ist ebenfalls ausgeschlossen. Gemäß § 163 Satz 1 AO können Steuern niedriger - bzw. gemäß § 155 Abs. 4 AO entsprechend Steuervergütungen - festgesetzt werden, und einzelne Besteuerungsgrundlagen, die die Steuern erhöhen, können bei der Festsetzung der Steuer unberücksichtigt bleiben, wenn die Erhebung der Steuer nach Lage des einzelnen Falls unbillig wäre. Die Entscheidung über eine Festsetzung aus Billigkeitsgründen ist eine Entscheidung zur Vermeidung unbilliger Härten, die sich im Einzelfall (ausnahmsweise) ergeben.

Nach der Rechtsprechung des BFH ist „sachlich unbillig ... die Festsetzung oder Einziehung einer Steuer,“ hier: die Ablehnung der Festsetzung einer Steuervergütung - „wenn sie zwar äußerlich dem Gesetz entspricht, aber den Wertungen des Gesetzgebers im konkreten Fall derart zuwiderläuft, dass die Erhebung der Steuer als unbillig erscheint Sachliche Gründe sind danach gegeben, wenn nach dem erklärten oder mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers angenommen werden kann, dass er die im Billigkeitswege zu entscheidende Frage --hätte er sie geregelt-- im Sinne der beantragten Billigkeitsmaßnahme entschieden hätte Dagegen rechtfertigen Härten, die dem Besteuerungszweck entsprechen und die der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung eines Tatbestandes bewusst in Kauf genommen hat, einen Billigkeitserlass nicht, sondern sind allenfalls durch eine Gesetzeskorrektur zu beheben“ (BFH-Urteil vom 25.01.1996, IV R 91/94, BFHE 180,61, BStBl II 1996, 289 mit umfangreichen weiteren Nachweisen).

Der Gesetzgeber hat bewusst durch die Regelungen in § 62 Abs. 2 EStG in der Fassung des Gesetzes vom 13.12.2006 in Abhängigkeit vom jeweiligen Aufenthaltsstatus einzelne nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer vom Anspruch auf Kindergeld gänzlich ausgenommen bzw. zum Teil vom Vorliegen weiterer Voraussetzungen abhängig gemacht. Die Voraussetzungen einer von der gesetzlichen Regelung abweichenden Festsetzung des Kindergeldes aus Billigkeitsgründen liegen deshalb nicht vor.

III.

Verfassungsrechtliche Beurteilung des vorlegenden Gerichts

Das Gericht ist davon überzeugt, dass der teilweise Ausschluss von Ausländern vom Anspruch auf Kindergeld bzw. dessen Abhängigkeit von weiteren Voraussetzungen in § 62 Abs. 2 EStG in der Fassung des Gesetzes vom 13.12.2006 verfassungswidrig ist, weil die Regelung - in vielfacher Weise - nicht folgerichtig ist, zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung führt und damit Art. 3 Abs. 1 GG verletzt. Des Weiteren benachteiligt die Regelung in § 62 Abs. 2 Nr. 3b EStG, der bei bestimmten in § 62 Abs. 2 Nr. 2 c EStG genannten Aufenthaltstiteln den Anspruch auf Kindergeld von einer Erwerbstätigkeit, dem Bezug von laufenden Geldleistungen nach dem SGB III oder der Inanspruchnahme von Elternzeit abhängig macht, Frauen gegenüber Männern, soweit Frauen aufgrund rechtlicher oder tatsächlicher Umstände der Mutterschaft diese Voraussetzungen nicht oder schwerer erfüllen können. Dies gilt insbesondere in dem Zeitraum, in dem ein Bezug von Eltern- und Betreuungsgeld möglich ist. Die Regelung verstößt damit gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Der verfassungsrechtliche Schutz der Familie und das Elternrecht in seiner Schutz- und Förderdimension (Art. 6 Abs. 1 und 2 GG) sind betroffen.

Das allgemeine Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG verlangt, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln und wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfG-Beschlüsse vom 21. Juni 2006, 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, S. 164, 180, DStR 2006, S. 1316; vom 7. November 2006, 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, S. 1, 30, DStR 2007, S. 235; vom 15. Januar 2008, 1 BvL 2/04, BVerfGE 120, S. 1, 29, DStRE 2008, S. 1003; vom 21. Juli 2010, 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07, BVerfGE 126, S. 400, 416, DStR 2010, S. 1721; vom 7. Februar 2012, 1 BvL 14/07, BVerfGE 130, S. 240, 252 f., NJW 2012, S. 1711; vom 19. Juni 2012, 2 BvR 1397/09, FamRZ 2012, S. 1472; vom 18. Juli 2012, 1 BvL 16/11, NJW 2012, S. 2722; vom 7. Mai 2013 2 BvR 909/06, 2 BvR 1981/06, 2 BvR 288/07, Rn. 73 ff., juris). Er gilt für ungleiche Belastungen wie auch für ungleiche Begünstigungen (vgl. BVerfG-Beschlüsse vom 9. Dezember 2008, 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08, BVerfGE 122, S. 210, 230, DStR 2008, S. 2460; vom 17. November 2009, 1 BvR 2192/05, BVerfGE 125, S. 1, 17, DStR 2010, S. 434; vom 7. Februar 2012, 1 BvL 14/07, BVerfGE 130, S. 240, 252 f., NJW 2012, S. 1711; vom 7. Mai 2013 2 BvR 909/06, 2 BvR 1981/06, 2 BvR 288/07, Rn. 73 ff., juris). Verboten ist daher auch ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss, bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis aber vorenthalten wird (vgl. BVerfG-Beschlüsse vom 21. Juli 2010, 1 BvR 611/07, 1 BvR 2467/07, BVerfGE 126, S. 400, 416; vom 7. Juli 2009, 1 BvR 1164/07, BVerfGE 124, S. 199, 218, NJW 2010, S. 1439; vom 19. Juni 2012, 2 BvR

1397/09, FamRZ 2012, S. 1472; Beschluss vom 18. Juli 2012, 1 BvL 16/11, NJW 2012, S. 2722).

Aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (vgl. BVerfG-Beschlüsse vom 15. Januar 2008, 1 BvL 2/04, BVerfGE 120, S. 1, 29, DStRE 2008, 1003; vom 14. Oktober 2008, 1 BvR 2310/06, BVerfGE 122, S. 39, 52, NJW 2009, S. 209; vom 17. November 2009, 1 BvR 2192/05, BVerfGE 125, S. 1, 17, DStR 2010, S. 434; vom 7. Februar 2012, 1 BvL 14/07, BVerfGE 130, S. 240, 253, NJW 2012, S. 1711; Beschluss vom 18. Juli 2012, 1 BvL 16/11, NJW 2012, S. 2722; vom 7. Mai 2013 2 BvR 909/06, 2 BvR 1981/06, 2 BvR 288/07, Rn. 75, juris). Der Grundsatz der gleichen Zuteilung steuerlicher Lasten (vgl. BVerfG-Beschlüsse vom 15. Januar 2008 1 BvL 2/04, BVerfGE 120, S. 1, 44, DStRE 2008, 1003; vom 17. November 2009, 1 BvR 2192/05, BVerfGE 125, S. 1, 17 f., DStR 2010, S. 434) verlangt eine gesetzliche Ausstattung der Steuer, die den Steuergegenstand in den Blick nimmt und mit Rücksicht darauf eine gleichheitsgerechte Besteuerung des Steuerschuldners sicherstellt. Die Besteuerung nach der (wirtschaftlichen) Leistungsfähigkeit ist ein grundsätzliches Gebot der Steuergerechtigkeit. Dies gilt insbesondere für die Einkommensteuer (BVerfG-Beschluss vom 23. November 1976, 1 BvR 150/75, BVerfGE 43, S. 108, 120, DStR 1977, 51 m. w. N.; Urteil vom 3. November 1982, 1 BvR 620/78, 1 BvR 1335/78, 1 BvR 1104/79, 1 BvR 363/80, BVerfGE 61, S. 319, 343 f.; Beschlüsse vom 29. Mai 1990, 1 BvL 20/84, 1 BvL 26/84, 1 BvL 4/86, BVerfGE 82, S. 60, 86, BStBl. II 1990, S. 653; vom 7. November 2006, 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, S. 1, 30, DStR 2007, S. 235). Denn das moderne Einkommensteuerrecht ist auf die Leistungsfähigkeit des einzelnen Steuerpflichtigen hin angelegt (BVerfG-Beschlüsse vom 17. Januar 1957, 1 BvL 4/54, BVerfGE 6, S. 55, 67, NJW 1957, 417; vom 14. April 1959, 1 BvL 23/57, 1 BvL 34/57, BVerfGE 9, S. 237, 243; Urteil vom 24. Januar 1962, 1 BvL 32/57, BVerfGE 13, S. 290, 297, NJW 1962, 437; Beschlüsse vom 3. April 1962, 1 BvL 35/57, BVerfGE 14, S. 34, 41; vom 2. Oktober 1969, 1 BvL 12/68, BVerfGE 27, S. 58, 64; vom 9. Februar 1972, 1 BvL 16/69, BVerfGE 32, S. 333, 339, BStBl. II 1972, S. 408; vom 2. Oktober 1973, 1 BvR 345/73, BVerfGE 36, S. 66, 72, BStBl. II 1973, S. 878; vom 11. Oktober 1977, 1 BvR 343/73, 1 BvR 83/74, 1 BvR 183/75, 1 BvR 428/75, BVerfGE 47, S. 1, 29, BStBl. II 1978, S. 174). Der Gesetzgeber hat es als „das Prinzip der Steuergerechtigkeit“ bezeichnet, wonach jeder Bürger „nach Maßgabe seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit mit Steuern zu belasten“ ist (BT-Drs. 7/1470 vom 9. Januar 1974, S. 211 f.).

Das Gebot der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit wie das Gebot der Folgerichtigkeit begrenzen die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers (BVerfG-Urteil vom 6. März 2002, 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, S. 73, 125, BStBl. II 2002, S. 618; Beschlüsse vom 4. Dezember 2002, 2 BvR 400/98, 2 BvR 1735/00, BVerfGE 107, S. 27, 46, DStR 2003, S. 633; vom 8. Juni 2004, 2 BvL 5/00, BVerfGE 110, S. 412, 433; vom 21. Juni 2006, 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, S. 164, 180, DStR 2006, S. 1316; vom 7. November 2006, 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, S. 1, 30, DStR 2007, S. 235; vom 21. Juli 2010, 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07, BVerfGE 126, S. 400, 416 f., DStR 2010, S. 1721; Beschluss vom 18. Juli 2012, 1 BvL 16/11, NJW 2012, S.

2722). Im Interesse der verfassungsrechtlich gebotenen steuerlichen Lastengleichheit muss darauf abgezielt werden, Steuerpflichtige bei gleicher Leistungsfähigkeit auch gleich hoch zu besteuern (horizontale Steuergerechtigkeit), während (in vertikaler Richtung) die Besteuerung höherer Einkommen im Vergleich mit der Besteuerung niedrigerer Einkommen angemessen ausgestaltet werden muss (vgl. BVerfG-Beschlüsse vom 4. Dezember 2002, 2 BvR 400/98, 2 BvR 1735/00, BVerfGE 107, S. 27, 47, DStR 2003, S. 633; vom 16. März 2005, 2 BvL 7/00, BVerfGE 112, S. 268, 279, DStR 2005, S. 958 jeweils mit weiteren Nachweisen; vom 21. Juni 2006, 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, S. 164, 180, DStR 2006, S. 1316). Ausnahmen von dem geltenden Gebot gleicher Besteuerung bei gleicher finanzieller Leistungsfähigkeit bedürfen eines besonderen sachlichen Grundes (vgl. BVerfG-Beschlüsse vom 30. September 1998, 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, S. 88, 95, DStR 1998, S. 1743; vom 11. November 1998, 2 BvL 10/95, BVerfGE 99, S. 280, 290, BStBl. II 1999, S. 502; Urteil vom 6. März 2002, 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, S. 73, 126, BStBl. II 2002, S. 618; Beschlüsse vom 4. Dezember 2002, 2 BvR 400/98, 2 BvR 1735/00, BVerfGE 107, S. 27, 47, BStBl. II 2003, S. 534; vom 21. Juni 2006, 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, S. 164, 180 f., DStR 2006, S. 1316; vom 7. November 2006, 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, S. 1, 31, DStR 2007, S. 235; vom 15. Januar 2008, 1 BvL 2/04, BVerfGE 120, S. 1, 45, DStRE 2008, S. 1003; vom 17. November 2009, 1 BvR 2192/05, BVerfGE 125, S. 1, 17 f., DStR 2010, S. 434; vom 21. Juli 2010, 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07, BVerfGE 126, S. 400, 416 f., DStR 2010, S. 1721; Beschluss vom 18. Juli 2012, 1 BvL 16/11, NJW 2012, S. 2722).

Eine sachliche Rechtfertigung kann insbesondere durch ein nichtfiskalisches Förderungs- oder Lenkungsziel aus Gründen des Allgemeinwohls (vgl. BVerfG-Beschlüsse vom 22. Juni 1995, 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, S. 121, 147, BStBl. II 1995, S. 655; vom 11. November 1998, 2 BvL 10/95, BVerfGE 99, S. 280, 296, BStBl. II 1999, S. 502; Urteil vom 6. März 2002, 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, S. 73, 112, BStBl. II 2002, S. 618; Beschluss vom 21. Juni 2006, 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, S. 164, 182, DStR 2006, S. 1316; vom 7. November 2006, 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, S. 1, 31, DStR 2007, S. 235), durch Vereinfachungs- und Typisierungszwecke (BVerfG-Beschlüsse vom 8. Oktober 1991, 1 BvL 50/86, BVerfGE 84, S. 348, 359, NJW 1992, S. 423 mit weiteren Nachweisen; vom 11. November 1998, 2 BvL 10/95, BVerfGE 99, S. 280, 290, BStBl. II 1999, S. 502; Urteil vom 6. März 2002, 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, S. 73, 127, BStBl. II 2002, S. 618; Beschlüsse vom 21. Juni 2006, 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, S. 164, 182 f., DStR 2006, S. 1316; vom 7. November 2006, 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, S. 1, 31, DStR 2007, S. 235) oder eine beabsichtigte Kompensation von Vor- und Nachteilen (Hey, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl. 2013, § 3 Rn. 129 mit weiteren Nachweisen) erfolgen.

Art. 3 Abs. 1 GG verwehrt dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung. Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind (vgl. BVerfGE 124, 199 <220>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 21. Juni 2011 - 1 BvR 2035/07 -, juris Rn. 77, Beschluss vom 7. Februar 2012 - 1 BvL 14/07, BVerfGE 130,240). Der allgemeine Gleichheitssatz garantiert "allen Menschen" die Gleichbehandlung vor dem Gesetz und steht damit auch Ausländern zu (BVerfGE 30, 409 <412>). Der hierbei zu berücksichtigende Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG von Ehe und Familie enthält keine Beschränkung auf Deutsche (vgl. BVerfG vom 6. Juli

2004, 1 BvL 4/97, BVerfGE 111,160, BVerfGE 111, 176 <184>, BVerfGE 31, 58 <67>; 51, 386 <396>; 62, 323 <329>). Art. 3 Abs. 1 GG verwehrt dem Gesetzgeber indessen nicht jede Ungleichbehandlung von Deutschen und Ausländern. Es ist dem Gesetzgeber nicht generell untersagt, nach der Staatsangehörigkeit zu differenzieren (vgl. BVerfGE 116, 243 <259>). Nach dem allgemeinen Gleichheitssatz bedarf es für die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit als Unterscheidungsmerkmal jedoch eines hinreichenden Sachgrundes. Dass die Staatsangehörigkeit kein generell unzulässiges Differenzierungsmerkmal ist, bedeutet nicht umgekehrt, dass eine grundlose Ungleichbehandlung von Ausländern und Deutschen vor Art. 3 Abs. 1 GG Bestand haben könnte (vgl. Gundel, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 198 Rn. 86; Rübner, in: Bonner Kommentar zum GG, Bd. I <Stand Dezember 2011>, Art. 3 Abs. 1 Rn. 136; vgl. auch EGMR, Urteil vom 16. September 1996 - 17371/90 -, Rn. 42, Gaygusuz v. Österreich; Urteil vom 30. September 2003 - 40892/98 -, Rn. 46, Poirrez v. Frankreich). Die Entscheidung des Verfassungsgebers, den allgemeinen Gleichheitssatz als Menschenrecht auszugestalten, das nicht auf Deutsche beschränkt ist, liefe ansonsten ins Leere und verlöre damit ihren Sinn (BVerfG vom 7. Februar 2012, 1 BvL 14/07, BVerfGE 130,240).

Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen an den die Ungleichbehandlung tragenden Sachgrund ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können (vgl. BVerfGE 117, 1 <30>; 122, 1 <23>; 126, 400 <416> m.w.N.; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 21. Juni 2011 - 1 BvR 2035/07 -, juris Rn. 77). Dem Gesetzgeber kommt im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit für die Abgrenzung der begünstigten Personenkreise grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum zu (vgl. BVerfGE 99, 165 <178>; 106, 166 <175 f.>; 111, 176 <184>). Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich allerdings aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben (vgl. BVerfGE 88, 87 <96>; 111, 176 <184>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 21. Juni 2011 - 1 BvR 2035/07 -, juris Rn. 78). Zudem verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen, je weniger die Merkmale, an die die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind (vgl. BVerfGE 88, 87 <96>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 21. Juni 2011 - 1 BvR 2035/07 -, juris Rn. 78) oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern (vgl. BVerfGE 88, 87 <96>; 124, 199 <220>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 21. Juni 2011 - 1 BvR 2035/07 -, juris Rn. 78, BVerfG vom 7. Februar 2012, 1 BvL 14/07, BVerfGE 130, 240, vom 6. Juli 2004, 1 BvL 4/97, BVerfGE 111,160, vom 6. Juli 2004, 1 BvR 2515/95, BVerfGE 111,176).

Im Fall der Ungleichbehandlung von Personengruppen besteht regelmäßig eine strenge Bindung des Gesetzgebers an die Erfordernisse des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes; dies gilt auch dann, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten (nur) mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt (vgl. BVerfGE 101, 54 <101>; 103, 310 <319>; 110, 274 <291>; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. Juni 2012 - 2 BvR 1397/09 -, juris, Rn. 55).

Eine Norm verletzt danach den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, wenn durch sie eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten verschieden behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 55, 72 <88>; 84, 197 <199>; 100, 195 <205>; 107, 205 <213>; 109, 96 <123>; 110, 274 <291>; 124, 199 <219 f.>; 126, 400 <418>; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. Juni 2012 - 2 BvR 1397/09 -, juris, Rn. 56; stRspr, BVerfG vom 7. Februar 2012, 1 BvL 14/07, BVerfGE 130, 240).

Das Kindergeld ist Teil der Einkommensteuer. Es unterliegt in seiner Doppelfunktion als Steuervergütung und Leistung zur Förderung der Familie gemäß § 31 EStG dem angeführten verfassungsrechtlichen Maßstab.

Soweit das Kindergeld nicht zur einkommensteuerlichen Freistellung erforderlich ist, dient es gemäß § 31 EStG der Förderung der Familie. Das Kindergeld soll damit nicht nur dem Kindergeldberechtigten, sondern der gesamten Familie - insbesondere auch den Kindern, an deren Vorhandensein es anknüpft - dienen. Wird einer Familie Kindergeld gezahlt, einer anderen hingegen nicht, benachteiligt das im Ergebnis nicht nur den Elternteil, der kein Kindergeld erhält, sondern auch die Kinder. Damit ist das Grundrecht auf Schutz der Familie gemäß Art. 6 Abs. 1 GG betroffen.

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. (BVerfG, Beschluss vom 06.07.2004 (1 BvL 4/97, BVerfGE 111,160).

Zur Regelung des § 1 Abs. 3 BKGG führt das BVerfG in seinem Beschluss vom 06.07.2004 (1 BvL 4/97) aus:

„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.

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 Ausführungen gelten in gleicher Weise für die Regelung des einkommensteuerlichen Kindergeldes in § 62 Abs. 2 EStG. Auch im Bereich des einkommensteuerlichen Kindergeldes wird die verminderte finanzielle Leistungsfähigkeit derjenigen Familien, die nicht oder nicht in vollem Umfang von den Kinderfreibeträgen profitieren, aber auch nicht ausschließlich von Sozialhilfe leben, und die keinen Anspruch auf Kindergeld

haben, nicht berücksichtigt.

Eine Differenzierung im Bereich des Kindergeldes bedarf daher eines besonderen Rechtfertigungsgrundes, dabei ist einzubeziehen, dass die Regelung nicht nur die Eltern, sondern auch das Wohl der Kinder betrifft. Aus Sicht des Kindes macht es keinen Unterschied, welchen rechtlichen Aufenthaltsstatus sein Elternteil hat; für das Kind kommt es darauf an, in welchem Umfang eine Förderung der Familie erfolgen und damit auch ihm zugute kommen kann.

Der Kläger gehört zu der vom BVerfG in seinem Beschluss vom 06.07.2004 (1 BvL 4/97) angesprochenen Gruppe der Familien, die in dem einkommensteuerlichen Veranlagungszeitraum, in dem der Streitzeitraum liegt, nicht oder nicht in vollem Umfang von den steuerrechtlich vorgesehenen Kinderfreibeträgen profitierten, gleichzeitig aber auch nicht ausschließlich von Sozialhilfe leben mussten und deren verminderte finanzielle Leistungsfähigkeit damit nicht berücksichtigt wurde.

Der Kläger gehört ferner zu der Gruppe der vom Beschluss des BVerfG zum Erziehungs- bzw. Elterngeld vom 10.07.2012 (1 BvL 2/10 u.a., a.a.O.) umfassten Personen mit einem Aufenthaltstitel gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG, die nach der mit den für das Erziehungs- bzw. Elterngeld geltenden Regelungen wortgleichen Regelung des § 62 Abs. 2 Nr. 2c i.V.m. Nr. 3b EStG einen Anspruch auf Kindergeld nur haben, wenn sie die dort genannten zusätzlichen Voraussetzungen erfüllen.

Für den Bereich des Erziehungs- und Elterngeldes hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 10.07.2012 (1 BvL 2/10 u.a., a.a.O.) unter C I 3 ausgeführt, dass die durch die mit § 62 Abs. 2 Nr. 2c i.V.m. Nr. 3b EStG wortgleichen Regelungen des BErzGG bzw. des BEEG bewirkte Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt ist. Die Regelungen benachteiligten die betroffenen ausländischen Eltern in verfassungswidriger Weise (Art. 3 Abs. 1 GG). Sie verwehrten Inhabern humanitärer Aufenthaltstitel, die die in den Vorschriften genannten Merkmal der Arbeitsintegration nicht erfüllten, eine Leistung, die andere Eltern mit identischem Aufenthaltstitel erhalten.

Zur Überzeugung des vorlegenden Gerichts gelten die Ausführungen des BVerfG zu der Frage, ob die Regelung in § 1 Abs. 6 Nr. 3b BErzGG bzw. des § 1 Abs. 7 Nr. 3c BEEG als Abgrenzungskriterium für die Bestimmung eines voraussichtlich dauerhaften Aufenthalts geeignet ist, nicht nur für das Erziehungs- bzw. Elterngeld, sondern in gleicher Weise für die wortgleiche Vorschrift des § 62 Abs. 2 Nr. 2c i.V.m. 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 Art. 6 Abs. 1 GG und das durch Art. 6 Abs. 2 GG geschützte und nicht auf Deutsche beschränkte Elternrecht.

Das vorliegende Gericht hält es für einen Wertungswiderspruch und für nicht folgerichtig, wenn nach der Entscheidung des BVerfG vom 10.07.2012, die die besonderen Anspruchsvoraussetzungen des § 1 Abs. 6 Nr.

3b BErzGG bzw. des § 1 Abs. 7 Nr. 3 b BEEG für nichtig erklärt hat, Eltern einen Anspruch nach dem BErzGG bzw. nach dem BEEG ohne Erfüllung der zusätzlichen - wortgleich in § 62 Abs. 2 Nr. 2c i.V.m. Nr. 3b EStG geregelten - Voraussetzungen haben, nicht jedoch auf Kindergeld. Auch Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG werden dadurch verletzt.

Das BVerfG führt unter C I 3 des Beschlusses u.a. aus:

"I.

Die in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG vorgenommene Unterscheidung benachteiligt die betroffenen ausländischen Eltern in verfassungswidriger Weise (Art. 3 Abs. 1 GG).

1. Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfGE 98, 365 <385>; stRspr). Er gilt sowohl für ungleiche Belastungen als auch für ungleiche Begünstigungen (vgl. BVerfGE 79, 1 <17>; 126, 400 <416>; 129, 49 <68> m.w.N.). Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können. Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 129, 49 <68 f.>).

2. Die vorgelegten Regelungen führen zu einer ungleichen Begünstigung. Gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG steht Personen mit den in § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe c BErzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 2 Buchstabe c BEEG genannten Aufenthaltstiteln Erziehungs- oder Elterngeld nur dann zu, wenn sie im Bezugszeitraum berechtigt erwerbstätig sind, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch beziehen oder Elternzeit in Anspruch nehmen. Erfüllen die Betroffenen keine der drei Voraussetzungen, erhalten sie kein Erziehungs- oder Elterngeld und sind insoweit insbesondere schlechter gestellt als Personen mit identischem Aufenthaltstitel, die einen der drei in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG genannten Bezüge zum Arbeitsmarkt vorweisen können.

3. Diese Ungleichbehandlung ist nicht gerechtfertigt.

a) Die in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG genannten Voraussetzungen dienen einem grundsätzlich legitimen Ziel.

...

bb) Nach der Intention des Gesetzgebers dienen die in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG genannten Voraussetzungen jedoch dazu, Erziehungsgeld oder Elterngeld nur jenen ausländischen Staatsangehörigen zu gewähren, die sich voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhalten (BTDrucks 16/1368, S. 8). Grundsätzlich kann die unterschiedliche Bleibedauer in Deutschland eine ungleiche Behandlung rechtfertigen (vgl. BVerfGE 111, 160 <174>; 111, 176 <185>), ohne dass allerdings das Fehlen eines dauerhaften Aufenthalts automatisch jede Differenzierung hinsichtlich der Gewährung von Sozialleistungen legitimieren könnte (vgl. BVerfGE 116, 229 <239 f.>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 7. Februar 2012 - 1 BvL 14/07 -, a.a.O.). Erziehungs- und Elterngeld ausschließlich den Eltern zu gewähren, die voraussichtlich dauerhaft in Deutschland bleiben, verfolgt indes einen legitimen Zweck, soweit der Gesetzgeber mit diesen Leistungen eine nachhaltige Bevölkerungsentwicklung in Deutschland fördern will, weil dieses Ziel bei Gewährung an Personen, die das Bundesgebiet bald wieder verlassen, verfehlt würde.

b) Die vom Gesetzgeber gewählten Differenzierungskriterien bestimmen den Kreis der Leistungsberechtigten aber jedenfalls nicht in geeigneter Weise, weil sich die Aufenthaltsdauer der Betroffenen nicht mittels der verwendeten Kriterien vorhersagen lässt. Die beschäftigungsbezogenen Voraussetzungen nach § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG bilden weder für sich genommen noch zusammen mit dem Umstand, dass alle Betroffenen ihr Aufenthaltsrecht

aus einer humanitären Aufenthaltserlaubnis ableiten (§ 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe c BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 2 Buchstabe c BEEG), eine hinreichende Grundlage für eine Prognose über die Dauer des Aufenthalts in Deutschland und eignen sich damit nicht als Abgrenzungskriterien für den Bezug der hier in Rede stehenden Leistungen.

aa) Allein die in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG vorausgesetzte Inhaberschaft einer in § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe c BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 2 Buchstabe c BEEG genannten Aufenthaltserlaubnis ist kein hinreichendes Indiz für das Fehlen einer dauerhaften Aufenthaltsperspektive. Diese Aufenthaltserlaubnisse sind im 5. Abschnitt des Aufenthaltsgesetzes geregelt und werden schutzsuchenden Personen aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen erteilt. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits hinsichtlich der diesen humanitären Aufenthaltserlaubnissen ähnelnden Aufenthaltserlaubnis nach dem früher geltenden Ausländergesetz festgestellt, die formale Art des Aufenthaltstitels allein eigne sich nicht als Grundlage einer Prognose über die Dauer des Aufenthalts in Deutschland (vgl. BVerfGE 111, 176 <185>; siehe auch BVerfGE 111, 160 <174 f.>). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat sich dem in einer Entscheidung zum deutschen Kindergeldrecht ausdrücklich angeschlossen (EGMR, Urteil vom 25. Oktober 2005 - 59140/00 - Okpisz v. Deutschland, NVwZ 2006, S. 917 <918>). Es besteht kein Grund, von dieser Einschätzung abzuweichen.

Gegen einen Schluss vom Vorliegen eines Aufenthaltstitels im Sinne des § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe c BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 2 Buchstabe c BEEG auf die fehlende Bleibeperspektive sprechen vor allem die gesetzlichen Verlängerungs- und Verfestigungsmöglichkeiten dieser Aufenthaltserlaubnisse. Sie werden zwar nur befristet erteilt und dürfen nicht verlängert werden, wenn das Ausreisehindernis oder die sonstigen einer Aufenthaltsbeendigung entgegenstehenden Gründe entfallen sind (§ 26 Abs. 1 und 2 AufenthG). Bestehen die humanitären, politischen oder völkerrechtlichen Aufenthaltsgründe fort, kommt jedoch bei fast allen betroffenen Aufenthaltstiteln eine Verlängerung in Betracht (§ 26 Abs. 1 AufenthG). Die Verlängerung ist uneingeschränkt wiederholbar. Nach sieben Jahren ist darüber hinaus die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis möglich, womit die dauerhafte Verfestigung des Aufenthaltsrechts eintritt (§ 26 Abs. 4 AufenthG). Damit ist grundsätzlich jede der in § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe c BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 2 Buchstabe c BEEG genannten Aufenthaltserlaubnisse - abgesehen von der bislang nicht erteilten Aufenthaltserlaubnis nach § 24 AufenthG (vgl. Dienelt, in: Renner, Ausländerrecht, 9. Aufl. 2011, § 24 Rn. 10) - einer Verfestigung zugänglich. Die Wahrscheinlichkeit, dass es zu einer Verfestigung kommt, ist in den von § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG betroffenen Konstellationen auch insofern nicht gering, als wegen der in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe a BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe a BEEG vorausgesetzten Vorwohndauer von drei Jahren bereits ein nicht unerheblicher Teil der siebenjährigen Mindestzeit nach § 26 Abs. 4 AufenthG verstrichen ist.

bb) Auch die in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG genannten Voraussetzungen bilden keine hinreichende Grundlage für eine Prognose über die zu erwartende Aufenthaltsdauer. Zwischen den aufgeführten Bedingungen und der Bleibedauer besteht kein rechtlich relevanter Zusammenhang.

(1) Die drei in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG genannten Kriterien haben eine gewisse Aussagekraft bezüglich der Arbeitsmarktintegration der Betroffenen im Zeitraum um die Geburt ihres Kindes. Nach der ersten der in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG genannten Alternativen kann die Leistung nur beziehen, wer im Bezugszeitraum erwerbstätig ist. Hingegen reicht nicht aus, dass eine Person erwerbstätig war. Bezugszeitraum nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz waren grundsätzlich die ersten 24 Lebensmonate des Kindes (§ 4 Abs. 1 Satz 1 BERzGG 2006). Bezugszeitraum nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz sind grundsätzlich die ersten 14 Lebensmonate des Kindes (§ 4 Abs. 1 BEEG). Nach der zweiten Alternative ist leistungsberechtigt, wer während des Bezugszeitraums Arbeitslosengeld I erhält. Dieses erhält, wer unter anderem innerhalb der Rahmenfrist von zwei Jahren mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden hat (Anwartschaftszeit, § 142 SGB III) und den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit zur Verfügung steht (§ 138 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5 SGB III). Nach der dritten Alternative ist leistungsberechtigt, wer Elternzeit in Anspruch nimmt. Dies setzt voraus, dass während des Leistungsbezugs ein Arbeitsverhältnis besteht (§ 15 Abs. 1 BEEG).

In allen drei Fällen ist Anspruchsbedingung, dass ein Arbeitsverhältnis während der Bezugszeit besteht oder relativ kurz vor der Bezugszeit bestanden hat. Dies wertet der Gesetzgeber als Indiz für eine dauerhafte Bleibeperspektive. Diese Annahme mag zutreffen, nicht hingegen der für die Regelung maßgebliche Umkehrschluss, wer keine dieser Voraussetzungen erfülle, habe keine dauerhafte Bleibeperspektive. Ein Zusammenhang zwischen der Nichterfüllung der in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG genannten Merkmale und dem Fehlen einer dauerhaften Bleibeperspektive ist nicht erkennbar.

(2) Vielmehr kehren Inhaber der hier erfassten Aufenthaltserlaubnisse regelmäßig nicht in ihr Herkunftsland zurück, solange die bei der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zum Tragen gekommenen Gründe fortbestehen, ohne dass es dabei auf die Arbeitsmarktintegration ankäme. Die nach § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe c BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 2 Buchstabe c BEEG relevanten Aufenthaltsgründe sind weitgehend solcher Art, dass eine Rückkehr rechtlich oder praktisch ausgeschlossen ist, solange die der Aufenthaltserlaubnis zugrunde liegende Situation anhält. Dies gilt unabhängig davon, ob die Aufenthaltserlaubnis im konkreten Fall verlängert wird oder nicht.

So kann etwa eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG nur erteilt werden, wenn ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 2, 3, 5 oder Abs. 7 AufenthG vorliegt. Das ist der Fall, wenn für den Ausländer die konkrete Gefahr besteht, der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung unterworfen zu werden, wenn die Gefahr der Verhängung oder der Vollstreckung der Todesstrafe besteht, wenn 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, oder wenn eine erhebliche konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit besteht. Die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 AufenthG setzt voraus, dass die Person nicht vollziehbar ausreisepflichtig ist und dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen ihre vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern; auch insoweit ist die Durchsetzung der Rückkehr nicht möglich. Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG wird einem Ausländer erteilt, der zwar vollziehbar ausreisepflichtig ist, dessen Ausreise jedoch aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist; die rechtliche Unmöglichkeit kann sich etwa aus dem verfassungsrechtlichen (Art. 6 GG) oder aus dem völkerrechtlichen (Art. 8 EMRK) Schutz von Ehe und Familie ergeben. Auch hier scheidet eine Rückkehr aus, solange die Unmöglichkeitsgründe fortbestehen. Eine Aufenthaltserlaubnis nach Art. 23 Abs. 1 AufenthG wegen eines Krieges kann insbesondere erteilt werden, wenn die oberste Landesbehörde für einen Zeitraum von länger als sechs Monaten aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland anordnet, dass die Abschiebung von Ausländern aus bestimmten Staaten oder von in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen allgemein oder in bestimmte Staaten ausgesetzt wird (§ 60a Abs. 1 Satz 2 AufenthG). Auch hier steht die Aussetzung der Abschiebung einer Rückkehr gegen den Willen der Betroffenen entgegen.

Für die Möglichkeit und Durchsetzbarkeit der Rückkehr spielt es in all diesen Situationen keine Rolle, ob oder wann die Betroffenen in den Arbeitsmarkt integriert sind.

(3) Wer die Voraussetzungen von § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG nicht erfüllt, ist auch nicht etwa deshalb ohne dauerhafte Bleibeperspektive, weil die Betroffenen zwar tatsächlich an der Rückkehr gehindert sein könnten (siehe oben, (2)), dabei jedoch regelmäßig nicht die gesetzlichen Voraussetzungen einer Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis erfüllen (vgl. aber BTDrucks 16/1368, S. 8). Es bedarf hier keiner Entscheidung, ob es mit dem Grundgesetz vereinbar ist, für die erziehungs- und elterngeldrechtliche Prognose der Bleibedauer neben der fehlenden Rückkehrmöglichkeit auch die Innehabung einer - der dauerhaften Verfestigung des Aufenthaltsrechts nach § 26 Abs. 4 AufenthG notwendig vorausgehenden - Aufenthaltserlaubnis zu verlangen.

Für die Verlängerung der in § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe c BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 2 Buchstabe c BEEG aufgeführten Aufenthaltserlaubnisse ist die Nichterfüllung der in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG genannten Kriterien jedenfalls nicht von solcher Bedeutung, dass sich daraus eine negative Bleibeprognose ableiten ließe. Zwar ist gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG für die Erteilung und Verlängerung jedes Aufenthaltstitels grundsätzlich auch die Sicherung des Lebensunterhalts im Sinne von § 2 Abs. 3 AufenthG erforderlich, wofür die Erwerbstätigkeit eine Rolle spielen kann. Abgesehen davon, dass die Erfüllung oder Nichterfüllung der in den vorgelegten

Normen aufgeführten Kriterien der Arbeitsmarktintegration lediglich eine punktuelle Aussage über die Erwerbstätigkeit der Betroffenen zulässt (siehe unten, (4) (b)), kommt jedoch der Sicherung des Lebensunterhalts und damit auch der Erwerbstätigkeit gerade für die Verlängerung der hier relevanten Aufenthaltserlaubnisse einfachrechtlich allenfalls geringe Bedeutung zu. Gemäß § 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG kann bei der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dem 5. Abschnitt des Aufenthaltsgesetzes von der Voraussetzung der Sicherung des Lebensunterhalts abgesehen werden. In den Fällen einer Aufenthaltserlaubnis gemäß §§ 24, 25 Abs. 3 bis 4b AufenthG ist von dieser Voraussetzung sogar zwingend abzusehen (§ 5 Abs. 3 Satz 1 AufenthG). Das Aufenthaltsgesetz macht die Verlängerung des Aufenthalts in Deutschland aus humanitären Gründen damit nicht (jedenfalls nicht zwingend) von der Sicherung des eigenen Lebensunterhalts abhängig. Ob die Betroffenen ihren Lebensunterhalt - sei es durch eigene Erwerbstätigkeit oder anderweitig - sichern oder nicht, ist insoweit bedeutungslos.

(4) An einer dauerhaften Bleibeperspektive fehlt es auch nicht deshalb, weil keine Aussicht auf eine Niederlassungserlaubnis (§ 26 Abs. 4 AufenthG) und den damit verbundenen unbefristeten Aufenthalt hätte, wer die Voraussetzungen von § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG im Bezugszeitraum nicht erfüllt. Ob in erziehungs- und elterngeldrechtlichem Zusammenhang die Bejahung einer Daueraufenthaltsperspektive von Verfassungs wegen an die Aussicht auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis geknüpft werden darf, muss hier nicht geklärt werden. Jedenfalls sind die in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG genannten Voraussetzungen hinsichtlich der Aussicht auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nicht hinreichend aussagekräftig. Dass die in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG genannten Voraussetzungen im Zeitraum des potenziellen Erziehungs- und Elterngeldbezugs nicht erfüllt werden, indiziert nicht, dass es nicht zur Erteilung einer Niederlassungserlaubnis kommen wird.

(a) Eine für die Erziehungs- und Elterngeldberechtigung relevante dauerhafte Bleibeperspektive erfordert nicht, dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis, insbesondere die gemäß § 26 Abs. 4 Satz 1 in Verbindung mit § 9 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG notwendige Sicherung des Lebensunterhalts, bereits im Zeitpunkt der Beantragung von Erziehungs- oder Elterngeld bestehen. Der Anspruch auf Erziehungs- und Elterngeld ist gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 2 BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 2 BEEG nicht auf die Inhaber einer Niederlassungserlaubnis beschränkt. Ein Zusammenhang dergestalt, dass diejenigen, die im Zeitpunkt der Antragstellung die in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG genannten Voraussetzungen nicht erfüllen, die für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis geforderten Voraussetzungen auch später nicht erfüllen könnten, besteht nicht. Auch einfachrechtlich wird die Beurteilung der Sicherung des Lebensunterhalts gemäß § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG nicht anhand einer punktuellen Betrachtung vorgenommen, sondern erfolgt aufgrund einer mittels rückschauender Betrachtung anzustellenden Prognose, ob der Betroffene ohne unvorhergesehene Ereignisse seinen Lebensunterhalt in Zukunft ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel aufbringen kann (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 4. Dezember 2007 - 17 E 47/07 -, juris Rn. 6). Für eine solche Prognose sind die in den vorgelegten Normen verwendeten Kriterien nicht geeignet, da sie lediglich einen kurzen Zeitabschnitt in den Blick nehmen (b), in dem die Arbeitsmarktintegration obendrein gerade wegen der Geburt des Kindes elternspezifische Schwierigkeiten aufwirft (c).

(b) Die vorgelegten Regelungen verlangen, dass die Betroffenen während des Bezugs von Erziehungs- oder Elterngeld erwerbstätig sind (erste Alternative) oder in einem gewissen Zeitraum vor der Geburt erwerbstätig waren und dem Arbeitsmarkt im Bezugszeitraum tatsächlich zur Verfügung stehen (zweite Alternative) oder im Bezugszeitraum in einem Arbeitsverhältnis stehen, das sie wegen der Inanspruchnahme von Elternzeit ruhen lassen (dritte Alternative). Alle drei Alternativen nehmen einen vergleichsweise kurzen Zeitraum - im Wesentlichen den Bezugszeitraum - in den Blick und lassen eine Arbeitsmarktintegration in anderen Zeiträumen außer Betracht.

(aa) Nicht erfasst werden mit den Voraussetzungen des § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG unter Umständen viele Jahre geringfügiger Beschäftigung oder selbständiger Tätigkeit. Eine Person, die nur geringfügig beschäftigt ist, erwirbt keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld I. Endet ihr Beschäftigungsverhältnis, hat sie mangels Anspruchs nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG keinen Anspruch auf Erziehungs- oder Elterngeld unabhängig davon, wie lange sie vorher beschäftigt gewesen ist. Ebenfalls keine derartigen Ansprüche erwerben Selbständige, wenn sie nicht freiwillig ein Versicherungspflichtverhältnis gemäß § 28a SGB III begründet haben. Selbst

Ausländer, die jahrelang geringfügig beschäftigt oder selbständig und damit in den deutschen Arbeitsmarkt integriert waren und dies möglicherweise nach einer der Kinderbetreuung gewidmeten Berufspause auch schon bald wieder sind, sind hiernach nicht zum Bezug von Erziehungs- oder Elterngeld berechtigt. Dabei hängt es oft von Umständen ab, die die Betroffenen nicht beeinflussen können, ob eine befristete geringfügige Beschäftigung verlängert wird oder nicht. Gerade Frauen in befristeten geringfügigen Arbeitsverhältnissen stehen, wenn sie schwanger werden, häufig vor der Situation, dass ihre Stelle während der Schwangerschaft ausläuft und nicht verlängert wird. Über die frühere und spätere Arbeitsmarktintegration gibt die bloße Nichterfüllung der in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG genannten Kriterien darum kaum Aufschluss.

(bb) Auch eine langjährige sozialversicherungspflichtige Erwerbstätigkeit bleibt möglicherweise unberücksichtigt. Zwar können die Betroffenen im Fall des Arbeitsplatzverlustes vor der Geburt des Kindes einen Anspruch auf Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch haben, wodurch die zweite Alternative von § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG erfüllt ist. Mit dem Ende des Bezugs von Arbeitslosengeld I endet jedoch der Anspruch auf Erziehungs- oder Elterngeld typischerweise, bevor die Betreuungsphase nach der Geburt abgeschlossen und eine erneute Erwerbstätigkeit praktisch wieder eher möglich ist. Den Betroffenen wird so eine negative Bleibeprognose zugeschrieben, obwohl angesichts ihrer früheren sozialversicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit viel dafür spricht, dass ihnen eine erneute Arbeitsmarktintegration nach der Zeit der Kindesbetreuung gelingen wird.

(c) Die in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG statuierten Kriterien lassen auch deshalb keine hinreichend sichere Aussage über die längerfristige Arbeitsmarktintegration der Betroffenen zu, weil sie auf einen Zeitraum abstellen, in dem sowohl der Ausübung einer Erwerbstätigkeit (erste Alternative) als auch der für einen Anspruch auf Leistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch erforderlichen tatsächlichen Verfügbarkeit für den Arbeitsmarkt (zweite Alternative) wie auch der Eingehung und dem elternzeitbedingten Ruhenlassen eines Arbeitsverhältnisses (dritte Alternative) spezifische, aus der Elternschaft resultierende Hindernisse entgegenstehen, ohne dass daraus plausibel Schlussfolgerungen für die längerfristige Arbeitsmarktintegration und die damit verbundene Sicherung des Lebensunterhalts gezogen werden könnten.

§ 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG fordern die Arbeitsmarktintegration im Wesentlichen während des potenziellen Leistungsbezugs. Dies waren nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz die ersten 24 Lebensmonate des Kindes und sind nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz grundsätzlich dessen erste 14 Lebensmonate. Gerade in dieser Phase hat die fehlende Arbeitsmarktintegration vielfältige tatsächliche und rechtliche Gründe ((aa) bis (cc)), ohne dass daraus geschlossen werden könnte, dass die Betroffenen langfristig nicht erwerbstätig bleiben.

(aa) Die Realisierung der ersten in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BERzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG genannten Alternative (tatsächliche Erwerbstätigkeit) ist vor allem für Mütter schwierig. Teilweise ist sie sogar aus rechtlichen Gründen unmöglich. Zwar kann nach Bundeserziehungsgeldgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz eine Erwerbstätigkeit parallel zum Bezug von Elterngeld ausgeübt werden, weil eine wöchentliche Arbeitszeit von unter 30 Stunden den Leistungsanspruch nicht ausschließt (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 2 BERzGG 2006, § 1 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 6 BEEG). Während der achtwöchigen Mutterschutzfrist unterliegen Mütter jedoch dem mutterschutzrechtlichen Tätigkeitsverbot (§ 6 MuSchG). Stillenden Müttern ist die Erwerbstätigkeit noch über die achtwöchige Mutterschutzfrist hinaus praktisch erschwert.

Bei Müttern und Vätern steht der Aufnahme einer (Teil-)Erwerbstätigkeit zudem häufig entgegen, dass eine Betreuung des Kindes nicht durch Rechtsanspruch auf einen Betreuungsplatz gesichert ist (siehe unten, (bb)), die faktischen Betreuungskapazitäten nicht für alle Eltern ausreichen und die Wahrnehmung der bestehenden Betreuungsmöglichkeiten zudem eine finanzielle Eigenleistung erfordert, die zu leisten die Betroffenen häufig außerstande sein dürften.

(bb) Auch die Voraussetzungen der zweiten Alternative (Bezug laufender Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch) sind in der Zeit nach der Geburt eines Kindes besonders schwer zu erfüllen. Arbeitslosengeld I erhält gemäß § 138 Abs. 1 Nr. 3 SGB III nur, wer dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht. Dafür müssen Arbeitslose eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden

wöchentlich umfassende, zumutbare Beschäftigung zu den üblichen Bedingungen des für sie in Betracht kommenden Arbeitsmarktes ausüben können und dürfen (§ 138 Abs. 5 Nr. 1 SGB III). Arbeitslose stehen dem Arbeitsmarkt nach ständiger Rechtsprechung der Fachgerichte nicht zur Verfügung, wenn für die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit keine Betreuungsalternative für betreuungsbedürftige Kinder verfügbar ist (vgl. BSG, Urteil vom 25. April 1991 - 11 RAR 9/90 -, FamRZ 1992, S. 813 <814>; LSG Schleswig-Holstein, Urteil vom 28. September 2001 - L 3 AL 53/00 -, juris Rn. 24, und vom 27. August 2004 - L 3 AL 85/03 -, juris Rn. 42; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 11. Dezember 2003 - L 12 AL 2723/03 -, juris Rn. 31 f.; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 26. April 2010 - L 19 B 45/09 AL -, juris Rn. 16 f.). Kinder, für die Erziehungs- oder Elterngeld gewährt werden kann (bis zur Vollendung des 24. Lebensmonats nach § 4 Abs. 1 Satz 1 BErzGG 2006, bis zur Vollendung des 14. Lebensmonats nach § 4 Abs. 1 Satz 1 BEEG), bedürfen noch der ständigen Betreuung. Die Verfügbarkeit eines Betreuungsplatzes ist für Kinder unter drei Jahren derzeit rechtlich nicht gesichert. Am 1. August 2013 soll eine Neufassung des § 24 SGB VIII in Kraft treten, wonach ein Förderanspruch ab Vollendung des ersten Lebensjahres besteht. Für Kinder unter einem Jahr soll dann gemäß § 24 Abs. 1 SGB VIII ein bedarfsgerechtes Angebot bestehen, ohne dass insoweit ein individueller Anspruch begründet würde (vgl. Gesetz zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege vom 10. Dezember 2008, BGBl I S. 2403 <2404, 2409>; BTDrucks 16/9299, S. 10). Danach ist auch in Zukunft die Betreuung gerade in den ersten zwölf Lebensmonaten eines Kindes, in denen die Eltern gemäß § 4 Abs. 1 BEEG Elterngeld beziehen könnten, nicht subjektivrechtlich gesichert.

(cc) Die dritte Alternative (Inanspruchnahme von Elternzeit) ist im Zeitraum nach der Geburt eines Kindes nahezu unerfüllbar, sofern nicht bereits vor der Geburt ein Arbeitsverhältnis begründet wurde, das während des Bezugszeitraums fortbesteht. Es wird den Betroffenen praktisch kaum gelingen, während der Bezugszeit ein Arbeitsverhältnis zu begründen, um dieses dann zugunsten einer Elternzeit ruhen zu lassen. Dabei ist auch in Rechnung zu stellen, dass der für die Elternzeit geltende Kündigungsschutz frühestens acht Wochen vor der Inanspruchnahme von Elternzeit einsetzt (§ 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG) und dass die Elternzeit das Auslaufen eines befristeten Arbeitsverhältnisses nicht verhindert. All dies schafft eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Betroffenen während des Bezugszeitraums nicht in einem wegen Elternzeit ruhenden Arbeitsverhältnis stehen, ohne dass dies Schlüsse für die Erwerbstätigkeit nach einer frühen Kinderbetreuungsphase zuließe.

(dd) Der Gesetzgeber hat selbst gesehen, dass eine aktive Arbeitsmarktintegration nach der Geburt durch Umstände erschwert ist, die allein mit der Geburt des Kindes verbunden sind, ohne einer Erwerbstätigkeit dauerhaft entgegenzustehen. Erziehungs- und Elterngeld werden nicht zuletzt in Anerkennung der mit der Geburt eines Kindes einhergehenden Erwerbsunterbrechung gewährt, um die dadurch erschwerte finanzielle Situation junger Familien zu verbessern (vgl. BTDrucks 16/1889, S. 1).

Eine Erwerbstätigkeit (§ 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG, erste Alternative) beziehungsweise die Arbeitsmarktverfügbarkeit (§ 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG, zweite Alternative) in den ersten Lebensmonaten eines Kindes zu verlangen, steht im Übrigen im Widerspruch zu dem vom Gesetzgeber sowohl durch das Bundeserziehungsgeldgesetz als auch durch das Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz verfolgten Ziel, Eltern die Möglichkeit zu geben, sich der Betreuung ihrer Kinder in deren ersten Lebensmonaten ohne finanzielle Not selbst zu widmen (vgl. BTDrucks 10/3792, S. 1, 13; BTDrucks 11/4509, S. 5; BTDrucks 16/1889, S. 2).

(5) Sonstige Gesichtspunkte, die einen Zusammenhang zwischen der Nichterfüllung der in den vorgelegten Regelungen genannten Kriterien und der Aufenthaltsperspektive plausibel begründen könnten, sind auch den Dokumenten zur Entstehung der vorgelegten Regelungen im Bundeserziehungsgeldgesetz von 2006 nicht zu entnehmen. Diese deuten vielmehr darauf hin, dass den drei verwendeten Kriterien keine näheren Überlegungen zu deren Indizeignung hinsichtlich der Aufenthaltsdauer zugrunde liegen. Ausschussbericht und Plenarprotokoll zeigen, dass man von teils unklaren, teils unzutreffenden Vorstellungen darüber ausging, welche Leistungsvoraussetzungen die vorgelegten Regelungen statuieren. Die Ausführungen von Mitgliedern der das Gesetz tragenden Fraktionen lassen erkennen, dass sie annahmen, über das bloße Erfordernis einer Beschäftigungserlaubnis (§ 1 Abs. 6 Nr. 2, 1. Halbsatz BErzGG 2006) und das durch § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe a BErzGG 2006 geschaffene dreijährige Aufenthaltserfordernis hinaus seien für die Erlangung eines Erziehungsgeldanspruchs keine weiteren Voraussetzungen, insbesondere nicht die hier zur Prüfung gestellten Voraussetzungen von § 1

Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006, zu erfüllen (vgl. BTDrucks 16/2940, S. 11; Plenarprotokoll 16/57 vom 19. Oktober 2006, S. 5591 f.).

Dass im Gesetzgebungsverfahren keine präzisen Vorstellungen darüber bestanden, inwiefern die bei der ausdifferenzierten Abfassung der Berechtigungstatbestände in den vorgelegten Regelungen getroffenen Unterscheidungen in sachlichem Zusammenhang zu dem inhaltlich maßgeblichen Gesichtspunkt der Aufenthaltsdauer stehen, begründet zwar keinen Verfassungsverstoß. Umgekehrt steuern die im Gesetzgebungsverfahren angestellten Erwägungen jedoch auch keinen Gesichtspunkt bei, unter dem sich die durch § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG zwischen Berechtigten und Nichtberechtigten getroffene Unterscheidung rechtfertigen ließe.“

Diese Ausführungen des BVerfG, nach der § 1 Abs. 6 Nr. 3b BErzGG und § 1 Abs. 7 Nr. 3b BEEG zu seiner sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung führen, gelten zur Überzeugung des vorlegenden Gerichts in gleicher Weise für das Kindergeld.

Zur Verfügbarkeit eines Betreuungsplatzes und konkreter Erwerbsmöglichkeiten

Das BVerfG hat u.a. darauf abgestellt, dass die Verfügbarkeit eines Betreuungsplatzes für Kinder unter drei Jahren rechtlich nicht gesichert sei. Zwar begründet § 24 SGB VIII in der ab 01.08.2013 geltenden Fassung mittlerweile einen Anspruch auf Förderung eines auch unter einjährigen Kindes in einer Einrichtung oder in Kindstagespflege, u.a. wenn die Erziehungsberechtigten einer Erwerbstätigkeit nachgehen, eine Erwerbstätigkeit aufnehmen oder Arbeit suchend sind (§ 24 Abs. 1 Nr. 2a SGB VIII). Der Anspruch steht gemäß § 26 SGB VIII unter dem Vorbehalt landesrechtlicher Regelungen, die das Nähere über Inhalt und Umfang der in diesem Abschnitt des SGB VIII geregelten Aufgaben und Leistungen regeln. Auch der Anspruch auf einen Betreuungsplatz stellt jedoch zum Einen nicht hinreichend sicher, dass die tatsächlich zur Verfügung stehende Betreuung so ausgestaltet ist, dass die Eltern tatsächlich einer Erwerbstätigkeit - je nach zeitlichen und örtlichen Anforderungen der zur Verfügung stehenden Arbeitsmöglichkeit - nachgehen können und dass sie zum Anderen in der Lage sind, die finanzielle Eigenleistung zu den Betreuungskosten zu erbringen. Zur Überzeugung des Gerichts wird auch nicht für jedes Kind unter drei Jahren seine Betreuung in dem zur Verfügung gestellten Betreuungsplatz förderlich sein; ob eine derartige Betreuung das Wohl des Kindes fördert, hängt sowohl vom Kind als auch von den konkreten Umständen des Betreuungsplatzes ab. Zudem stellt es einen Wertungswiderspruch dar, wenn durch Elterngeld und Betreuungsgeld nach dem BEEG die eigene Betreuung der Kinder durch ihre Eltern gefördert werden soll, hingegen ein Anspruch auf Kindergeld u.a. von der Ausübung einer Erwerbstätigkeit (bzw. den in § 62 Abs. 2 Nr. 3 b EStG genannten Voraussetzungen) abhängig ist.

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass es nach den Verhältnissen auf dem Arbeitsmarkt insbesondere Ausländern mit einem niedrigen Bildungsstand und/oder ohne Berufsausbildung nur erschwert möglich ist, erwerbstätig zu sein. An den für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis maßgeblichen Gründen und damit der Prognose, wie lange diese Gründe fortbestehen werden, ändert sich dadurch nichts. So war die Klägerin in dem vorgelegten Verfahren 7 K 9/10, die zudem als Alleinerziehende zwei 1999 und 2004 geborene Kinder

versorgt, noch nie erwerbstätig und hat keinerlei Berufsausbildung.

Die gesamten Regelungen des § 62 Abs. 2 EStG, nicht nur des § 62 Abs. 2 Nr. 2c und Nr. 3 b EStG sind in die Prüfung einzubeziehen, ob für die Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigte Gründe bestehen

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die Intention des Gesetzgebers, Kindergeld nur jenen ausländischen Staatsangehörigen zu gewähren, die sich voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhalten, grundsätzlich zulässig (vgl. Beschluss vom 09.12.2009, 2 BvR 1857/08 a.a.O.). Das BVerfG führt zum Erziehungs- und Elterngeld im Beschluss vom 10.07.2012 (1 BvL 2/10 u.a., a.a.O.) unter C I 3 a bb aus:

Nach der Intention des Gesetzgebers dienen die in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BZVG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG genannten Voraussetzungen jedoch dazu, Erziehungsgeld oder Elterngeld nur jenen ausländischen Staatsangehörigen zu gewähren, die sich voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhalten (BTDrucks 16/1368, S. 8). Grundsätzlich kann die unterschiedliche Bleibedauer in Deutschland eine ungleiche Behandlung rechtfertigen (vgl. BVerfGE 111, 160 <174>; 111, 176 <185>), ohne dass allerdings das Fehlen eines dauerhaften Aufenthalts automatisch jede Differenzierung hinsichtlich der Gewährung von Sozialleistungen legitimieren könnte (vgl. BVerfGE 116, 229 <239 f.>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 7. Februar 2012 - 1 BvL 14/07 -, a.a.O.). Erziehungs- und Elterngeld ausschließlich den Eltern zu gewähren, die voraussichtlich dauerhaft in Deutschland bleiben, verfolgt indes einen legitimen Zweck, soweit der Gesetzgeber mit diesen Leistungen eine nachhaltige Bevölkerungsentwicklung in Deutschland fördern will, weil dieses Ziel bei Gewährung an Personen, die das Bundesgebiet bald wieder verlassen, verfehlt würde.

Die Entscheidung des BVerfG zum Erziehungs- und Elterngeld bezieht sich nur auf die Verfassungsmäßigkeit der mit § 62 Abs. 2 Nr. 2c i.V.m. Nr. 3b EStG wortgleichen Regelungen. Zur Überzeugung des vorlegenden Gerichts ist bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Regelungen zum Anspruch von Ausländern auf Kindergeld nicht nur zu prüfen, ob die in § 62 Abs. 2 Nr. 2b i.V.m. Nr. 3c EStG aufgestellten zusätzlichen Voraussetzungen zur Abgrenzung derjenigen Ausländer, die sich voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhalten, geeignet sind. Vielmehr sind die gesamten Regelungen, die den Anspruch auf Kindergeld für Ausländer betreffen, in die Prüfung, ob der Gesetzgeber seine Grundentscheidung folgerichtig umgesetzt hat und ob eine sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung vorliegt, einzubeziehen. Diese Regelungen setzen zur Überzeugung des vorlegenden Gerichts die Grundentscheidung des Gesetzgebers, Kindergeld nur jenen ausländischen Staatsangehörigen zu gewähren, die sich voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhalten, nicht folgerichtig und nicht in geeigneter Weise um.

Einzubeziehen in die Prüfung, ob eine sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung vorliegt, sind zur Überzeugung des vorlegenden Gerichts auch die Regelungen, die aufgrund anzuwendender europarechtlicher Regelungen anderen Ausländern einen Anspruch auf Kindergeld im Inland gewähren, auch wenn sich diese voraussichtlich nicht auf Dauer in Deutschland aufhalten.

Ungleichbehandlung, weil kein voraussichtlich dauerhafter Aufenthalt erforderlich und innerhalb der in Abschnitt 4 AufenthG geregelten Aufenthaltstitel

Für nicht mit der Grundentscheidung des Gesetzgebers übereinstimmend bzw. für nicht folgerichtig unter Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes umgesetzt hält das Gericht die Regelungen zum Anspruch auf Kindergeld bei einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Ausübung einer Erwerbstätigkeit in den §§ 18 bis 21 AufenthG. Für einen kleineren Teil dieser Ausländer sieht § 62 Abs. 2 Nr. 2b EStG vor, dass diese kein Kindergeld erhalten, wenn ihre Aufenthaltserlaubnis nach § 18 Absatz 2 AufenthG - d.h. zur Ausübung einer Beschäftigung - erteilt wurde und die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit nach der Beschäftigungsverordnung nur für einen bestimmten Höchstzeitraum erteilt werden darf. Diese Ausländer haben auch dann keinen Anspruch auf Kindergeld, wenn sie sich mehrjährig im Inland aufhalten und während ihrer lohnsteuer- und sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit in den deutschen Arbeitsmarkt integriert sind.

§ 62 Abs. 2 Nr. 2b EStG bewirkt zusammen mit den Regelungen der BeschV, dass ein erheblicher Teil derjenigen Ausländer, die eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung erhalten, einen Anspruch auf Kindergeld hat. Dabei wird in keiner Weise geprüft, ob sie sich voraussichtlich dauerhaft oder - z.B. aufgrund eines befristeten Arbeitsvertrages - voraussichtlich nur vorübergehend in Deutschland aufhalten werden. Nach der BeschV bedarf z.B. die Erteilung eines Aufenthaltstitels an Berufssportlerinnen und Berufssportler oder Berufstrainerinnen und Berufstrainer, deren Einsatz in deutschen Sportvereinen oder vergleichbaren am Wettkampfsport teilnehmenden sportlichen Einrichtungen vorgesehen ist, wenn sie a) das 16. Lebensjahr vollendet haben, b) der Verein oder die Einrichtung ein Bruttogehalt zahlt, das mindestens 50 Prozent der Beitragsbemessungsgrenze für die gesetzliche Rentenversicherung beträgt, und c) der für die Sportart zuständige deutsche Spitzenverband im Einvernehmen mit dem Deutschen Olympischen Sportbund die sportliche Qualifikation als Berufssportlerin oder Berufssportler oder die fachliche Eignung als Trainerin oder Trainer bestätigt, keiner Zustimmung (§ 22 Nr. 4 BeschV in der aktuell geltenden Fassung, zuvor § 7 Nr. 4).

Berufssportler und -sportlerinnen und Trainer und Trainerinnen erhalten regelmäßig nur befristete Verträge. Sie wechseln häufig nach Beendigung des Vertrages zu einem anderen Arbeitgeber, auch außerhalb Deutschlands. Ausländische Berufssportler und -sportlerinnen und Trainer und Trainerinnen halten sich typischerweise von vornherein voraussichtlich nicht dauerhaft in Deutschland auf. Dennoch steht ihnen Kindergeld zu, sofern sie die allgemeinen, für alle Kindergeldberechtigten geltenden Voraussetzungen erfüllen. So hat beispielsweise ein ausländischer Bundesligaspieler oder -trainer, der im Regelfall die vorstehenden Voraussetzungen der BeschV erfüllt und eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 18 Abs. 2 AufenthG erhält, einen Anspruch auf Kindergeld, weil die Voraussetzungen der Rückausnahme des § 62 Abs. 2 Nr. 2b EStG nicht vorliegen. Verträge mit ausländischen Bundesligaspielern und Trainern werden regelmäßig nur befristet geschlossen, diese wechseln häufig auch wieder ins Ausland zurück.

Dass die Zustimmung nach der BeschV nicht erforderlich ist, dient der Förderung des Sports und ist damit ein sachgerechter Differenzierungsgrund für die Frage, für welche Tätigkeiten nach der BeschV keine Zustimmung erforderlich ist. Sie ist jedoch kein sachgerechter Differenzierungsgrund für die Frage, ob sich der Ausländer voraussichtlich dauerhaft in Deutschland aufhalten wird und ob seine Familie der Förderung im Sinne des § 31 EStG bedarf. Es kann auch nicht typisierend davon ausgegangen werden, dass für diese Personengruppe der steuerliche Kinderfreibetrag stets günstiger sein wird, zumal etwaige hohe positive Einkünfte aus der Tätigkeit als Sportler oder Trainer mit Verlusten aus anderen Einkünften saldiert werden und nach dem EStG weitere Aufwendungen (z.B. Sonderausgaben, außergewöhnliche Belastungen) abgezogen werden können.

Auch für die weiteren nach der BeschV zustimmungsfreien Tätigkeiten oder für die Tätigkeiten der in der BeschV genannten Staatsangehörigen, für die die Zustimmung nach der BeschV zur Ausübung jeder Beschäftigung unabhängig vom Sitz des Arbeitgebers und nicht nur für einen bestimmten Höchstzeitraum erteilt werden darf, haben die Ausländer mit einer gemäß § 18 Abs. 2 EStG erteilten Aufenthaltserlaubnis einen Anspruch auf Kindergeld, weil die Voraussetzungen der Rückausnahme des § 62 Abs. 2 Nr. 2b EStG nicht vorliegen. Auch bei diesen Ausländern wird in keiner Weise geprüft, ob sie sich voraussichtlich dauerhaft oder - z.B. aufgrund eines befristeten Arbeitsvertrages - voraussichtlich nur vorübergehend in Deutschland aufhalten werden.

Welche Differenzierungsgründe bestehen - und ob diese sachlich gerechtfertigt sind -, dass z.B. :

mit einem befristeten Arbeitsvertrag im Inland tätige Fotomodelle, Werbetypen, Mannequins oder Dressmen (§ 22 Nr. 5 BeschV), die Mitglieder der Besatzung von Seeschiffen im internationalen Verkehr (§ 24 BeschV, vorher § 13), die Besatzungen von Luftfahrzeugen mit Ausnahme der Luftfahrzeugführerinnen und Luftfahrzeugführer, Flugingenieurinnen und Flugingenieure sowie Flugnavigatorinnen und Flugnavigatoren bei Unternehmen mit Sitz im Inland (§ 24 BeschV, vorher § 14),

wenn sie die allgemeinen, für alle Kindergeldberechtigten geltenden Voraussetzungen für den Anspruch auf Kindergeld erfüllen, d.h. z.B. während der Dauer einer befristeten Tätigkeit im Inland einen Wohnsitz haben und berücksichtigungsfähige Kinder haben, die ebenfalls im Inland oder einem in § 63 Abs. 1 Satz 3 EStG aufgeführten Land wohnen, und die nach Beendigung des Vertrages wieder in ihr Heimatland zurückkehren,

während ihres von vornherein voraussichtlich nicht dauerhaften Aufenthalts im Inland einen Anspruch auf Kindergeld haben,

ist nicht ersichtlich.

Auch für die nach § 24 BeschV (vorher § 14 BeschV) zustimmungspflichtige Tätigkeit z.B. eines Piloten sieht die BeschV nicht vor, dass diese Zustimmung nur für einen bestimmten Höchstzeitraum erteilt werden darf. Auch der ausländische Pilot, der vorübergehend eine befristete Tätigkeit im Inland aufnimmt, während dieser Tätigkeit die allgemeinen, für alle Kindergeldberechtigten geltenden Voraussetzungen erfüllt und danach wieder in sein Heimatland (oder ein anderes Land) zurückkehrt, hat demgemäß einen Anspruch auf Kindergeld.

Das gleiche gilt für die Angehörige bestimmter Staaten gemäß § 26 BeschV (zuvor § 34).

Ob sich diese Personen aufgrund ihres Vertrages voraussichtlich vorübergehend oder voraussichtlich dauerhaft in Deutschland aufhalten werden oder ob die voraussichtliche Dauer ihres Aufenthalts nicht vorhersagbar ist, wird überhaupt nicht geprüft.

Diese Ausländer werden damit gegenüber den Ausländern begünstigt, für die die voraussichtliche Dauer ihres Aufenthalts nach der Regelung in § 62 Abs. 2 EStG maßgeblich dafür sein soll, ob sie einen Anspruch auf Kindergeld haben oder nicht.

Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass sich Ausländer, die im Inland eine Beschäftigung ausüben, voraussichtlich stets dauerhaft in Deutschland aufhalten werden. Bei einer von vornherein befristeten Beschäftigung ist dies nicht anzunehmen. Insbesondere bei qualifizierten oder häufig mobilen Berufstätigen, z.B. Ärzten oder Ingenieuren, in der See- und Luftschiffahrt tätigen Personen, ist ferner festzustellen, dass diese ihre berufliche Karriere nicht nur in Deutschland, sondern aufgrund teilweise besserer Konditionen oder Aufstiegschancen z.B. in den USA oder in Kanada fortsetzen.

Welche Differenzierungsgründe bestehen - und ob diese sachlich gerechtfertigt sind -, dass

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, und Ingenieurinnen und Ingenieure sowie Technikerinnen und Techniker als technische Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Forschungsteam einer Gastwissenschaftlerin oder eines Gastwissenschaftlers,

denen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 18 Abs. 2 erteilt wurde, für die es nach § 5 der BeschV einer Zustimmung nicht bedarf,

wenn sie die allgemeinen, für alle Kindergeldberechtigten geltenden Voraussetzungen für den Anspruch auf Kindergeld erfüllen,

ohne weitere Prüfung, ob sie sich voraussichtlich dauerhaft im Inland aufhalten werden,

während ihres von vornherein voraussichtlich vorübergehenden Gastaufenthalts im Inland - der Begriff Gastwissenschaftlicher beinhaltet, dass es sich um einen Gast, also nur einen vorübergehend im Inland Tätigen handelt -

einen Anspruch auf Kindergeld haben,

ist nicht ersichtlich.

Dass die Zustimmung nach der BeschV nicht erforderlich ist, dient der Förderung der Wissenschaft und ist damit ein sachgerechter Differenzierungsgrund für die Frage, für welche Tätigkeiten nach der BeschV keine Zustimmung erforderlich ist. Sie ist jedoch kein sachgerechter Differenzierungsgrund für die Frage, ob sich der Ausländer voraussichtlich dauerhaft in Deutschland aufhalten wird und ob seine Familie der Förderung im Sinne des § 31 EStG bedarf. Es kann auch nicht typisierend davon ausgegangen werden, dass für diese Personengruppe der steuerliche Kinderfreibetrag stets günstiger sein wird.

Welche Differenzierungsgründe bestehen - und ob diese sachlich gerechtfertigt sind -, dass

ein Ausländer, dem eine Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Forschung nach § 20 AufenthG erteilt wurde,

wenn er die allgemeinen, für alle Kindergeldberechtigten geltenden Voraussetzungen für den Anspruch auf Kindergeld erfüllt,

ohne weitere Prüfung, ob er sich voraussichtlich dauerhaft im Inland aufhalten wird,

oder - bei einem befristeten Forschungsvorhaben - während seines von vornherein voraussichtlich kurzfristigen Aufenthalts

im Inland einen Anspruch auf Kindergeld hat,

ist nicht ersichtlich. Auf die Voraussetzungen zur Zustimmung nach der BeschV kommt es insoweit nicht an, weil § 62 Abs. 2 Nr. 2b EStG nur die Aufenthaltserlaubnis nach § 18 Abs. 2, nicht jedoch nach § 20 AufenthG betrifft.

Welche Differenzierungsgründe bestehen - und ob diese sachlich gerechtfertigt sind -, dass

ein zuvor geduldeter qualifizierter Ausländer, dem eine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Beschäftigung nach § 18a AufenthG erteilt wurde,

wenn er die allgemeinen, für alle Kindergeldberechtigten geltenden Voraussetzungen für den Anspruch auf Kindergeld erfüllt,

ohne weitere Voraussetzungen im Inland einen Anspruch auf Kindergeld hat,

während der qualifizierte Ausländer, der nach erfolgreichem Abschluss seines Studiums bzw. seiner qualifizierten Berufsausbildung zur Suche eines angemessenen Arbeitsplatzes eine Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis nach § 16 Abs. 4 oder § 16 Abs. 5b oder § 17 Abs. 3 AufenthG, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt, erhält

auch dann keinen Anspruch auf Kindergeld hat, wenn er tatsächlich erwerbstätig ist,

ist nicht ersichtlich.

Für die dargestellten unterschiedlichen Regelungen lassen sich auch der Gesetzesbegründung keine Begründung im Einzelnen und keine sachlich gerechtfertigten Differenzierungsgründe entnehmen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG wird dadurch verletzt. Durch die ungleiche Förderung der Familie ohne sachlich gerechtfertigte Differenzierungsgründe werden zugleich Art. 6 Abs. 1 und 2 GG.

Ungleichbehandlung innerhalb der in Abschnitt 5 AufenthG geregelten Aufenthaltstitel

Für die in Abschnitt 5 AufenthG geregelten Aufenthaltstitel aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen ist die Grundentscheidung des Gesetzgebers nicht folgerichtig und unter Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art. 3 Abs. 1 GG umgesetzt.

Welche Differenzierungsgründe bestehen - und ob diese sachlich gerechtfertigt sind -, dass

ein Ausländer, dem - im Einzelfall - aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen - ggf. auch wegen eines Krieges in seinem Heimatland - eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 22 oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland gemäß § 22 Satz 2 AufenthG erteilt wurde,

und der Ausländer, dem - als Angehöriger einer Personengruppe - aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland - sofern nicht wegen eines Krieges in seinem Heimatland - gemäß § 23 Abs. 1 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wurde,

wenn er die allgemeinen, für alle Kindergeldberechtigten geltenden Voraussetzungen für den Anspruch auf Kindergeld erfüllt,

ohne weitere Voraussetzungen im Inland einen Anspruch auf Kindergeld hat,

während der Ausländer, dem - als Angehöriger einer Personengruppe - aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland wegen eines Krieges in seinem Heimatland gemäß § 23 Abs. 1 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wurde,

wenn er die allgemeinen, für alle Kindergeldberechtigten geltenden Voraussetzungen für den Anspruch auf Kindergeld erfüllt,

nur dann, wenn er die weiteren Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 a und b EStG erfüllt, im Inland einen Anspruch auf Kindergeld hat,

ist nicht ersichtlich; denn für alle in Abschnitt 5 AufenthG geregelten Aufenthaltstitel bestimmt § 26 Abs. 2 AufenthG, dass die Aufenthaltserlaubnis nicht verlängert werden darf, wenn das Ausreisehindernis oder die sonstigen einer Aufenthaltsbeendigung entgegenstehenden Gründe entfallen sind.

Welche Differenzierungsgründe bestehen - und ob diese sachlich gerechtfertigt sind -, dass

ein zuvor langjährig geduldeter Ausländer, der während der Zeit seiner Duldung aufgrund der unwiderleglichen Vermutung eines voraussichtlich nicht dauerhaften Aufenthalts keinen Anspruch auf Kindergeld hat, und dem nach der - aus humanitären Gründen geschaffenen - Altfallregelung des § 104a AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wurde,

wenn er die allgemeinen, für alle Kindergeldberechtigten geltenden Voraussetzungen für den Anspruch auf Kindergeld erfüllt,

ohne weitere Voraussetzungen im Inland einen Anspruch auf Kindergeld hat,

obwohl nach der Entscheidung des BVerfG vom 04.12.2012 (1 BvL 4/12) zum Vorlagebeschluss des BSG vom 15.12.2011 - B EG 15/10 R - zur Verfassungsmäßigkeit des § 1 Abs. 7 Nr. 2 d BEEG, der Inhaber mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a AufenthG weiterhin wie Geduldete behandelt und vom Elterngeld ausnimmt, aus der Regelung nicht der Rückschluss zu ziehen ist, „dass die Betroffenen aus tatsächlichen Gründen voraussichtlich dauerhaft in Deutschland bleiben werden“ und auch rechtlich aus der Regelung nicht zwingend eine positive Bleibeprognose zu ziehen sei,

während ein geduldeter oder gestatteter Ausländer

wenn er die allgemeinen, für alle Kindergeldberechtigten geltenden Voraussetzungen für den Anspruch auf Kindergeld erfüllt,

keinen Anspruch auf Kindergeld hat,

und zwar auch dann nicht, wenn er die Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 a und b EStG erfüllt,

und ein Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG wegen eines Krieges in seinem Heimatland, oder aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen gemäß §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG

wenn er die allgemeinen, für alle Kindergeldberechtigten geltenden Voraussetzungen für den Anspruch auf Kindergeld erfüllt,

nur dann, wenn er die weiteren Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 a und b EStG erfüllt, im Inland einen Anspruch auf Kindergeld hat,

ist nicht ersichtlich; denn für alle in Abschnitt 5 AufenthG geregelten Aufenthaltstitel bestimmt § 26 Abs. 2 AufenthG, dass die Aufenthaltserlaubnis nicht verlängert werden darf, wenn das Ausreisehindernis oder die sonstigen einer Aufenthaltsbeendigung entgegenstehenden Gründe entfallen sind.

Die Grundvoraussetzung des Anspruchs - Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit - hängt nicht von der voraussichtlichen Dauer des Aufenthalts ab

Die Grundvoraussetzung eines Anspruchs für die in § 62 Abs. 2 Nr. 2 EStG geregelten Aufenthaltstitel, für die sich die Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nicht bereits kraft Gesetzes (wie bei der in § 62 Abs. 2 Nr. 1 EStG angesprochenen Niederlassungserlaubnis) ergibt - das gilt insbesondere für die aus humanitären und ähnlichen Gründen erteilten Aufenthaltserlaubnisse -, orientiert sich nicht an der voraussichtlichen Dauer des Aufenthalts des Ausländers. Sie ist vielmehr gemäß § 4 Abs. 2 Satz 3 AufenthG von der Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit abhängig. Die Zustimmung orientiert sich gemäß §§ 18 und 39 AufenthG an den Erfordernissen des Wirtschaftsstandorts Deutschlands und des Arbeitsmarktes. Dies führt dazu, dass der Anspruch auf Kindergeld von - in Bezug auf das Kindergeld sachfremden - Erwägungen und Zufälligkeiten - z.B. ob andere Arbeitnehmer für den Arbeitsplatz zur Verfügung stehen, Art der Ermessensausübung des jeweiligen Bearbeiters - abhängt. Die Hindernisse, die zur Erteilung einer in Abschnitt 5 AufenthG geregelten Aufenthaltserlaubnis geführt haben, betreffen gerade nicht die Verhältnisse des Wirtschaftsstandorts Deutschlands und des Arbeitsmarktes, sondern die Verhältnisse des Heimatlandes des

Ausländers oder seine individuellen Gründe, die dazu führen, dass er nicht in sein Heimatland zurückkehren kann. Dies zeigt, dass die Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit kein geeignetes Differenzierungskriterium für die Feststellung ist, ob sich der Ausländer voraussichtlich dauerhaft im Inland aufhalten wird oder nicht. Es liegen daher in Bezug auf das Kindergeld sachfremde Differenzierungsgründe vor. Das Gericht teilt die von Werner (a.a.O.) hiergegen erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Für die dargestellten unterschiedlichen Regelungen lassen sich auch der Gesetzesbegründung keine Begründung im Einzelnen und keine sachlich gerechtfertigten Differenzierungsgründe entnehmen. Die verfassungsrechtlichen Einwendungen einzelner Abgeordneter und der Fraktionen der FDP und DIE LINKE (Bundestags-Drucksachen 16/3029 und 16/3030) teilt das Gericht; sie sind nicht berücksichtigt.

Die nicht folgerichtig umgesetzte Grundentscheidung des Gesetzgebers, Kindergeld nur jenen ausländischen Staatsangehörigen zu gewähren, die sich voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhalten, führt dazu, dass insbesondere Ausländer, denen aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wurde - jeweils abhängig von der Art ihres Aufenthaltsstatus - mal ohne weitere Voraussetzungen einen Anspruch auf Kindergeld haben, mal keinen Anspruch auf Kindergeld haben, mal nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 a und b EStG, ohne dass dafür sachlich gerechtfertigte Differenzierungsgründe ersichtlich sind; diese sind auch nicht aus der Gesetzesbegründung ersichtlich. Der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG wird dadurch verletzt. Durch die ungleiche Förderung der Familie ohne sachlich gerechtfertigte Differenzierungsgründe werden zugleich Art. 6 Abs. 1 und 2 GG verletzt.

Genereller Ausschluss vom Kindergeld, kein Gegenbeweis eines voraussichtlich dauerhaften Aufenthalts aufgrund der tatsächlichen Umstände möglich

Dass der Gesetzgeber bei bestimmten Arten von Aufenthaltstitel oder Aufenthaltsstatus von vornherein einen Anspruch auf Kindergeld ausschließt, setzt die Grundentscheidung des Gesetzgebers, Kindergeld nur jenen ausländischen Staatsangehörigen zu gewähren, die sich voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhalten, dann nicht folgerichtig um, wenn aufgrund der tatsächlichen Umstände des Aufenthalts trotz des nicht „richtigen“ Aufenthaltstitels von einem voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt in Deutschland auszugehen ist.

Nach der Entscheidung des BVerfG zum Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetz vom 04.12.2012 (1 BvL 4/12) ist bei der Prognose der Aufenthaltsdauer neben der Ausgestaltung des jeweiligen Aufenthaltstitels auch dessen Einbindung in die tatsächlichen Verhältnisse zu berücksichtigen.

Die Regelung in § 62 Abs. 2 EStG schließt die Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände des Aufenthalts bzw. die Widerlegung der Vermutung eines voraussichtlich nicht dauerhaften Aufenthalts in bestimmten Fällen von vornherein aus.

Dies betrifft Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis nach §§ 16 und 17 AufenthG, Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 18 Abs. 2 AufenthG, soweit die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit nach der BeschV nur für einen bestimmten Höchstzeitraum erteilt werden darf, gestattete und geduldete Ausländer.

Dies betrifft ferner Ausländer, die einen Antrag auf Erteilung eines in Bezug auf das Kindergeld günstigeren Aufenthaltstitels gestellt haben, für die jedoch aufgrund der Fiktionswirkung gemäß § 81 Abs. 4 AufenthG (zuvor § 69 Abs. 3 AuslG) bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde der alte (ungünstigere) Aufenthaltsstatus fort gilt. Das Gericht teilt die Auffassung des BFH, dass es für den Anspruch auf Kindergeld grundsätzlich auf den Besitz und nicht auf den Anspruch auf Erteilung des entsprechenden Aufenthaltstitels ankommt; die Überprüfung ausländerrechtlicher Entscheidungen ist nicht Sache der Familienkasse. Dass jedoch ohne jegliche Überprüfungsmöglichkeit starr nur auf den rechtlichen Titel ohne Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse abgestellt wird, führt zu nicht sachlich gerechtfertigten Ergebnissen.

Aufenthaltsgestattung nach dem AsylVfG

Es ist zunächst festzuhalten, dass sich ein Asylantragsteller rechtmäßig - wie dem Wort „gestattet“ zu entnehmen - im Inland aufhält, und zwar rechtmäßig nicht aufgrund eines Aufenthaltstitels nach dem AufenthG, jedoch kraft Gesetzes (§ 55 AsylVfG). Dass es sich nicht um einen rechtswidrigen Aufenthalt handelt, zeigt die Regelung in § 62 Abs. 2 Nr. 3a EStG, die für die erforderliche Voraufenthaltszeit Zeiten eines rechtmäßigen, geduldeten oder gestatteten Aufenthalts im Bundesgebiet einander gleichstellt. Im Beschluss zum AsylbLG vom 18.07.2012 (1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11) legt das BVerfG - wie oben wiedergegeben - zur tatsächlichen Dauer des Aufenthalts bei den Leistungsberechtigten im Anwendungsbereich des AsylbLG dar, dass diese sich teilweise langjährig hier aufhalten (juris, Rdz. 11). Es legt dar, dass sich jedenfalls nach einigen Jahren auch der Aufenthalt eines Asylbewerbers im Inland zu einem voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt verfestigen kann.

Zur Prognose der voraussichtlichen Aufenthaltsdauer führt das BVerfG aus: „Es liegt auch kein plausibler Beleg dafür vor, dass die vom Asylbewerberleistungsgesetz erfassten Leistungsberechtigten sich typischerweise nur für kurze Zeit in Deutschland aufhalten. ... Die im Asylbewerberleistungsgesetz in der Festlegung des Kreises der Berechtigten in § 1 AsylbLG angelegte Vermutung, sie alle hielten sich nur kurzzeitig in Deutschland auf, ist vor diesem Hintergrund jedenfalls erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Selbst wenn die Prognose für die Anfangszeit des Aufenthalts der Betroffenen noch aus dem Aufenthaltsstatus abgeleitet werden könnte, ist es jedenfalls für die in § 2 Abs. 1 AsylbLG vorgesehene Dauer von mittlerweile vier Jahren des Leistungsbezugs und folglich einem eventuell auch längeren Aufenthalt nicht mehr gerechtfertigt, von einem nur kurzen Aufenthalt mit möglicherweise spezifisch niedrigem Bedarf auszugehen.“

Diese Ausführungen, die nicht nur Asylbewerber, sondern auch die anderen nach dem AsylbLG Leistungsberechtigten betreffen, gelten zur Überzeugung des vorlegenden Gerichts sowohl für Asylbewerber als auch für geduldete Ausländer, die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen für einen voraussichtlich längerdauernden (mehrjährigen) Zeitraum nicht abgeschoben werden können. Das Gericht hält es für nicht sachlich gerechtfertigt, dass es ihnen ausgeschlossen ist, aufgrund der tatsächlichen Umstände ihres Aufenthalts einen voraussichtlich dauernden Aufenthalt nachzuweisen.

Die Auffassung, dass bei Asylbewerbern generell von einem voraussichtlich nicht dauerhaften Aufenthalt auszugehen ist, beinhaltet in der Konsequenz die Annahme, dass generell jeder Asylbewerber keinen Anspruch auf Asylgewährung hat oder abgelehnt werden wird. Diese Annahme widerspricht Art. 16 a GG.

Duldung

Nach der Auffassung des BFH ist bei einer Duldung ein Anspruch auf Kindergeld von vornherein ausgeschlossen, weil sich der Ausländer nicht rechtmäßig im Inland aufhält und keine langfristige Integration geduldeter Ausländer und ihrer Familien in der Bundesrepublik Deutschland beabsichtigt sei. Der Ausschluss eines geduldeten Ausländers vom Kindergeld, auch wenn er sich über einen längeren Zeitraum in der Bundesrepublik aufhalte und erwerbstätig sei, sei mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar (Urteil vom 15.03.2007, III R 93/03, BFHE 217, 443, BStBl II 2009, 905, Urteil vom 22.11.2007, III R 54/02, BFHE 220,45, BStBl II 2009, 913, Beschluss vom 14.06.2013, III B 119/12, juris). Es könne „bei der nach dem BVerfG-Beschluss in BVerfGE 111, 160, ... anzustellenden Prognose über die Dauer des Aufenthalts zunächst erwartet werden, dass sich ein Ausländer, dessen Aufenthalt geduldet ist, rechtstreu verhält und wieder ausreist oder dass ein Ausländer, der wegen eines Krieges in seinem Heimatland eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG oder eine Erlaubnis nach §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG erhalten hat, nach Wegfall der Gründe, die einer Rückkehr in sein Herkunftsland entgegengestanden waren, wieder heimkehrt.“ (BFH-Beschluss vom 11.07.2008, III B 167/07, juris). Die gegen die Entscheidung des BFH vom 11.07.2008 erhobene Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG mit Beschluss vom 09.12.2009 (2 BvR 1957/08, a.a.O.) nicht zur Entscheidung angenommen. Das BVerfG führt in seinem Beschluss u.a. 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).“

Diese Auffassung berücksichtigt nicht, dass die Ausreisepflicht zwar weiterhin besteht (§ 60a Abs. 4 AufenthG), jedoch gerade deshalb, weil die Abschiebung aus den in § 60 a AufenthG genannten, insbesondere tatsächlichen oder rechtlichen oder dringenden humanitären oder persönlichen Gründen ausgesetzt ist, die Ausreisepflicht hinter die Aussetzung der Vollziehung der Abschiebung zurückgestellt wird. Dem Ausländer, bei dem die Vollziehung der Abschiebung ausgesetzt ist, weil humanitäre oder persönliche Gründe vorliegen, z.B. weil ihm aufgrund der Verhältnisse im Heimatland eine Gefahr droht, vorzuwerfen, dass er nicht freiwillig ausreise, steht im Widerspruch dazu, dass gerade wegen dieser Gründe die Vollziehung ausgesetzt ist. Dass es anzuerkennende Gründe dafür gibt, dass der geduldete Ausländer die ihm eingeräumte Möglichkeit nutzt, nicht abgeschoben zu werden und im Inland bleibt, zeigt die Regelung in § 62 Abs. 2 Nr. 3a EStG, die für die erforderliche Voraufenthaltszeit Zeiten eines rechtmäßigen, geduldeten oder gestatteten Aufenthalts im Bundesgebiet einander gleichstellt.

Die Auffassung berücksichtigt nicht, dass es tatsächliche Umstände geben kann, bei denen aufgrund der Verhältnisse im Heimatland oder aus rechtlichen Gründen auch bei einem nur geduldeten Ausländer davon ausgegangen werden muss, dass er sich voraussichtlich dauerhaft in Deutschland aufhalten wird. Der Sachverhalt des vorliegenden Verfahrens, in dem der Kläger und seine Familie als palästinensische Volkszugehörige als Flüchtlinge im Libanon gelebt hatten und (bis zur Einbürgerung des Klägers) staatenlos sind bzw. waren, jedoch auch für einen nicht unerheblichen Zeitraum nur geduldet waren, zeigt dies. Es ist nicht ersichtlich, wie bzw. wohin ein staatenloser Ausländer abgeschoben werden könnte. Entsprechend ist nicht ersichtlich, dass sich dieser nicht voraussichtlich dauerhaft in Deutschland aufhalten wird. Der Sachverhalt des vorliegenden Verfahrens zeigt zudem, dass der Kläger sich von Anfang an bemüht hatte, durch Erwerbstätigkeit den Lebensunterhalt für sich und seine Familie sicherzustellen und deshalb die Familie nicht ausschließlich von Sozialleistungen gelebt hat. Das gleiche gilt, wenn dauerhafte humanitäre Gründe - Traumatisierung durch Inhaftierung und Misshandlung im Heimatland - dauerhaft einer Abschiebung entgegenstehen, wie vom Verwaltungsgericht (rechtskräftig) für die Ehefrau des Klägers im Verfahren 7 K 113/13 festgestellt. Auch der Kläger des vorgelegten Verfahrens zum Aktenzeichen 7 K 113/13 war im Zeitraum seiner mehr als 6-jährigen Duldung, soweit möglich bzw. erlaubt, erwerbstätig, sodass die Familie nicht ausschließlich von Sozialleistungen gelebt hat.

Rechtliche oder tatsächliche Umstände, die dazu führen können, dass trotz einer Duldung von einem voraussichtlich dauernden Aufenthalt auszugehen ist, können auch in der Person des Ehegatten bzw. anderen Elternteils vorliegen, sofern die Familienmitglieder tatsächlich miteinander verbunden sind. Dies ist insbeson-

dere der Fall, wenn sie zusammen mit dem Kind leben oder tatsächlich Umgang mit dem Kind haben. Liegen derartige familiäre Bindungen und bei einem Elternteil Hindernisse vor, die einer Abschiebung entgegenstehen bzw. hält sich dieser rechtmäßig (aufgrund eines Aufenthaltstitels nach dem AufenthG oder gestattet nach dem AsylVfG) im Inland auf, verletzt nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG die Abschiebung des anderen Elternteils die Grundrechte aus Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG (BVerfG, Beschlüsse vom 08.12.2005, 2 BvR 1001/04, FamRZ 2006, 187, vom 10.05.2008, 2 BvR 588/08, InfAuslR 2008, 347, vom 01.12.2008, 2 BvR 1830/08, BVerfGK 14, 458, vom 09.01.2009, 2 BvR 1064/08, NVwZ 2009, 387, vom 17.05.2011, 2 BvR 1367/10, FamRZ 2011, 1133; weitere Fundstellen in juris).

Angesichts des Umstandes, dass gerade die Verhältnisse im Heimatland den Ausländer dazu bringen, in der Bundesrepublik leben zu wollen, er deshalb soweit möglich, anstreben wird, hier bleiben zu können, ist die Auffassung, der ausreisepflichtige Ausländer möge freiwillig in das von ihm wegen der dortigen Verhältnisse verlassene Heimatland ausreisen, obwohl ihm eingeräumt worden ist, dass die Vollziehung der Abschiebung ausgesetzt ist, ein Wunschenken, dass nicht mit der Realität übereinstimmt. Dass nach der gesetzlichen Regelung die Realität eines tatsächlich mehrjährigen geduldeten Aufenthalts für die Prognose eines voraussichtlich dauerhaften Aufenthalts in Deutschland vollständig ausgeschlossen wird und damit ohne jegliche Prüfung der konkreten Verhältnisse kein Anspruch auf Kindergeld bestehen kann, hält das Gericht für einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Das BVerfG führt in seinem Beschluss zum AsylbLG vom 18.07.2012 (1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11) u.a. aus: „Selbst wenn die Prognose für die Anfangszeit des Aufenthalts der Betroffenen noch aus dem Aufenthaltsstatus abgeleitet werden könnte, ist es jedenfalls für die in § 2 Abs. 1 AsylbLG vorgesehene Dauer von mittlerweile vier Jahren des Leistungsbezugs und folglich einem eventuell auch längeren Aufenthalt nicht mehr gerechtfertigt, von einem nur kurzen Aufenthalt mit möglicherweise spezifisch niedrigem Bedarf auszugehen.“ Diese Ausführungen gelten zur Überzeugung des vorlegenden Gerichts in gleicher Weise für langjährig geduldete Ausländer. Da - so der BFH - keine langfristige Integration geduldeter Ausländer und ihrer Familien in der Bundesrepublik Deutschland beabsichtigt ist, ist davon auszugehen, dass die Ausländerbehörde sich bemühen wird, einen ausreisepflichtigen Ausländer abzuschicken; gemäß § 60a Abs. 5 Satz 2 wird die Aussetzung der Abschiebung widerrufen, wenn die der Abschiebung entgegenstehenden Gründe entfallen. Der langjährige geduldete Aufenthalt indiziert demgemäß, dass die Gründe derart gewichtig sein müssen, dass sie voraussichtlich weiterhin längerfristig nicht entfallen können; die zeitliche Dauer der Gründe, die zur Duldung geführt haben, indiziert, dass eher von einem voraussichtlich dauernden als von einem voraussichtlich nicht dauernden Aufenthalt in Deutschland auszugehen ist. § 62 Abs. 2 EStG orientiert sich insoweit ausschließlich an dem rechtlichen Status. In welchem Umfang und wie lange Ausländer in der Bundesrepublik tatsächlich geduldet leben, inwieweit sie tatsächlich die Bundesrepublik wieder verlassen oder weiterhin ggf. mit welchem Aufenthaltstitel und wie dauerhaft sie hier leben, lässt sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen. Die Altfallregelung in § 104a AufenthG zeigt, dass der Gesetzgeber selbst davon ausgeht, dass es Ausländer gibt, die zusammen mit ihrer Familie über viele Jahre hier geduldet leben. Es fehlt deshalb an einer den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung tragenden ausreichenden sachlichen Rechtfertigung der Differenzierung für den vollständigen

Ausschluss geduldeter Ausländer vom Kindergeld.

Das AufenthG sieht auch für geduldete Ausländer die Möglichkeit einer Integration in die Bundesrepublik Deutschland vor; dies zeigen die Regelungen zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an qualifizierte Geduldete in § 18a AufenthG und an geduldete gut integrierte Jugendliche und Heranwachsende in § 25a AufenthG.

Nach der Regelung in § 18a AufenthG setzt die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis u.a. voraus, dass der Ausländer entweder eine qualifizierte Berufsausbildung oder ein Hochschulstudium im Sinne des § 18a Abs. 1 Nr. 1 AufenthG oder mit einem Hochschulabschluss seit mindestens zwei Jahren eine dem Abschluss angemessene Beschäftigung ausgeübt hat oder als Fachkraft seit drei Jahren ununterbrochen eine Beschäftigung ausgeübt hat, die eine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt, und innerhalb des letzten Jahres vor Beantragung der Aufenthaltserlaubnis für seinen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen nicht auf öffentliche Mittel angewiesen war. Diese Regelung zeigt, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass es geduldete Ausländer geben kann, die nicht ausschließlich von Sozialleistungen leben.

Dass geduldete Ausländer nach einiger Zeit einen günstigeren Aufenthaltstitel erlangen und deshalb in einen Anspruch auf Kindergeld - für die Zukunft - hineinwachsen können, beseitigt nicht die Ungleichbehandlung für die vorangegangene geduldete Zeit.

Fortgeltung des bisherigen Aufenthaltstitels nach § 81 Abs. 4 AufenthG (vorher § 69 Abs. 3 AuslG)

Nach der Regelung in § 62 Abs. 2 EStG kommt es auf den tatsächlichen „Besitz“ des Aufenthaltstitels und den Besitz der Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit an, nicht auf den Anspruch darauf an (vgl. BFH, Urteil vom 27.01.2011, III R 45/09, BFHE 233,38, BStBl II 2011, 720, Urteil vom 26.08.2010, III R 47/09, BFHE 230, 563, Beschluss vom 09.11.2012, III B 138/11, BFH/NV 2013, 372). Die Überprüfung ausländerrechtlicher Entscheidungen kann nicht Sache der Familienkasse sein.

Die starre Anknüpfung an den (vorherigen, fortgeltenden) Aufenthaltstitel, ohne dass dem Ausländer die Möglichkeit eröffnet wird, im Einzelfall die Vermutung eines voraussichtlich nicht dauerhaften Aufenthalts zu widerlegen, und ohne die Einbeziehung der tatsächlichen Verhältnisse - etwa, dass der Ausländer aufgrund einer lohnsteuer- und sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit langjährig in den deutschen Arbeitsmarkt integriert ist und die Familie keine Sozialleistungen bezieht - bewirkt jedoch, dass das Kindergeld auch jenen Ausländern (bis zur Erlangung des „richtigen“ Titels) verwehrt wird, die sich voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhalten werden.

Den vollständigen Ausschluss von Ausländern vom Kindergeld, weil sie nicht bzw. noch nicht einem zum Anspruch berechtigten Aufenthaltstitel haben, obwohl sie vollständig in das deutsche Erwerbs- und Sozialversicherungssystem integriert sind und keinerlei Sozialleistungen beziehen, hält das Gericht unter

Einbeziehung der in § 31 EStG normierten Zwecks des Kindergeldes zur Förderung der Familie und der Ausführungen des BVerfG in seinem Beschluss vom 06.07.2004 (1 BvL 4/97) sowie des EGMR in seinem Urteil vom 25.10.2005 (59140/00) für eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung, die gegen Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 und 2 GG verstößt und deshalb verfassungswidrig ist.

In dem vorgelegten Verfahren zum Aktenzeichen 7 K 112/13 war der Kläger nach Abschluss seines Medizinstudiums seit mehreren Jahren als Arzt in der Weiterbildung zum Facharzt als ... an einem Krankenhaus aufgrund eines regulären Arbeitsvertrages lohnsteuer- und sozialversicherungspflichtig beschäftigt. Zumindest für einen Teil des Streitzeitraums wurde ihm die Befugnis zur Ausübung seiner ärztlichen Tätigkeit „im Interesse der ärztlichen Versorgung der Bevölkerung“ erteilt. Seit dem Abschluss seines Medizinstudiums im Jahr 2002 ist der Kläger - zunächst als angestellter Krankenpfleger, sodann als Arzt im Praktikum, seit 2003 als Assistenzarzt in der Weiterbildung zum Facharzt - in den deutschen Arbeitsmarkt integriert; die Familie hat keinerlei gegenüber dem Kindergeld nachrangige Sozialleistungen bezogen. Im Juni 2003 beantragte der Kläger die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung. Bis zur Entscheidung über diesen Antrag - die erst im Jahr 2005 mit Wirkung ab Februar 2005 erfolgte - galt gemäß § 69 Abs. 3 AuslG (heute § 81 Abs. 4 AufenthG) die für das Studium und die Tätigkeit als Arzt im Praktikum geltende Aufenthaltsbewilligung gemäß § 28 AuslG, die einer nicht zum Anspruch auf Kindergeld berechtigenden Aufenthaltserlaubnis gemäß §§ 16, 17 AufenthG entspricht, weiter. Erst ab Februar 2005 erhielt der Kläger aufgrund seiner Beschäftigung eine Aufenthaltserlaubnis nach § 18 Abs. 4 AufenthG, die ihn ohne weitere Voraussetzungen zum Anspruch auf Kindergeld berechtigte und entsprechend ab Februar 2005 Kindergeld. Im Februar 2008 erteilte - bei unverändertem Sachverhalt - die Ausländerbehörde eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 17 AufenthG, die ihn unter keiner Voraussetzung zum Anspruch auf Kindergeld berechtigte und die Familienkasse hob entsprechend die Festsetzung des Kindergeldes ab März 2008 wieder auf. Im Januar 2010 erteilte - bei weiterhin unverändertem Sachverhalt - die Ausländerbehörde eine Aufenthaltserlaubnis wiederum nach § 18 Abs. 4 AufenthG mit der Folge, dass die Familienkasse ab Januar 2010 nunmehr wieder Kindergeld festsetzte.

Das Gericht ist der Auffassung, dass der Kläger des vorgelegten Verfahrens 7 K 112/13 - spätestens - seit der Tätigkeit als in Vollzeit angestellter Arzt im Krankenhaus vollständig in den deutschen Arbeitsmarkt und das deutsche Sozialversicherungssystem integriert war. Der Bescheid der Ärztekammer belegt, dass eine derartige Tätigkeit „im Interesse der ärztlichen Versorgung der Bevölkerung“ steht. Das Gericht hält es für einen Wertungswiderspruch und für nicht folgerichtig, wenn ein Vollzeit im Interesse der ärztlichen Versorgung der Bevölkerung erwerbstätiger Arzt, der seit mehreren Jahren in den deutschen Arbeitsmarkt und das deutsche Sozialversicherungssystem integriert ist, nur deshalb keinen Anspruch auf Kindergeld haben kann, weil er aufgrund von Umständen, die er nicht beeinflussen kann - hier: Dauer der Bearbeitung durch die Ausländerbehörde -, noch nicht den „richtigen“ Aufenthaltstitel erlangt hat und deshalb der „falsche“ Aufenthaltstitel als fortbestehend gilt. Durch die starre Anknüpfung an den Aufenthaltstitel werden die tatsächlichen Verhältnisse vollständig ausgeblendet, obwohl sie für die Prognose, ob sich der Ausländer voraussichtlich dauerhaft in Deutschland aufhalten wird, auch eine erhebliche Bedeutung haben.

Der Umstand, dass der Anspruch des Klägers auf Kindergeld in dem vorgelegten Verfahren 7 K 112/13 auch in der Zeit ab erstmaliger Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 18 AufenthG davon abhing, ob - bei unveränderten tatsächlichen Verhältnissen - die Ausländerbehörde die Aufenthaltserlaubnis nach § 18 (mit Anspruch auf Kindergeld), dann für einen gewissen Zeitraum nach § 17 AufenthG (ohne Anspruch auf Kindergeld) und dann wieder nach § 18 AufenthG (wieder mit Anspruch auf Kindergeld) erteilt hatte, belegt, dass durch das starre Anknüpfen an den jeweiligen Aufenthaltstitel bzw. den vollständigen Ausschluss vom Kindergeld für Inhaber bestimmter Aufenthaltstitel der Anspruch auf Kindergeld sich nicht nach dem in § 31 EStG zum Ausdruck gekommenen Förderungszweck bestimmt, sondern nach - aus der Sicht der Familie und der Kinder und in Bezug auf das Kindergeld sachfremden und nicht am Kindeswohl orientierten - Differenzierungskriterien und von Umständen (jeweilige Auffassung des Sachbearbeiters der Ausländerbehörde über die Art des zu gewährenden Aufenthaltstitels) abhängt, auf die der Kläger keinen Einfluss hat.

Der Sachverhalt zeigt, dass durch die starre Bindung an den jeweiligen Aufenthaltstitel ohne Möglichkeit der Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse die Entscheidung darüber, ob der Ausländer zum Anspruch auf Kindergeld berechtigt ist, tatsächlich nicht die Familienkasse, sondern die Ausländerbehörde trifft. Diese wiederum orientiert sich bei ihrer Entscheidung nicht am Zweck des Kindergeldes, sondern an anderen - ausländerrechtlichen - Erwägungen. Für die Festsetzung des Kindergeldes sind mithin nicht für das Kindergeld, sondern anderweitige - in Bezug auf das Kindergeld sachfremde - Erwägungen Grundlage dafür, ob ein Kindergeldanspruch besteht oder nicht. Das ist nicht folgerichtig und führt zu einem Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

Der Streitfall zeigt die wechselseitige Verknüpfung der Anspruchsvoraussetzungen

Der Anspruch auf Kindergeld des berechtigt erwerbstätigen Klägers war nach § 62 Abs. 2 Nr. 2c i.V.m. Nr. 3b EStG davon abhängig, ob er im Besitz einer der dort angeführten „passenden“ Aufenthaltserlaubnisse - hier: gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG - war.

Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG (bzw. die nach dem zuvor geltenden AuslG entsprechende Aufenthaltsbefugnis nach § 30 Abs. 4 AuslG) war wiederum (neben anderen Gesichtspunkten) mit davon abhängig, ob der Kläger einen Anspruch auf Kindergeld hatte.

Die einkommensteuerlichen Voraussetzungen eines Anspruchs auf Kindergeld und die ausländerrechtlichen Regelungen auf Erteilung eines der in § 62 Abs. 2 EStG aufgeführten Aufenthaltstitel mit einem möglichen Anspruch auf Kindergeld sind damit wechselseitig miteinander verknüpft. Die eine Rechtsfolge (Kindergeld) setzt die andere Rechtsfolge (passender Aufenthaltstitel) voraus, für die wiederum - zumindest im Regelfall, vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG und § 2 Abs. 3 Satz 2 AufenthG - die erstgenannte Rechtsfolge (Kindergeld) von erheblicher Bedeutung sein kann.

Der Streitfall zeigt: Der Anspruch auf Kindergeld hängt von mehreren Ermessensentscheidungen ab

Das vorliegende Verfahren zeigt, dass der Anspruch auf Kindergeld von mehreren zuvor erforderlichen Ermessensentscheidungen abhängt. Die Bundesagentur für Arbeit muss zunächst gemäß § 4 Abs. 2 AufenthG der Erteilung bzw. gemäß § 4 Abs. 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 AufenthG der Verlängerung eines Aufenthaltstitels mit der Berechtigung zur Erwerbstätigkeit zustimmen; ihr Ermessen hat sie unter Zugrundelegung insbesondere der Erfordernisse des Wirtschaftsstandortes Deutschland und der Verhältnisse am Arbeitsmarkt auszuüben (§ 18 Abs. 1 AufenthG). Diese Aufenthaltstitel sind im Streitfall die am ... 2002 erteilte Aufenthaltsbefugnis und ihre jeweiligen Verlängerungen bzw. für den Streitzeitraum die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG mit der Auflage, dass die Arbeitsaufnahme nur mit gültiger Arbeitserlaubnis gestattet war. Sodann muss die Bundesanstalt für Arbeit bzw. die Bundesagentur für Arbeit eine Arbeitsgenehmigung für die konkrete Beschäftigung erteilen; ihr Ermessen hat sie unter Zugrundelegung der auf die konkreten Verhältnisse am Arbeitsmarkt und etwaiger anderer für die Arbeitsstelle zur Verfügung stehender Bewerber auszuüben (§ 39 Abs. 3 i.V.m. § 39 Abs. 2 AufenthG, vgl. für den Streitfall den Widerspruchsbescheid des ... vom ...2000). Die Ausländerbehörde musste im Streitfall - unter Zugrundelegung ausländerrechtlicher Erwägungen - entscheiden, ob sie eine Aufenthaltsbefugnis nach § 7 Abs. 1 i.V.m. § 30 Abs. 4 AuslG erteilte und ob sie diese nachfolgend verlängerte. Sie muss - unter Zugrundelegung ausländerrechtlicher Erwägungen - entscheiden, ob sie eine Aufenthaltserlaubnis - hier: nach § 25 Abs. 5 AufenthG - erteilt bzw. verlängert. Die Ausländerbehörde musste im Streitfall ferner - unter Zugrundelegung ausländerrechtlicher und humanitärer Erwägungen - bei der Erteilung der Aufenthaltsbefugnis im ... 2002 entscheiden, ob sie eine Ausnahme vom Regelversagungsgrund des § 7 Abs. 2 AuslG zulassen wollte.

Die Ermessenserwägungen betreffen weder auf den Zweck des Kindergeldes - Förderung der Familie - bezogene Umstände, noch Umstände, die mit der voraussichtlichen Dauer des Aufenthalts zusammenhängen; dies gilt insbesondere bei Titeln aus humanitären, völkerrechtlichen und politischen Gründen nach Abschnitt 5 des AufenthG, die nicht wegen der hiesigen Verhältnisse am Arbeitsmarkt, sondern wegen der Verhältnisse im Heimatland oder der persönlichen Umstände des Ausländers erteilt werden.

Dass der Anspruch auf Kindergeld von mehreren Ermessensentscheidungen abhängt, deren Erwägungen nicht auf den Zweck des Kindergeldes - Förderung der Familie - und den (vom BVerfG als Differenzierungsgrund anerkannten) voraussichtlich dauernden Aufenthalt abstellen, hält das Gericht für nicht vereinbar mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

Ungleichbehandlung bei lohnsteuer- und sozialversicherungspflichtiger Erwerbstätigkeit

Durch den Ausschluss vom Kindergeld wird ein - zumindest bei mehrjähriger Tätigkeit - in den deutschen Arbeitsmarkt integrierter lohnsteuer- und sozialversicherungspflichtiger Kläger benachteiligt, wenn er zu der vom BVerfG in seinem Beschluss vom 06.07.2004 (1 BvL 4/97) angesprochenen Gruppe von Personen

gehört, deren durch die Belastung mit den persönlichen und finanziellen Aufwendungen für ihre Kinder „verminderte finanzielle Leistungsfähigkeit nicht berücksichtigt“ wird, „weil sie nicht oder nicht in vollem Umfang von den steuerrechtlich vorgesehenen Kinderfreibeträgen profitierten, gleichzeitig aber auch nicht ausschließlich von Sozialhilfe leben mussten.“ So ist der Sachverhalt im vorliegenden Verfahren und insbesondere in dem vorgelegten Verfahren 7 K 112/13 gelagert.

Während bei einem Ausländer, der so viel verdient, dass der Abzug der steuerlichen Kinderfreibeträge günstiger ist, die Verminderung seiner Leistungsfähigkeit durch seine Kinder unabhängig vom Aufenthaltsstatus vollständig berücksichtigt wird, kommt es bei demjenigen, der weniger verdient - dessen Familie damit typisiert eher förderungsbedürftig ist, weil ihr weniger Einkünfte zum Lebensunterhalt zur Verfügung stehen - darauf an, welchen Aufenthaltsstatus bzw. Aufenthaltstitel er besitzt und ggf. welche weiteren in § 62 Abs. 2 EStG geregelten Voraussetzungen er erfüllt. Dies hält das vorlegende Gericht unter Berücksichtigung des sozialstaatlichen Schutzauftrages aus Art. 6 Abs. 1 GG für einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Die Aufwendungen für Kinder belasten die Familie unabhängig davon, welchen Aufenthaltsstatus oder Aufenthaltstitel die Eltern innehaben.

Des Weiteren verstößt es gegen das Gebot der gleichmäßigen Besteuerung und der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit, wenn Ausländer, die einkommensteuerpflichtig erwerbstätig sind, wie alle übrigen Steuerpflichtigen tatsächlich Einkommensteuer zahlen, ihnen jedoch nicht in gleicher Weise die einkommensteuerfinanzierte Steuervergütung Kindergeld zusteht. Das Gericht teilt die von Werner (a.a.O.) dargelegten verfassungsrechtlichen Bedenken.

Ungleichbehandlung gegenüber voraussichtlich nicht dauerhaft im Inland tätigen EU-Ausländern

EU-Ausländer, die sich als entsandte Arbeitnehmer von vornherein geplant nicht dauerhaft im Inland aufhalten und deren Familie einschließlich der Kinder ihren Lebensmittelpunkt im (EU-) Ausland (im Sinne des § 63 Abs. 1 Satz 3 EStG) hat, haben einen Anspruch auf Kindergeld. Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 12.06.2012 (C - 611/10 und C 612/10, DStRE 2012, 999) haben entsandte Wanderarbeitnehmer, die im Inland vorübergehend eine Arbeit ausführen und nicht in das inländische Sozialversicherungssystem eingegliedert sind, für ihre im Heimatland lebenden Kinder einen Anspruch auf deutsches Kindergeld bzw. Differenzkindergeld, soweit ein Anspruch auf ausländisches Kindergeld besteht, sofern sie die für alle Kindergeldberechtigten geltenden allgemeinen Voraussetzungen für den Anspruch auf Kindergeld erfüllen (ebenso im Anschluss an die Entscheidung des EuGH der BFH, Urteil vom 16.05.2013, III R 8/11, BFHE 241, 511). Dies gilt auch für im Inland tätige Selbständige (vgl. BFH, Urteil vom 13.06.2013, III R 63/11, BFHE 242, 34, BFH/NV 2013, 1872) und Saisonarbeiter (vgl. BFH-Urteil vom 18.07.2013, III R 59/11, BFH/NV 2013, 1992, vom 18.07.2013, III R 9/09, juris). Der Anspruch setzt nicht voraus, dass sich der Ausländer voraussichtlich dauerhaft in Deutschland aufhalten wird und besteht auch, wenn der Aufenthalt voraussichtlich nur vorübergehend ist.

Nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer, auf die das Aufenthaltsgesetz anzuwenden ist, die mit ihrer Familie im Inland leben und keinen Anspruch auf Kindergeld haben, werden von der Begünstigung Kindergeld ausgeschlossen und damit ungleich behandelt gegenüber EU-Ausländern. Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit und den Aufenthaltstitel ist jedoch nach den Entscheidungen des BVerfG zum Kindergeld für Ausländer vom 06.07.2004 (1 BvL 4/97) und zum Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetz vom 07.02.2012 (1 BvL 14/07) in Bezug auf das Kindergeld ein ungeeignetes Differenzierungskriterium. Denn nach § 31 EStG dient das Kindergeld der Förderung der Familie und der Schutz der Ehe und Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG steht allen zu, unabhängig von Staatsangehörigkeit und Aufenthaltsstatus.

Die ausländische Familie wird sogar noch über eine im Inland lebende Familie, die einen Anspruch auf Kindergeld hat, hinaus gefördert.

Die Familie mit den im Ausland (in einem der Regelung des § 32 Abs. 6 Satz 4 EStG unterfallenden EU-Staat) lebenden Kindern wird erheblich mehr gefördert, als die Familie mit den im Inland lebenden Kindern, weil durch das volle deutsche Kindergeld in Höhe der in § 66 EStG geregelten Beträge (ggf. im Zusammenrechnen mit dem niedrigeren ausländischen Kindergeld und der Zahlung des deutschen Differenzkindergeldes) unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Werts des Kindergeldes (Kaufkraft) die voraussichtlich dauerhaft ihren Lebensmittelpunkt im EU-Ausland beibehaltende Familie erheblich mehr Förderung erhält, als der im Inland ansässige Ausländer, der zumindest einen dauerhaften Aufenthalt im Inland anstrebt und dessen Kinder im Inland leben, teilweise auch hier geboren werden, und hier aufwachsen. Entsandte Ausländer aus einem EU-Staat sind nicht in das deutsche Sozialversicherungssystem integriert. Ihr Aufenthalt im Inland ist, wie aus den insbesondere für Polen entschiedenen Fällen ersichtlich ist, von vornherein nur für bestimmte Zeiträume, nämlich für den Zeitraum ihrer Entsendung, zeitlich begrenzt. Der Lebensmittelpunkt der Familie besteht weiterhin im Ausland, wenn der Ehepartner und die Kinder dort in der Familienwohnung weiterhin leben. Durch das in voller Höhe gezahlte deutsche Kindergeld werden unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Wohnsitzlandes bzw. der Kaufkraft und den höheren wirtschaftlichen Wert des gezahlten Kindergeldes diese Familien gegenüber Familien, die mit ihren Kindern im Inland leben, erheblich begünstigt; sie werden gefördert nicht nur für ihre Aufwendungen zur Deckung des Existenzminimums, sondern erheblich darüber hinaus. Diese Ungleichbehandlung betrifft sowohl mit ihrer Familie im Inland lebende Ausländer unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus als auch inländische (deutsche) Familien.

Einen sachlichen Grund für die ungleiche Begünstigung kann das Gericht nicht erkennen. Es ist nicht schlüssig, warum im Inland lebende Familien, die zumindest einen dauerhaften Aufenthalt anstreben, deren Kinder teilweise hier geboren sind und die hier aufwachsen und teilweise bereits mehrere Jahre tatsächlich im Inland leben, die aber nicht den „richtigen“ Titel haben, vom Bezug des Kindergeldes ausgeschlossen sind, während eine Förderung für die voraussichtlich weiterhin mit Lebensmittelpunkt im EU-Ausland lebende Familie erfolgt, die erheblich über die mit dem Kindergeld bezweckte Sicherung des Existenzminimums hinausgeht. Dass es sich um einen EU-Ausländer handelt, stellt keinen zulässigen Differenzierungsgrund dar,

weil sich die Differenzierung dann letztlich nur an der Staatsangehörigkeit bzw. dem Aufenthaltsstatus orientiert.

Würdigung der Gesamtheit der Regelungen

Die Würdigung der gesamten Regelungen ergibt:

Stellt man die gesetzlichen Differenzierungen dem Zweck des Kindergeld (§ 31 EStG: Förderung der Familie), ergibt sich insbesondere unter Berücksichtigung des Schutzes aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG kein zulässiger sachlicher Rechtfertigungsgrund für die in § 62 Abs. 2 EStG geregelten unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen.

Die Familie eines erwerbstätigen Ausländers, der das Einkommen aus Erwerbstätigkeit zur Verfügung steht, und die nach der Regelung aufenthaltsrechtlich eher die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Kindergeld erfüllen kann, ist typisiert weniger schutz- und damit förderungsbedürftig als die Familie eines Ausländers, der nicht erwerbstätig ist. Die Kinder der letztgenannten Familie werden durch die Verwehrung von Kindergeld doppelt benachteiligt: zum einen leben sie in einer Familie, die kein eigenes Erwerbseinkommen hat - sind daher in vermehrtem Umfang schutz- und hilfebedürftig -, zum anderen erhalten sie zusätzlich nicht die der erwerbstätigen Familie gewährte Förderung. Dass diese Förderung auch im Falle des Bezugs von Sozialleistungen dennoch zumindest teilweise der Familie und damit zugleich den Kindern auch wirtschaftlich zugute kommen kann, ist nachfolgend dargestellt.

Das Gericht ist deshalb davon überzeugt, dass die Regelungen in § 62 Abs. 2 EStG gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG und den Schutz der Familie und des Elternrechts in Art. 6 Abs. 1 und 2 GG verstoßen und deshalb verfassungswidrig sind.

Verletzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG und des Schutzgebots für Mütter des Art. 6 Abs. 4 GG

Das BVerfG hat in seinem Beschluss zum Erziehungs- bzw. Elterngeld für Ausländer vom 10.07.2012 (1 BvL 2/10, 1 BvL 3/10, 1 BvL 4/10 und 1 BvL 3/11) unter II dargelegt, dass die mit § 62 Abs. 2 Nr. 2c i.V.m. Nr. 3 EStG wortgleichen Regelungen des BERzGG bzw. des BEEG gegen das Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG) verstoßen.

Zur Überzeugung des Senats gelten die Ausführungen des BVerfG zu der Frage, ob die Regelung in § 1 Abs. 6 Nr. 3b BERzGG bzw. des § 1 Abs. 7 Nr. 3c BEEG als Abgrenzungskriterium für die Bestimmung eines voraussichtlich dauerhaften Aufenthalts geeignet ist, nicht nur für das Erziehungs- bzw. Elterngeld, sondern in gleicher Weise für die wortgleiche Vorschrift des § 62 Abs. 2 Nr. 2c i.V.m. Nr. 3b EStG für den Anspruch auf Kindergeld. Nicht nur die Verwehrung von Erziehungs- bzw. Elterngeld, sondern auch von Kindergeld

benachteiligt Frauen, die aufgrund ihrer Mutterschaft aus rechtlichen und/oder tatsächlichen Gründen die Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 EStG schwieriger erfüllen können als Männer; die Regelung verletzt damit das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 3 GG und berührt auch das durch Art. 6 Abs. 2 GG geschützte und nicht auf Deutsche beschränkte Elternrecht und den Anspruch der Mutter auf Schutz und Fürsorge durch die Gemeinschaft gemäß Art. 6 Abs. 4 GG.

Das BVerfG führt unter II des Beschlusses u.a. aus:

„II.

§ 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG verstoßen gegen das Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG).

1. Die vorgelegten Regelungen benachteiligen Frauen im Vergleich zu Männern, weil sie den Anspruch auf Erziehungs- oder Elterngeld bei der durch § 1 Abs. 6 Nr. 2 Buchstabe c BErzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 2 Buchstabe c BEEG erfassten Personengruppe von Voraussetzungen abhängig machen, die Frauen schwerer erfüllen können als Männer.

Die vorgelegten Regelungen benachteiligen Frauen, weil diese nach der Geburt eines Kindes aufgrund mutterschutzrechtlicher Vorschriften - anders als Männer - nicht erwerbstätig werden dürfen und insoweit im Gegensatz zu Männern aus rechtlichen Gründen die Voraussetzungen von § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG (erste und zweite Alternative) objektiv nicht erfüllen können. Während der Mutterschutzfrist ist die Fortsetzung oder die Aufnahme einer gemäß § 1 MuSchG in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallenden Beschäftigung ausgeschlossen (§ 6 Abs. 1 MuSchG). Unabhängig davon, ob eine Mutter in den ersten Wochen nach der Geburt rein physisch einer Beschäftigung nachgehen kann, hat sie rechtlich gar nicht die Möglichkeit, erwerbstätig zu sein oder dem Arbeitsmarkt zur Verfügung zu stehen und damit Erziehungs- oder Elterngeld nach der ersten oder zweiten Alternative von § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG zu erhalten. Dies wird nur zum Teil durch die Gewährung von Mutterschaftsgeld nach § 13 MuSchG kompensiert, weil nicht alle Betroffenen Mutterschaftsgeld erhalten und weil das Mutterschaftsgeld der Höhe nach nicht notwendig dem entgangenen Erziehungs- oder Elterngeld entspricht.

§ 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG bewirken über die achtwöchige Mutterschutzfrist hinaus dadurch eine Ungleichbehandlung von Frauen und Männern, dass stillenden Müttern die Ausübung einer Erwerbstätigkeit praktisch nur unter erschwerten Umständen möglich ist. Grundsätzlich müssen sich Mütter nicht entgegenhalten lassen, sie stillten ihr Kind freiwillig und hätten, wenn sie auf das Stillen verzichteten, (nach der Mutterschutzfrist) die gleichen Möglichkeiten, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen wie Männer. Dem steht Art. 6 Abs. 4 GG entgegen, der gerade auch stillenden Müttern während der durch die Mutterschaft bedingten Einschränkungen der Erwerbstätigkeit einen besonderen Anspruch auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft gewährt.

2. Diese Ungleichbehandlung ist an Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zu messen. Die zur Prüfung vorgelegten Regelungen sind zwar geschlechtsneutral formuliert. Sie knüpfen weder ausdrücklich an das Geschlecht an noch beziehen sie sich unmittelbar auf ein Merkmal, das nur Frauen oder nur Männer treffen kann. Vielmehr ist die Leistungsgewährung in der ersten und zweiten Alternative unter die Bedingung der tatsächlichen Ausübung einer Erwerbstätigkeit beziehungsweise der tatsächlichen Verfügbarkeit für den Arbeitsmarkt gestellt. Die daraus resultierende Benachteiligung von Frauen hinsichtlich der Anspruchsberechtigung nach Bundeserziehungsgeldgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz ist jedoch aufs Engste mit den rechtlichen und biologischen Umständen der Mutterschaft verbunden und kommt darum einer unmittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts besonders nahe. Ob auch in anders gelagerten Fällen eine geschlechtsneutral formulierte Regelung, die im Ergebnis überwiegend Angehörige eines Geschlechts trifft, an Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zu messen ist (vgl. BVerfGE 97, 35 <43>; 104, 373 <393>; 121, 241 <254 f.>) oder ob dann Art. 3 Abs. 2 GG zur Anwendung kommt (vgl. BVerfGE 113, 1 <15>; 126, 29 <53>), bedarf hier keiner Entscheidung.

Eine Benachteiligung wegen des Geschlechts ist nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nur zulässig, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur bei Männern oder nur bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich ist (vgl. BVerfGE 85, 191 <207>; 92, 91 <109>; 114, 357 <367>). Eine Regelung, die weder an das Geschlecht anknüpft noch Merkmale verwendet, die von vornherein nur Frauen oder nur Männer treffen können, die aber, wie hier, Frauen aufgrund rechtlicher und biologischer Umstände der Mutterschaft gegenüber Männern benachteiligt, unterliegt nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ebenfalls strengen Rechtfertigungsanforderungen. Ausnahmsweise mag sie vor Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG auch durch sonstige Sachgründe zu rechtfertigen sein, die jedoch von erheblichem Gewicht sein müssten.

3. Die Benachteiligung von Frauen lässt sich hier schon deshalb nicht rechtfertigen, weil sich mit der durch die vorgelegten Regelungen vorgenommenen Differenzierung die gesetzgeberische Absicht, die Fälle voraussichtlich langer Aufenthaltsdauer zu erfassen, mangels Prognoseeignung der dafür verwendeten Merkmale nicht erreichen lässt (siehe oben, I.).“

Das BVerfG hat dargelegt, dass Müttern auch für einen über die Mutterschutzfrist hinausgehenden Zeitraum die Ausübung einer Erwerbstätigkeit bzw. die Erfüllung der Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 2c i.V.m. Nr. 3 EStG nur unter erschwerten Umständen möglich ist. Diesem Umstand tragen die Regelungen des § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II und des § 1615 I BGB Rechnung. Die Regelungen zum Bundeselterngeld und nachfolgend (ab 01.08.2013) zum Betreuungsgeld im BEEG sollen darüber hinaus die Wahlfreiheit der Eltern in den ersten drei Lebensjahren eines Kindes zur Selbstbetreuung und -erziehung gewährleisten; nach der Vorstellung des Gesetzgebers handelt es bei der Wahlfreiheit um ein durch Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG geschütztes Recht. Sowohl § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II als auch § 1615 I Abs. 2 BGB gehen davon aus, dass zumindest in den ersten drei Lebensjahren eines Kindes die Ausübung einer Erwerbstätigkeit für den vorrangig betreuenden Elternteil - dies sind in der Realität immer noch mehr die Mütter als die Väter - erschwert ist.

Die Regelung des § 62 Abs. 2 Nr. 2c i.V.m. Nr. 3 EStG verletzt damit auch das Schutzgebot des Art. 6 Abs. 4 GG jedenfalls für einen gewissen Zeitraum nach der Geburt - z.B. drei Jahre unter Einbeziehung der in § 10 SGB II, § 1615 I BGB und der Einführung des Betreuungsgeldes zum Ausdruck gekommenen Vorstellung des Gesetzgebers.

Hiergegen kann nicht eingewendet werden, dass der Vater des Kindes bei Erfüllen der Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 EStG einen Anspruch auf Kindergeld haben könnte. Zum einen wird eine Grundrechtsverletzung nicht dadurch geheilt, dass möglicherweise ein anderer den Anspruch haben kann. Ferner kann auch der Vater wegen der Betreuung und Erziehung des Kindes an der Ausübung einer Erwerbstätigkeit gehindert sein; dies bedeutet nicht zwingend, dass die Mutter erwerbstätig sein kann, z.B. wenn die Mutter das Kind wegen Krankheit oder Behinderung nicht selbst betreuen kann. Des Weiteren fehlt es an einem möglichen Anspruch des Vaters von vornherein, wenn dieser nicht im Inland Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat, so der Fall in den vom Gericht vorgelegten Verfahren zu den Aktenzeichen 7 K 9/10 und 7 K 116/13. Davon betroffen sind u.a. insbesondere Frauen, die im Inland eine Aufenthaltserlaubnis haben, weil sie vor ihrem im Ausland lebenden Ehemann geflohen sind (vgl. den Sachverhalt des Verfahrens 7 K 9/10).

Das vorliegende Gericht hält es für einen Wertungswiderspruch und für nicht folgerichtig, wenn nach der Entscheidung des BVerfG vom 10.07.2012, die die besonderen Anspruchsvoraussetzungen des § 1 Abs. 6 Nr. 3b BErzGG bzw. des § 1 Abs. 7 Nr. 3 b BEEG für nichtig erklärt hat, Mütter einen Anspruch nach dem BErzGG bzw. dem BEEG ohne Erfüllung der zusätzlichen - wortgleich in § 62 Abs. 2 Nr. 2c i.V.m. Nr. 3b EStG geregelten - Voraussetzungen haben, nicht jedoch auf Kindergeld. Auch Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG werden dadurch verletzt.

Auch beim Bezug von Sozialleistungen kann das Kindergeld der Familie wirtschaftlich zugute kommen

Die Auffassung, dass die Entscheidung des BVerfG keine Auswirkung auf das Kindergeld habe, weil Ausländer mit einem Aufenthaltsstatus ohne Anspruch auf Kindergeld typischerweise Sozialleistungen bezögen, typischerweise ein Erstattungsanspruch bestehe und damit das Kindergeld für die Kindergeldberechtigten wirtschaftlich keine Auswirkung habe, teilt das Gericht nicht.

Zirkelschluss: Erstattungsanspruch setzt den Anspruch auf Kindergeld voraus

Im Übrigen handelt es sich bei diesem Argument um einen Zirkelschluss. Der Erstattungsanspruch setzt zunächst voraus, dass überhaupt ein Anspruch auf Kindergeld besteht und kann deshalb logisch der Entstehung des Anspruchs nicht entgegenstehen. Erst wenn ein Anspruch besteht, kann als zweiter Schritt geprüft werden, ob und ggf. in welcher Höhe ein Erstattungsanspruch besteht. Wird bereits der Entstehung des Anspruchs auf Kindergeld entgegengehalten, es bestehe ein Erstattungsanspruch und deshalb bestehe auch kein Anspruch auf Kindergeld, wird die gesetzliche Reihenfolge verkehrt. Dies steht im Widerspruch zur gesetzlichen Regelung (§ 74 Abs. 2 EStG i.V.m. §§ 102 bis 109, 111 bis 113 SGB X und die Regelungen über die Nachrangigkeit in den einzelnen Leistungsgesetzen), dass den nachrangig leistenden Sozialleistungsträgern (Kommune, Region, Jobcenter) das vom Bund und den Ländern (als Teil der Einkommensteuer) zu tragende Kindergeld zustehen soll; die durch diese gesetzlichen Regelungen vorgesehene Lastenteilung wird zu Lasten der nachrangig leistenden Sozialleistungsträger verkehrt.

Die Auffassung, dass Ausländer ohne Kindergeldanspruch nach § 62 Abs. 2 EStG stets Sozialleistungen beziehen, die zu einem Erstattungsanspruch führen, beruht auf Annahmen

Unabhängig von Vorstehendem liegt der Auffassung des BFH die Annahme zugrunde, dass jeder Ausländer, der Kindergeld beantragt und nicht den „richtigen“ Titel hat bzw. die aufgrund seines Titels weiter erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, Sozialleistungen mindestens in Höhe des Kindergeldes bezieht. Ferner beinhaltet die Auffassung des BFH, dass das Kindergeld stets auf die Sozialleistungen anzurechnen sei. Des Weiteren liegt die Annahme zugrunde, dass auch hinsichtlich abgelaufener Zeiträume ein Anspruch auf Kindergeld grundsätzlich immer aufgrund eines Bezugs von Sozialleistungen als erfüllt gelten würde und damit für die Kindergeldberechtigten keinen wirtschaftlichen Wert habe.

Die Vermutung, dass Ausländer, die auch nach der Neuregelung die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Kindergeld nicht erfüllen, stets von Sozialleistungen mindestens in Höhe des Kindergeldes leben, teilt das Gericht nicht. Es ist denkbar, dass auch Ausländer, die nicht oder noch nicht einen für den Anspruch auf Kindergeld ausreichenden Aufenthaltsstatus haben, ausreichende Einkünfte erzielen, die aus einer anderen Einkunftsquelle als Erwerbstätigkeit, Geldleistungen nach dem SGB III oder aufgrund von Elternzeit stammen. So ist nicht ausgeschlossen, dass Ausländer, die ihr Heimatland oder das Land, aus dem sie in das Inland eingereist sind, (freiwillig oder aus humanitären oder vergleichbaren Gründen zwangsläufig) verlassen haben, aus im In- oder Ausland gelegenen Vermögen Einkünfte aus Kapitalvermögen oder aus Vermietung und Verpachtung erzielen oder dass sie ausreichendes Vermögen haben, aus dem sie ihren Lebensunterhalt tragen können und tragen. Weiter ist denkbar, dass ihr Lebensunterhalt von im Inland lebenden Verwandten oder Freunden oder durch andere Hilfeleistungen (z.B. aufgrund kirchlichen und sozialen Engagements) getragen wird; dies insbesondere im Hinblick darauf, dass die Sicherung des Lebensunterhalts ohne Sozialleistungen die Chancen auf einen gesicherten Aufenthaltsstatus im Inland erhöht (vgl. zur Niederlassungserlaubnis § 9 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG). Des Weiteren ist denkbar, dass Ausländer durch eine Erwerbstätigkeit im Inland den Lebensunterhalt für sich und ihre Familie vollständig sicherstellen können, jedoch aufgrund ausländerrechtlicher Bestimmungen einen für den Anspruch auf Kindergeld ausreichenden Aufenthaltsstatus erst später erlangen; der Sachverhalt des vom Senat ebenfalls vorgelegten Verfahrens wegen Kindergeld eines im Inland voll berufstätigen Arztes mit einkommensteuer- und sozialversicherungspflichtigen Einkünften, der keinerlei Sozialleistungen bezogen hat, zeigt dies (Aktenzeichen 7 K 112/13).

Vermutung ist kein sachlich gerechtfertigtes Differenzierungskriterium

Aus der Gesetzesbegründung lässt sich nicht entnehmen, worauf die Annahme, Ausländer, die auch nach der Neuregelung des § 62 Abs. 2 EStG die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Kindergeld nicht erfüllen, lebten typischerweise von Sozialleistungen mindestens in Höhe des Kindergeldes, beruht. Die Gesetzesbegründung enthält hierzu keinerlei Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse und keine Daten. Dass die Differenzierung eines dem Wohl der Familie und des Kindes dienenden Anspruchs ohne tatsächliche Feststellungen aufgrund von Vermutungen erfolgt, ist nicht sachlich gerechtfertigt und verletzt damit den Gleichbehandlungsgrundsatz.

Kindergeld ist nicht stets anzurechnen

Nach den gesetzlichen Regelungen für den Bezug von Leistungen sowohl nach dem SGB II (Arbeitslosengeld II, „Hartz IV“-Leistungen), nach dem SGB XII (Grundsicherung) und nach dem Asylbewerberleistungsgesetz, soweit nach § 2 AsylbLG die Vorschriften des SGB XII entsprechend anzuwenden sind, ist das Kindergeld nicht zwingend in jedem Fall in voller Höhe auf die Sozialleistungen anzurechnen. Die Gesetzesbegründung bzw. die ihr zugrundeliegende Auffassung geht insoweit von rechtlich unzutreffenden Annahmen aus. Das vorliegende Gericht nimmt auf seine zu den jeweiligen Vorschriften gemachten obigen Ausführungen Bezug,

die zeigen, dass das Kindergeld auch typisiert nicht stets als Einkommen anzurechnen und im Fall der Anrechnung nicht stets in voller Höhe anzurechnen ist und damit auch typisiert wirtschaftliche Bedeutung bei einem Anspruch auf Kindergeld hat. Der Sachverhalt des vorliegenden Verfahrens zeigt dies: bei der aufgrund der Neuregelung des § 62 Abs. 2 EStG erfolgten Nachzahlung von Kindergeld wurde dieses trotz eines Erstattungsanspruchs des Sozialleistungsträgers, der Leistungen nach § 2 AsylbLG i.V.m. §§ 27 ff. SGB XII erbracht hatte, nicht vollständig an den Sozialleistungsträger, sondern in Höhe von rund € 900 auch an den Kläger ausgezahlt. Bei der Ermittlung des anrechenbaren Einkommens für die Höhe des Leistungsanspruchs zog der Sozialleistungsträger analog SGB XII absetzbare Beträge für eine Hausratversicherung und für eine Haftpflichtversicherung ab; bei der Anmeldung seines Erstattungsanspruches erklärte der Sozialleistungsträger ausdrücklich, dass er hinsichtlich des Kindergeldes für den volljährigen, in Ausbildung befindlichen Sohn keinen Erstattungsanspruch geltend machte.

Aus Vorstehendem folgt, dass das Kindergeld auch beim Bezug von Sozialleistungen und selbst bei Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz einen wirtschaftlichen Wert für die Kindergeldberechtigten hat, zumindest haben kann. Der Anreiz, der durch die Nichtanrechnung des Kindergeldes beim Abschluss angemessener Versicherungen bzw. bei Aufwendungen für die Altersvorsorge erfolgt, ist gesellschaftlich erwünscht. Der Abschluss von Privathaftpflicht- und anderen angemessenen Versicherungen und Aufwendungen für eine Altersvorsorge schützt nicht nur den Einzelnen, sondern auch die Gesellschaft, indem er etwaigen Geschädigten einen durchsetzbaren Schadenersatzanspruch sichern kann, indem sonst erforderliche Sozialleistungen vermindert werden (z.B. bei Zerstörung oder Diebstahl von Hausrat) oder indem eine sonst erforderliche oder höher erforderliche Grundsicherung im Alter vermieden oder zumindest gemindert wird. Aufgrund der vom Einkommen absetzbaren Beträge würde ein Anspruch auf Kindergeld zumindest die Chance geben, existenzielle Risiken z.B. durch eine Privathaftpflichtversicherung auch dann abzusichern, wenn außer Sozialleistungen kein sonstiges Einkommen bezogen wird; das gleiche gilt für die nach dem EStG begünstigte Altersvorsorge. Es ist nicht folgerichtig, einerseits gesetzlich zu bestimmen, dass das Kindergeld wie angeführt nicht auf Sozialleistungen anzurechnen ist, andererseits jedoch für den Anspruch auf Kindergeld davon auszugehen, dass dieses stets und in voller Höhe anzurechnen sei.

Wirtschaftlicher Wert des Kindergeldes auch beim Bezug nachrangiger Sozialleistungen nicht zu vernachlässigen

Die Regeln über die Anrechnung des Kindergeldes als Einkommen und die vom Einkommen absetzbaren Beträge zeigen, dass jedenfalls in gewissem Ausmaß - auch typisiert - das Kindergeld wirtschaftliche Bedeutung für den Leistungsberechtigten hat. Hiergegen kann nicht eingewendet werden, dass es sich nur um geringere Beträge handelt. Die Leistungen nach dem AsylbLG, dem SGB II und dem SGB XII sind nach dem zu sichernden Existenzminimum bemessen. Deshalb haben auch - aus der Sicht anderer Einkommensverhältnisse - geringere Beträge für die Betroffenen einen erheblichen wirtschaftlichen Wert. Insbesondere der für volljährige Kinder anrechnungsfreie Betrag nach § 6 der Alg II - Verordnung (ebenfalls anrechnungsfrei

bei Leistungen nach dem SGB II bei minderjährigen Kindern, wenn entsprechende Versicherungen tatsächlich abgeschlossen werden) in Höhe von € 30 monatlich (€ 360 jährlich) ist nicht so gering, dass er wirtschaftlich zu vernachlässigen ist, insbesondere bei Familien, die nur Leistungen in Höhe ihres Existenzminimums erhalten. Es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen, wenn nicht wegen der Notwendigkeit der Berücksichtigung der mit den jeweiligen Anrechnungsregeln geregelten Umstände, der Gesetzgeber diese Bestimmungen in den jeweiligen Leistungsgesetzen aufgenommen hat.

Bedeutung des Kindergeldes für eine Verfestigung des Aufenthalts

Die Sicherung des Lebensunterhalts ist nach den Regelungen des AufenthG u.a. ein Kriterium dafür, ob ein Ausländer einen für ihn günstigeren Aufenthaltstitel erlangen kann (vgl. für die Erteilung eines unbefristeten Aufenthaltstitels in Form der Niederlassungserlaubnis § 9 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG). „Die Sicherung des Lebensunterhalts gehört zu den wichtigsten Voraussetzungen für die Zuwanderung von Drittstaatsangehörigen, aber auch für die Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis, die Aufenthaltsverfestigung, den Familiennachzug und die Einbürgerung.“ (Dienelt/Röseler in Renner/Bergmann/Dienelt, Kommentar zum Ausländerrecht a.a.O., Rdz. 13 zu § 2 AufenthG). Das Kindergeld bleibt bei der Prüfung, ob der Lebensunterhalt gesichert ist, nach § 2 Abs. 3 Satz 2 AufenthG als öffentliche Leistung außer Betracht. Es ist „deswegen den Eigenmitteln gleichgestellt, weil (es) ... dem Bedarf von Kindern dienen“ soll (Dienelt/Röseler in Renner/Bergmann/Dienelt, Kommentar zum Ausländerrecht, a.a.O., Rdz. 23 zu § 2 AufenthG). Das Kindergeld stellt mithin keine einem günstigeren Aufenthaltstitel entgegenstehende Sozialleistung dar. Insbesondere bei Aufenthaltstiteln aus humanitären Gründen kann ganz oder teilweise von der Voraussetzung der Sicherung des Lebensunterhalts abgesehen werden (so im vorliegenden Verfahren erfolgt bei der Erteilung der Aufenthaltsbefugnis nach § 30 Abs. 4 AuslG - entspricht: § 25 Abs. 5 AufenthG -). Bei einer solchen Ermessensentscheidung kann sich der Anspruch auf Kindergeld zugunsten der Erteilung eines für ihn besseren Aufenthaltstitels des Ausländers auswirken, weil das Kindergeld nicht als öffentliche Leistung angesetzt wird und damit der Ausländer und seine Familie in geringerem Umfang auf Sozialleistungen angewiesen sind. Das Kindergeld bewirkt auch, dass die Familie von anderen Sozialleistungen unabhängig oder zumindest weniger abhängig ist. Der Anspruch auf Kindergeld hat deshalb auch dann Bedeutung für die betroffenen Ausländer, wenn ein Erstattungsanspruch besteht bzw. wenn das Kindergeld auf nachrangige Sozialleistungen angerechnet wird.

Der Streitfall belegt die Bedeutung des Kindergeldes für die wirtschaftliche Situation der Familie und die Erlangung eines günstigeren Aufenthaltstitels

Das Schreiben des ... vom ...2002 über die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis gemäß § 30 Abs. 4 AuslG (die einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG entspricht) belegt zur Überzeugung des Gerichts, dass es Sachverhalte gibt, bei denen ein Anspruch auf Kindergeld dazu verhelfen kann, bereits früher einen - in Bezug auf die Sicherung des inländischen Aufenthalts und die Lebensperspektive der Familie - günstigeren

Aufenthaltstitel zu erlangen. Bei der vom ... nach § 30 Abs. 4 AuslG getroffenen Ermessensentscheidung war gemäß § 7 AuslG zu berücksichtigen, ob der Ausländer seinen Lebensunterhalt selbst bestreiten konnte. Ab Inkrafttreten des AufenthG setzt die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG „in der Regel voraus, dass der Lebensunterhalt gesichert ist.“

Der ... hatte im ... 2002 ergänzende Sozialleistungen in Höhe von monatlich € 588,42 erbracht. Hätte der Kläger einen Anspruch auf Kindergeld gehabt, hätte er bei fünf Kindern im Jahr 2002 monatlich € 820 Kindergeld (3 x € 154 und 2 x € 179 gemäß § 66 EStG) erhalten. Damit wäre die Familie vollständig von ergänzenden Sozialleistungen unabhängig gewesen und der Familie hätten monatlich € 231,58 mehr (€ 820 abzüglich € 588,42) zur Verfügung gestanden. Entsprechend hätte der monatlich € 588,42 weniger ergänzende Sozialleistungen erbringen müssen. Unter Berücksichtigung der Regelung in § 7 Abs. 2 Nr. 2 AuslG hätte der möglicherweise früher die Aufenthaltsbefugnis nach § 30 Abs. 4 AuslG erteilt.

Ein vergleichbarer Sachverhalt belegt im Anwendungsbereich des AufenthG, dass ein Anspruch auf Kindergeld dazu führen könnte, dass ein - in Bezug auf die Sicherung des inländischen Aufenthalts und die Lebensperspektive der Familie - günstigerer Aufenthaltsstatus erlangt bzw. früher erlangt werden kann. Dies betrifft diejenigen Familien, die berechtigt erwerbstätig sind, bei denen aufgrund der eigenen Einkünfte die ergänzend bezogenen nachrangigen Sozialleistungen niedriger sind als das Kindergeld - so wie im vorliegenden Verfahren bei der erstmaligen Erteilung der Aufenthaltsbefugnis - und die deshalb kein Kindergeld erhalten, weil sie keinen Aufenthaltstitel besitzen, der gemäß § 62 Abs. 2 EStG zum Anspruch auf Kindergeld berechtigt oder (bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 2c i.V.m. Nr. 3 EStG) berechtigen kann. Betroffen sind insbesondere Ausländer mit einem gestatteten oder geduldeten Aufenthalt.

Die bei der Ermittlung des Einkommens anrechnungsfreien Beträge für Versicherungen von monatlich € 60,48 für den Zeitraum ab ...2006 und monatlich € 10,25 für den Zeitraum ab ...2007 (Bescheide des es ... vom ... 2006 und der ... vom ...2007) belegen, dass auch beim Bezug von nachrangigen Sozialleistungen das Kindergeld wirtschaftliche Bedeutung haben kann. Denn soweit das Einkommen anrechnungsfrei ist, besteht kein Erstattungsanspruch nach § 104 SGB X und gilt entsprechend der Anspruch auf Kindergeld nicht gemäß § 107 SGB X als erfüllt.

Das Schreiben der ... vom ...2007, in dem sie ausdrücklich erklärte, dass sie für das (volljährige, in Berufsausbildung befindliche) Kind A keinen Erstattungsanspruch geltend mache, belegt, dass das Kindergeld auch beim Bezug nachrangiger Sozialleistungen nicht stets als Einkommen anzurechnen ist, und zwar weder beim Kindergeldberechtigten noch beim Kind. Es ist auch nicht ersichtlich, dass hinsichtlich des Sohnes A anderweitig ein Erstattungsanspruch bestand, weil für ihn kein Erstattungsanspruch angemeldet wurde und der Sohn aufgrund der Höhe seiner Ausbildungsvergütung seinen Lebensunterhalt selbst bestreiten konnte.

Das Kindergeld käme der Familie damit zumindest teilweise wirtschaftlich zugute. Da die Familie im Streitzeitraum Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums bezogen hat, sind die ggf. auszahlenden Beträge auch nicht als geringfügig anzusehen.

Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gegenüber Anderen, nämlich Kindergeldberechtigten, die ebenfalls nachrangige Sozialleistungen beziehen

Abgesehen davon, dass die Leistungen nach dem AsylbLG, dem SGB II und dem SGB XII sich nach dem Existenzminimum bemessen und deshalb auch geringere Beträge für die Betroffenen einen erheblichen wirtschaftlichen Wert haben, verletzt ein Ausschluss von Ausländern, die nachrangige Sozialleistungen beziehen, vom Kindergeld den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG gegenüber denjenigen, die ebenfalls nachrangige Sozialleistungen beziehen und kindergeldberechtigt sind.

Bei Beziehern nachrangiger Sozialleistungen, die einen Anspruch auf Kindergeld haben, weil sie Deutsche sind oder als Ausländer aufgrund eines günstigeren Aufenthaltsstatus einen Anspruch auf Kindergeld haben, wird das Kindergeld nur bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen als Einkommen angerechnet und im Fall der Anrechnung werden die absetzbaren Beträge vom Einkommen abgezogen. Bei vollem Bezug von Sozialleistungen (ohne sonstiges Einkommen, von dem die absetzbaren Beträge abgezogen werden können), erhalten somit die Bezieher nachrangiger Sozialleistungen, die einen Anspruch auf Kindergeld haben, die anrechnungsfreien Beträge (zusätzlich) ausgezahlt, während der - nur typisiert und ohne tatsächliche Feststellungen vermutete - Bezug der Sozialleistungen bei den durch § 62 Abs. 2 EStG vom Anspruch ausgeschlossenen Ausländern von vornherein dem Anspruch auf Kindergeld entgegenstehen soll.

Das Gesetz schließt den Anspruch auf Kindergeld beim Bezug nachrangiger Sozialleistungen nicht grundsätzlich aus. Die nach § 62 Abs. 2 EStG vom Anspruch auf Kindergeld ausgeschlossenen Ausländer, die nachrangige Sozialleistungen beziehen, werden damit gegenüber anderen, die ebenfalls nachrangige Sozialleistungen beziehen und einen Anspruch auf Kindergeld haben, benachteiligt. Diese Benachteiligung wird wiederum als Begründung für die Benachteiligung des Ausschlusses vom Kindergeld herangezogen; es handelt sich um einen Zirkelschluss.

Dass Bezieher nachrangiger Sozialleistungen einen Anspruch auf Kindergeld haben, für den ein Erstattungsanspruch besteht, bzw. nach Festsetzung des Kindergeldes die Sozialleistungen um den Differenzbetrag zwischen Kindergeld und anrechnungsfreien Beträgen gemindert werden, ist ein häufiger Sachverhalt, der in erheblichem Umfang sowohl Deutsche als auch Ausländer betrifft. Mehrere Entscheidungen sowohl der Finanzgerichte als auch des BFH mit entsprechendem Sachverhalt als auch die tägliche Praxis des Gerichts und der Familienkassen belegen dies.

Warum der (logisch erst nach einem Anspruch auf Kindergeld denkbare) Erstattungsanspruch bei bestimmten Ausländern bereits der Entstehung eines Anspruchs auf Kindergeld entgegenstehen soll, bei Deutschen und anderen Ausländern hingegen nicht, ist nicht ersichtlich. Bezieher nachrangiger Sozialleistungen mit einem Kindergeldanspruch erhalten mehr Förderung für ihre Familie (einschließlich der Kinder) als die Bezieher nachrangiger Sozialleistungen ohne Kindergeldanspruch. Sachliche Differenzierungsgründe hierfür sind nicht ersichtlich. Der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG und - da die Sozialleistungen die Familie und damit auch die Kinder fördern sollen - zugleich die Schutzvorschriften in Art. 6 Abs. 1 und 2 GG werden verletzt.

Verstoß gegen Art. 8 der EMRK und die Vorschriften der Kinderrechtskonvention

Die Regelung in § 62 Abs. 2 EStG steht im Widerspruch zum Diskriminierungsverbot des Art. 8 der EMRK. Durch die Versagung des Kindergeldes wird auch das in Art. 3 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention) geschützte Wohl des Kindes verletzt.

Die Gesamtwürdigung ergibt, dass letztlich die Art des Aufenthaltstitels oder Aufenthaltsstatus des Ausländers den Ausschlag dafür gibt, ob er einen Anspruch auf Kindergeld hat oder haben kann oder nicht haben kann, denn die tatsächlichen Verhältnisse werden jeweils abhängig von der Art seines Aufenthaltstitels oder Aufenthaltsstatus teilweise nicht geprüft (entweder mit der Folge eines oder keines Anspruchs auf Kindergeld) oder sie werden in Bezug auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 a und b EStG geprüft (mit einem Anspruch auf Kindergeld je nach den tatsächlichen Umständen).

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in der Entscheidung vom 25.10.2005 (59140/00 Okpisz) zwar nicht grundsätzlich entschieden, „inwieweit es gerechtfertigt ist, bei Sozialleistungen zwischen Inhabern verschiedener Arten von Aufenthaltsgenehmigungen zu unterscheiden.“ Er hat jedoch „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 (erkannt). Folglich ist Artikel 14 in Verbindung mit Artikel 8 der Konvention verletzt worden.“

Die Entscheidung des EGMR hat Bedeutung für die innerstaatliche deutsche Regelung der Ansprüche auf Kindergeld. Denn die staatlichen Institutionen haben die Entscheidungen des EGMR bei der Anwendung innerstaatlichen Rechts zu beachten, weil die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle innerhalb der deutschen Rechtsordnung im Range eines Bundesgesetzes stehen (BVerfG, 04.05.2011, 2 BvR 2333/08, BVerfGE 128, 326). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind somit alle staatlichen Organe der Bundesrepublik Deutschland an die Konvention und die für Deutschland in Kraft getretenen Zusatzprotokolle im Rahmen ihrer Zuständigkeit kraft Gesetzes gebunden (BVerfG-Beschluss vom 14.10.2004 - 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307).

Zur Begründung führt das BVerfG aus, dass die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle völkerrechtliche Verträge sind. Die Konvention überlässt es den Vertragsparteien, in welcher Weise sie ihrer Pflicht zur Beachtung der Vertragsvorschriften genügen (BVerfGE 111, 307). Der Bundesgesetzgeber hat den genannten Übereinkommen jeweils mit förmlichem Gesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 GG zugestimmt (Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 07.08. 1952, BGBl II 685; die Konvention ist gemäß der Bekanntmachung vom 15.12.1953, BGBl II 1954,14 am 03.09.1953 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten; Neubekanntmachung der Konvention in der Fassung des 11. Zusatzprotokolls in BGBl II 2002, 1054). Damit hat er einen entsprechenden Rechtsanwendungsbefehl erteilt. Innerhalb der deutschen Rechtsordnung stehen die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle - soweit sie für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten sind - im Rang eines Bundesgesetzes (vgl. BVerfGE 74, 358; 82, 106; 111, 307).

Die Heranziehung der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als Auslegungshilfe über den Einzelfall hinaus dient dazu, den Garantien der Menschenrechtskonvention in der Bundesrepublik Deutschland möglichst umfassend Geltung zu verschaffen, und kann darüber hinaus Verurteilungen der Bundesrepublik Deutschland vermeiden helfen. Des Weiteren stehen die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die neue Aspekte für die Auslegung des Grundgesetzes enthalten, rechtserheblichen Änderungen gleich, die sogar zu einer Überwindung der Rechtskraft einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts führen können (BVerfG-Beschluss vom 04.05.2011 - 2 BvR 2333/08, 2 BvR 2365/09, 2 BvR 571/10, 2 BvR 740/10, 2 BvR 1152/10, BVerfGE 128, 326). Im Rahmen der Heranziehung der Europäischen Menschenrechtskonvention als Auslegungshilfe berücksichtigt das Bundesverfassungsgericht Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auch dann, wenn sie nicht denselben Streitgegenstand betreffen. Dies beruht auf der jedenfalls faktischen Orientierungs- und Leitfunktion, die der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte für die Auslegung der Europäischen Menschenrechtskonvention auch über den konkret entschiedenen Einzelfall hinaus zukommt (vgl. zur Orientierungswirkung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bereits BVerfGE 111, 307). Die innerstaatlichen Wirkungen der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte erschöpfen sich insoweit nicht in einer aus Art. 20 Abs. 3 GG in Verbindung mit Art. 59 Abs. 2 GG abzuleitenden und auf die den konkreten Entscheidungen zugrundeliegenden Lebenssachverhalte begrenzten Berücksichtigungspflicht, denn das Grundgesetz will vor dem Hintergrund der zumindest faktischen Präzedenzwirkung der Entscheidungen internationaler Gerichte Konflikte zwischen den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland und dem nationalen Recht nach Möglichkeit vermeiden (vgl. BVerfGE 109, 13; 109, 38; 111, 307; 112, 1; 123, 267). Das BVerfG weist ausdrücklich darauf hin, dass eine Entscheidung des EGMR nicht nur im konkret vom EGMR entschiedenen Einzelfall, sondern allgemein zur Auslegung des innerstaatlich anzuwendenden Rechts von Verwaltung und Gerichten zu beachten ist.

Da die Kriterien des § 62 Abs. 2 EStG zur Feststellung des voraussichtlich dauerhaften Aufenthalts in Deutschland ungeeignet und nicht folgerichtig umgesetzt worden sind, hängt der Anspruch auf Kindergeld maßgeblich davon ab, welchen Aufenthaltstitel oder Aufenthaltsstatus der Ausländer hat und verletzt damit zur Überzeugung des vorlegenden Gerichts unter Zugrundelegung der Entscheidung des EGMR vom 25.10.2005 (59140/00, Okpisz) Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 der EMRK.

Zur Überzeugung des vorlegenden Gerichts steht die Regelung in § 62 Abs. 2 EStG ferner im Widerspruch zu Art. 3 - Wohl des Kindes - des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (Kinderrechtskonvention - KRK; UNTS Bd. 1577, S. 3; BGBl II 1992, S. 122, in Kraft getreten am 2. September 1990, für die Bundesrepublik Deutschland am 5. April 1992, BGBl II S. 990; Broschüre des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 4. Aufl. 2012), das in Deutschland seit 15. Juli 2010 vorbehaltlos gilt (BGBl II 2011, S. 600):

- (1) Bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.
- (2) Die Vertragsstaaten verpflichten sich, dem Kind unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten seiner Eltern, seines Vormunds oder anderer für das Kind gesetzlich verantwortlicher Personen den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind; zu diesem Zweck treffen sie alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen.
- (3) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass die für die Fürsorge für das Kind oder dessen Schutz verantwortlichen Institutionen, Dienste und Einrichtungen den von den zuständigen Behörden festgelegten Normen entsprechen, insbesondere im Bereich der Sicherheit und der Gesundheit sowie hinsichtlich der Zahl und der fachlichen Eignung des Personals und des Bestehens einer ausreichenden Aufsicht.

Art. 3 der Kinderrechtskonvention verpflichtet dazu, bei allen Regelungen, die Kinder betreffen, das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen (vgl. die Denkschrift zu dem Übereinkommen, Bundestags-Drucksache 12/42 vom 24.01.1991).