

X. Kindergeld

§ 62

Anspruchsberechtigte

idF des EStG v. 8.10.2009 (BGBl. I 2009, 3366; BStBl. I 2009, 1346)

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

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

(2) 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 Absatz 2 des Aufenthaltsgesetzes erteilt und die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit darf nach der Beschäftigungsverordnung nur für einen bestimmten Höchstzeitraum erteilt werden,
 - c) nach § 23 Absatz 1 des Aufenthaltsgesetzes wegen eines Krieges in seinem Heimatland oder nach den §§ 23a, 24, 25 Absatz 3 bis 5 des Aufenthaltsgesetzes erteilt

oder

3. eine in Nummer 2 Buchstabe c genannte Aufenthaltserlaubnis besitzt und
 - a) sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und
 - b) im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt.

Autor: Rainer **Wendl**, Richter am BFH, München

Mitherausgeber: Dr. Winfried **Bergkemper**, Richter am BFH, München

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 62

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

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

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

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Sondervorschriften für Ausländer**

	Anm.		Anm.
I. Vorbemerkung zu den Sondervorschriften für Ausländer	10	IV. Niederlassungserlaubnis (Abs. 2 Nr. 1)	15
II. Einschränkung des Anspruchs nach Abs. 1 für nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer (Abs. 2 Einleitungssatz)		V. Zur Erwerbstätigkeit berechtigende Aufenthaltserlaubnis (Abs. 2 Nr. 2)	16
1. Begriff der Freizügigkeitsberechtigung	11	VI. Ausnahmen bei Aufenthaltserlaubnis zu vorübergehendem Zweck (Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a–c)	17
2. Begriff des Ausländers	12	VII. Rückausnahme zu Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c (Abs. 2 Nr. 3)	
III. Besitz eines Aufenthaltstitels (Abs. 2 Nr. 1–3)		1. Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c (Abs. 2 Nr. 3 Einleitungssatz)	18
1. Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz	13		
2. Besitz	14		

	Anm.		Anm.
2. Rechtmäßiger, gestatteter oder geduldeter Aufenthalt im Bundesgebiet seit mindestens drei Jahren (Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a)	19	3. Berechtigte Erwerbstätigkeit, Bezug laufender Geldleistungen nach dem SGB III oder Inanspruchnahme von Elternzeit (Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b)	20

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 62

Schrifttum: HELMKE/BAUER, Familienleistungsausgleich, Bonn, Loseblatt; SEEWALD/FELIX, Kindergeldrecht, Köln, Loseblatt; HILDESHEIM, Der Ausländerbegriff im Kindergeldrecht des EStG, DStZ 2000, 25; FUCHS, Europäisches Sozialrecht, Baden-Baden, 6. Aufl. 2013; WENDL, Wichtige Änderungen in der Dienstanweisung für die Familienkassen über die einkommensteuerrechtliche Kindergeldzahlung (DA-FamEStG 2013), SteuK 2013, 441.

Verwaltungsanweisungen: Dienstanweisung zum Kindergeld nach dem Einkommensteuergesetz, BStBl. I 2014, 918 (DA-KG); Dienstanweisung zur Durchführung des Familienleistungsausgleichs v. 16.7.2012, BStBl. I 2012, 734, geändert in BStBl. I 2013, 882 (DAFamEStG); H 62 EStH; Dienstanweisung zur Europarechtskonformen Anwendung des § 62 Abs. 2 EStG bei Drittstaatsarbeitnehmern v. 29.11.2013, BStBl. I 2013, 1505; Durchführungsanweisung zum über- und zwischenstaatlichen Recht (DA-üzV), www.arbeitsagentur.de; Kindergeldmerkblatt 2014, www.bzst.de; Merkblätter über Kindergeld für Staatsangehörige Bosnien und Herzegowinas, Serbiens, Montenegros, des Kosovo, Marokkos, Tunesiens und der Türkei, www.arbeitsagentur.de.

I. Grundinformation zu § 62

1

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

Abs. 1 sieht vor, dass Kindergeld „für Kinder“ gewährt wird. Das bedeutet, dass Kinder selbst nicht anspruchsberechtigt sind. Für die Anspruchsberechtigung kommt es im Übrigen nach Abs. 1 Nr. 1 nicht auf die Staatsangehörigkeit des Betroffenen an, sondern auf seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland. Entscheidend ist also das Territorialitätsprinzip (s. § 1 Abs. 1 Satz 1). Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a und b erweitert den Kreis der Anspruchsberechtigten auf Personen, die zwar im Inland keinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben, aber in sonstiger Weise einen Bezug zum Inland aufweisen (s. § 1 Abs. 2, 3).

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

II. Rechtsentwicklung des § 62

2

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

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

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

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

ZuwanderungsG v. 30.7.2004 (BGBl. I 2004, 1950): Abs. 2 wurde durch Art. 11 Nr. 17 des Gesetzes neu gefasst. Die Neufassung war ab dem VZ 2005 anzuwenden (§ 52 Abs. 61a Satz 1 idF des Gesetzes v. 30.7.2004). Der Wortlaut der Bestimmung entsprach weitgehend dem des gescheiterten ZuwanderungsG v. 20.6.2002. Die Anspruchsberechtigung wurde in Anpassung an die veränderten Aufenthaltstitel des als Art. 1 des ZuwanderungsG beschlossenen AufenthaltsgG an den Besitz einer Niederlassungserlaubnis bzw. bestimmter Arten der Aufenthaltserlaubnis geknüpft.

Gesetz zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss v. 13.12.2006 – AusAnsprG (BGBl. I 2006, 2915; BStBl. I 2007, 62): In Reaktion auf BVerfG v. 6.7.2004 (1 BvL 4-6/97, BVerfGE 111, 160) zu § 1 Abs. 3 BKGG wurde Abs. 2 geändert. Die Neufassung ist ab dem VZ 2006 und zudem auf alle Fälle noch nicht bestandskräftiger Kindergeldfestsetzung anzuwenden (§ 52 Abs. 61a Satz 2 idF des Gesetzes v. 13.12.2006; zur Verfassungsmäßigkeit s. BFH v. 22.11.2007 – III R 54/02, BStBl. II 2009, 913; SCHINDLER, NWB 2008, 1741). Dies gilt im Gegensatz zu § 20 Abs. 1 BKGG auch, wenn die frühere Regelung günstiger wäre.

3

III. Bedeutung des § 62

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

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

Soweit Anspruchsberechtigte nicht in die stl. Regelung des § 62 aufgenommen worden sind, handelt es sich um Gruppen, bei denen ein Steuerschuldverhältnis nicht gegeben ist, weil sie im Inland weder einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt noch irgendwelche Einkünfte haben (BTDrucks. 13/1558, 160). Ein Kindergeldanspruch kann sich in diesen Fällen aus dem BKGG ergeben (s. Vor §§ 62–78 Anm. 14; zum Verhältnis konkurrierender Ansprüche nach § 62 und nach § 1 BKGG s. § 63 Anm. 20).

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

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

I. Anspruchsberechtigung nach Abs. 1

4

Anspruchsberechtigt ist, wer im Inland einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Abs. 1 Nr. 1) oder nach § 1 Abs. 2 unbeschränkt estpfl. ist (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) oder nach § 1 Abs. 3 als unbeschränkt estpfl. behandelt wird (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b). Die Anspruchsberechtigung besteht aufgrund des Monatsprinzips des § 66 Abs. 2 nur für die Kalendermonate, in denen die Voraussetzungen erfüllt sind (s. § 66 Anm. 16).

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

Anspruchsberechtigt sind nur natürliche Personen (s. § 1 Anm. 52). Juristische Personen sind nicht anspruchsberechtigt, da mit ihnen ein Kindschaftsverhältnis seinem Wesen nach nicht bestehen kann (dagegen ist eine Abzweigung an juristische Personen möglich, s. § 74 Anm. 12).

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

5

Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt des Anspruchstellers: Anspruchsberechtigt ist, wer im Inland einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Außerdem muss auch das zu berücksichtigende Kind seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, einem EU-Mitgliedsstaat, einem EWR-Staat oder der Schweiz haben (§ 63 Abs. 1 Satz 3; s. § 63 Anm. 18).

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

Der strechtl. Wohnsitzbegriff ist objektiviert. Er stellt auf die tatsächlichen Gegebenheiten ab und knüpft in erster Linie an äußere Merkmale, nicht an subjektive Momente oder Absichten an. Es müssen zum dauerhaften Wohnen geeignete Räumlichkeiten vorhanden sein. Der Stpfl. muss die Wohnung in dem

Sinne innehaben, dass er tatsächlich über sie verfügen kann und sie als Bleibe entweder ständig benutzt oder sie doch mit einer gewissen Regelmäßigkeit, wenn auch in größeren Abständen, aufsucht. Beweisanzeichen für die Beibehaltung und Benutzung der Wohnung iSd. § 8 AO ist die voraussichtliche Nutzungsdauer. Hierzu ist regelmäßig auf die Sechsmonatsfrist des § 9 Satz 2 AO zurückzugreifen. Bei von vornherein auf mehr als ein Jahr angelegten Auslandsaufenthalten reichen kurzzeitige Besuche und sonstige kurzfristige Aufenthalte zu Urlaubs-, Berufs- oder familiären Zwecken, die nicht einem Aufenthalt mit Wohncharakter gleichkommen und daher nicht „zwischenzeitliches Wohnen“ in der bisherigen Wohnung bedeuten, nicht für eine Aufrechterhaltung des Inlandswohnsitzes aus. Ein nur gelegentliches Verweilen während unregelmäßig aufeinander folgender kurzer Zeiträume erfüllt den Wohnsitzbegriff nicht, insbes. wenn die Räume unentgeltlich von Angehörigen zur Verfügung gestellt werden. Diese Grundsätze gelten gleichermaßen für die Beibehaltung wie für die Begründung eines inländ. Wohnsitzes (s. dazu BFH v. 9.8.1999 – VI B 387/98, BFH/NV 2000, 42; v. 23.11.2000 – VI R 107/99, BStBl. II 2001, 294; v. 12.1.2001 – VI R 64/98, BFH/NV 2001, 1231; v. 20.11.2008 – III R 53/05, BFH/NV 2009, 564). Sogenannte Grenzgänger, dh. ArbN, die sich an jedem Arbeitstag von ihrem Wohnort über die Grenze an ihre Arbeitsstätte begeben und nach Arbeitsschluss regelmäßig wieder an ihren Wohnort zurückkehren, haben im Inland nicht schon deswegen ihren gewöhnlichen Aufenthalt, weil sie sich während der Arbeitszeit im Inland aufhalten (BFH v. 25.1.1989 – I R 205/82, BStBl. II 1990, 687). Die Feststellungen des FA zum Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt sind für die Kindergeldfestsetzung nicht bindend (BFH v. 20.11.2008 – III R 53/05, BFH/NV 2009, 564; v. 24.5.2012 – III R 14/10, BStBl. II 2012, 897; missverständlich insoweit Tz. A 2.3 Satz 1 DA-KG/Tz. 62.2.3 Satz 1 DAFamEStG; s. WENDL, SteuK 2013, 441). Unerheblich sind melderechl. Angaben (BFH v. 12.9.2013 – III R 16/11, BFH/NV 2014, 320), ebenso völkerrechtl. Vereinbarungen, insbes. des Konsularrechts (BFH v. 8.8.2013 – VI R 45/12, BFH/NV 2014, 83).

Wegen der Einzelheiten zum Wohnsitzbegriff s. § 1 Anm. 62–70 und zum Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts s. § 1 Anm. 73–87; s. auch AEAO zu §§ 8, 9 AO. Zur Definition des Inlandsbegriffs s. § 1 Anm. 57; zur Nachweisführung und zum Informationsaustausch zwischen Familienkasse und FA s. Tz. A 2.3 DA-KG/Tz. 62.2.3 DAFamEStG.

Nichtdeutsche Angehörige ausländischer Organisationen: Trotz ihres meist nur vorübergehenden Inlandsaufenthalts können auch Mitglieder und Beschäftigte der diplomatischen Missionen und konsularischen Vertretungen und deren Angehörige sowie Bedienstete internationaler Organisationen ausnahmsweise im Inland ständig ansässig sein. Dies gilt insbes., wenn sie bereits vor der Aufnahme dieser Tätigkeit ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hatten (s. auch MUSIL in HHSp., § 2 AO Rn. 110; zur ständigen Ansässigkeit von Ortskräften s. BFH v. 8.8.2013 – VI R 45/12, BFH/NV 2014, 83; s. hierzu auch Tz. A 4, A 5 Abs. 1 DA-KG/Tz. 62.4 und 62.5 DAFamEStG). Der Kindergeldanspruch kann in diesen Fällen aber nach Abs. 2 (s. Anm. 12 ff.) oder wegen des Anspruchs auf ausländ. Familienleistungen nach § 65 ausgeschlossen sein. Mitglieder einer Truppe oder eines zivilen Gefolges der NATO-Streitkräfte und deren nichtdeutsche Angehörige begründen nach Art. X Abs. 1 Satz 1 des NATO-Truppenstatuts bzw. Art. 68 Abs. 4 des Zusatzabkommens zum Nato-Truppenstatut grds. keinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, wenn sie sich nur in dieser Eigenschaft in Deutschland aufhalten (BFH v. 2.10.

2008 – VI B 132/07, BFH/NV 2009, 21; s. auch Tz. A 5 Abs. 2 DA-KG/Tz. 62.5 Abs. 2 DAFamEStG).

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

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

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

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

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

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

Nach Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a haben somit öffentlich Bedienstete, die im Ausland beschäftigt sind und die über keinen inländ. Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt (mehr) verfügen, Anspruch auf Kindergeld nach dem EStG. Dagegen haben bei einer deutschen Auslandsvertretung beschäftigte deutsche Staatsangehörige keinen Anspruch auf Kindergeld für ihre in ihrem Haushalt lebenden Kinder, wenn sie als sog. Ortskräfte ständig im Ausland ansässig sind und dort der unbeschränkten StPflcht unterliegen (BFH v. 19.9.2013 – V R 9/12, BFH/NV 2014, 90; v. 18.12.2013 – III R 20/12, BFH/NV 2014, 684). Deutsche Bedienstete der EU oder anderer internationaler Organisationen werden nicht erfasst. Zu den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 s. im Einzelnen § 1 Anm. 157 ff. und Tz. A 2.2 Abs. 2–4 DA-KG/Tz. 62.2.2 DAFamEStG. Zum Nachweis der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 s. Tz. A 2.3 DA-KG/Tz. 62.2.3 DAFamEStG. Ob die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 erfüllt sind, hat die Familienkasse in eigener Zuständigkeit festzustellen, ohne dabei an das Ergebnis der Prüfung durch das FA gebunden zu sein.

Da § 1 Abs. 2 nur Bedienstete von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, also öffentlich Bedienstete, erfasst, sind ArbN, die von einem Privatunternehmer ins Ausland geschickt werden, nicht anspruchsberechtigt (FG Düss. v. 23.4.1998 – 10 K 6061/97 Kg, EFG 1998, 1069, rkr., betr. einen in Japan lebenden ArbN eines öffentlich finanzierten privatrechtl. Vereins). Nicht von § 1 Abs. 2 erfasst werden auch Lehrkräfte, die unter Fortfall ihrer Dienstbezüge vom inländ. ArbG beurlaubt und von einem ausländ. Schulträger angestellt werden (BFH v. 19.9.2013 – III B 53/13, BFH/NV 2014, 38; FG Düss. v. 28.4.1999 – 14 K 613/98 Kg, EFG 1999, 716, rkr.). Kein Dienstverhältnis zu einer juristischen Person des öffentlichen Rechts wird durch ein Forschungsstipendium begründet (FG Düss. v. 23.4.1998 – 10 K 4965/97 Kg, EFG 1998,

§ 62 Anm. 6–7 B. Abs. 1: Anspruch bei (fiktiver) unbeschr. StPflcht

1015, rkr.). In Betracht kommt in diesen Fällen ebenso wie für Selbständige allenfalls ein Anspruch nach dem BKGG.

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

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

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

Zum Antrag s. § 1 Anm. 255; zur gem. § 1 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 erfolgenden Kürzung des Grundbetrags nach den Verhältnissen des Wohnsitzstaats des Stpfl. s. § 1 Anm. 275; zur eingeschränkten Bedeutung der Grenzen gegenüber Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaats s. § 1 Anm. 265.

Anders als bei Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 Buchst. a setzt eine Kindergeldberechtigung nach § 62 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b voraus, dass der Anspruchsteller aufgrund eines entsprechenden Antrags vom zuständigen FA nach § 1 Abs. 3 als unbeschränkt estpfl. behandelt wird (BFH v. 24.5.2012 – III R 14/10, BStBl. II 2012, 897; v. 24.10.2012 – V R 43/11, BStBl. II 2013, 491; v. 18.4.2013 – VI R 70/11, BFH/NV 2013, 1554; v. 5.9.2013 – XI R 26/12, BFH/NV 2014, 313). Die Tatsache allein, dass (zB bei einem Wanderarbeitnehmer) im EStBescheid von unbeschränkter EStPflcht ausgegangen wurde, belegt nicht notwendigerweise eine Behandlung nach § 1 Abs. 3. Dem kann auch eine zutreffende oder unzutreffende Bejahung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 zugrunde liegen, die für die Familienkasse nicht bindend ist. Ergibt sich – wie meistens der Fall – eine Behandlung nach § 1 Abs. 3 nicht explizit aus dem Wortlaut des ESt-Bescheids, hängt die Kindergeldberechtigung davon ab, ob der Anspruchsteller sein Antragswahlrecht gegenüber dem FA ausgeübt hat und ob er den ESt-Bescheid unter Zugrundelegung eines objektiven Verständnis- bzw. Empfängerhorizonts dahin verstehen durfte, dass dem Antrag auf Behandlung nach § 1 Abs. 3 stattgegeben wurde. Dies muss die Familienkasse ggf. unter Rückgriff auf die Veranlagungsakten prüfen. Wurde der Anspruchsteller im Laufe des jeweiligen VZ im LStAbzugsverfahren gem. § 1 Abs. 3 als unbeschränkt stpfl. behandelt, kann die Familienkasse laufend Kindergeld gewähren. Sie muss die Kindergeldfestsetzung ggf. aber wieder aufheben, wenn das FA bei der Veranlagung hieran nicht festgehalten hat. Das im EStBescheid Erklärte gilt auch dann, wenn der StBescheid nach dem Willen des FA einen anderen Inhalt haben sollte. Unbeachtlich ist daher auch, ob das FA später außerhalb des Veranlagungsverfahrens erklärt, es gehe von einer Behandlung nach § 1 Abs. 3 aus. Siehe hierzu im Einzelnen BFH v. 16.5.2013 – III R 63/10, BFH/NV 2014, 12; v. 18.7.2013 – III R 9/09, BFH/NV 2014, 211; v. 12.9.2013 – III R 16/11, BFH/NV 2014, 320; Tz. A 2.3 DA-KG/Tz. 62.2.3 DAFamEStG.

Aufgrund des im Kindergeldrecht geltenden Monatsprinzips (§ 66 Abs. 2) löst eine nach § 1 Abs. 3 erfolgte Behandlung als unbeschränkt Stpfl. nur für die Monate einen Kindergeldanspruch aus, in denen der Stpfl. inländ. Einkünfte iSd. § 49 erzielt hat (BFH v. 24.10.2012 – V R 43/11, BStBl. II 2013, 491; v. 18.4.2013 – VI R 70/11, BFH/NV 2013, 1554; v. 16.5.2013 – III R 8/11, BStBl. II 2013, 1040; v. 24.7.2013 – XI R 8/12, BFH/NV 2014, 495).

Anders als bei Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a erhält ein nach § 1 Abs. 3 als unbeschränkt stpfl. behandelter Anspruchsteller kein Kindergeld für in seinen Haushalt aufgenommene Kinder, die weder einen Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem EU-/EWR-Staat oder der Schweiz haben (s. BFH v. 12.7.2011 – III B 111/10, BFH/NV 2011, 1897).

Einstweilen frei.

8–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Sondervorschriften für Ausländer

I. Vorbemerkung zu den Sondervorschriften für Ausländer

10

Abs. 2 enthält eine Sonderregelung für nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer. Die Vorschrift entspricht § 1 Abs. 3 BKGG idF des AusAnsprG (zur Entwicklung der Kindergeldberechtigung von Ausländern s. SEEWALD/FELIX, § 62 Rn. 95-109a [12/2010]).

Da Abs. 1 das Territorialitätsprinzip zugrunde liegt, ist die Staatsangehörigkeit für die Anspruchsberechtigung unmaßgeblich (BFH v. 16.9.2005 – III S 2/05, BFH/NV 2006, 120). Entscheidend ist nur der Wohnsitz oder gewöhnliche Aufenthalt im Inland. Diesen Grundsatz schränkt Abs. 2 für nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer erheblich ein. Diese müssen nicht nur die Anspruchsvoraussetzungen nach Abs. 1 erfüllen, sondern darüber hinaus im Besitz einer Niederlassungserlaubnis (Abs. 2 Nr. 1) oder einer Aufenthaltserlaubnis mit Berechtigung zur Erwerbstätigkeit (Abs. 2 Nr. 2) sein. In den Fällen des Anspruchsausschlusses bei Aufenthaltserlaubnissen nach Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c (Krieg im Heimatland, Härtefall, vorübergehender Schutz, humanitäre Gründe) eröffnet Abs. 2 Nr. 3 ausnahmsweise die Kindergeldberechtigung, wenn der nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und im Anspruchszeitraum im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem SGB III bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt.

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

1. Begriff der Freizügigkeitsberechtigung

11

Die Einschränkungen des Abs. 2 gelten nicht für freizügigkeitsberechtigte Ausländer. Sie erhalten Kindergeld nach Abs. 1. Wer freizügigkeitsberechtigt ist, bestimmt sich nach dem als Art. 2 des ZuwanderungsG beschlossenen Gesetz

über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU) v. 30.7.2004 (BGBl. I 2004, 1950) und nach Abkommensrecht. Danach sind freizügigkeitsberechtigt:

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

Bis zum 30.4.2010 waren für diesen Personenkreis die europarechtl. Regelungen zur Koordinierung der Vorschriften über die Soziale Sicherheit der Mitgliedstaaten zu beachten. Diese ergaben sich insbes. aus der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 v. 14.6.1971 (ABl. EG 1971 Nr. L 149, 1) und der Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 v. 21.2.1972 (ABl. EG 1972 Nr. L 74, 1). Der durch Art. 2 VO Nr. 1408/71 geregelte persönliche Geltungsbereich der Koordinierungsregelungen erfasste ua. ArbN, Selbständige und Studierende, für welche die Rechtsvorschriften (Art. 1 Buchst. j VO Nr. 1408/71) eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind, sowie deren Familienangehörige (s. BFH v. 4.8.2011 – III R 55/08, BStBl. II 2013, 619). Vom sachlichen Geltungsbereich der VO wurden ua. Familienleistungen erfasst (Art. 4 Abs. 1 Buchst. h VO). Hierunter fällt auch das stl. Kindergeld (BVerfG v. 8.6.2004 – 2 BvL 5/00, BGBl. I 2004, 2570).

Seit dem 1.5.2010 gelten im Verhältnis zu den EU-Staaten die VO (EG) Nr. 883/2004 v. 29.4.2004 (ABl. EU 2004 Nr. L 166, 1) und die Durchführungsverordnung (EG) Nr. 987/2009 v. 16.9.2009 (ABl. EU 2009 Nr. L 284, 1). Der persönliche Geltungsbereich beschränkt sich im Gegensatz zur Vorgängerregelung nicht mehr auf bestimmte soziale Gruppen (wie ArbN und Selbständige). Vielmehr erfasst Art. 2 Abs. 1 VO Nr. 883/2004 ua. alle Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten, für die die Rechtsvorschriften (Art. 1 Buchst. l VO Nr. 883/2004) eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten, und deren Familienangehörige. Unverändert bezieht Art. 3 Abs. 1 Buchst. j VO Nr. 883/2004 die Familienleistungen (zur Definition s. Art. 1 Buchst. z VO Nr. 883/2004) und damit das stl. Kindergeld in den sachlichen Geltungsbereich der Koordinierungsregelungen ein.

Zu den Konkurrenzregelungen s. im Einzelnen § 65 Anm. 9.

Staatsangehörige der EWR-Staaten: Die Regeln des FreizügG/EU gelten nach dessen § 12 auch für die Staatsangehörigen der EWR-Staaten und ihre Familienangehörigen. EWR-Staaten sind neben den EU-Mitgliedsstaaten die Staaten Norwegen, Island und Liechtenstein. Auch für Staatsangehörige der EWR-Staaten galten die Einschränkungen der VO Nr. 1408/71 und der VO Nr. 574/72. Seit 1.6.2012 gelten auch im Verhältnis zu den EWR-Staaten die VO Nr. 883/2004 und die VO Nr. 987/2009 (Art. 90 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c VO Nr. 883/2004; Beschluss des gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 76/2011 v. 1.7.2011, ABl. EU 2011 Nr. L 262, 33).

Staatsangehörige der Schweiz: Nach dem Abkommen zwischen der EG und der Schweiz über die Freizügigkeit v. 21.6.1999 (Gesetz v. 2.9.2001, BGBl. II 2001, 810) haben seit dem Inkrafttreten am 1.6.2002 (BGBl. II 2002, 1692) auch die Staatsangehörigen der Vertragsparteien und deren Familienangehörige nach Maßgabe des Abkommens das Recht auf Einreise und Aufenthalt. Über das Abkommen galten bis 31.3.2012 auch im Verhältnis zwischen Deutschland und der Schweiz die VO Nr. 1408/71 und die DVO Nr. 574/72 (s. BFH v. 24.3.2006 –

III R 41/05, BStBl. II 2008, 369). Seit 1.4.2012 gelten gem. Art. 8 iVm. Anhang II Abschnitt A des Abkommens EG/Schweiz auch im Verhältnis zur Schweiz die VO Nr. 883/2004 und die VO Nr. 987/2009 (Beschluss des gemischten Ausschusses EU-Schweiz über die Freizügigkeit Nr. 1/2012 v. 31.3.2012, ABl. EU 2012 Nr. L 103, 51; FG Ba.-Württ. v. 18.4.2013 – 3 K 4100/12, EFG 2013, 1143).

Drittstaatsangehörige: Nach Art. 1 VO (EG) Nr. 859/2003 (ABl. EU 2003 Nr. L 124, 1) finden – vorbehaltlich der Bestimmungen des Anhangs dieser VO – die Bestimmungen der VO Nr. 1408/71 und der VO Nr. 574/72 Anwendung auf Drittstaatsangehörige, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Bestimmungen fallen, sowie auf ihre Familienangehörigen und ihre Hinterbliebenen, wenn sie ihren rechtmäßigen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat haben und ihre Situation mit einem Element über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweist. Die Regelung gilt ab 1.6.2003 (Art. 3) für alle Mitgliedstaaten der EU mit Ausnahme von Dänemark (Erwägungsgrund 19). Nach Anhang I dieser VO finden diese Bestimmungen jedoch im Verhältnis zu Deutschland für den Bereich der Familienleistungen nur auf Drittstaatsangehörige Anwendung, die einen im deutschen Recht vorgesehenen Aufenthaltstitel wie eine Aufenthaltserlaubnis oder eine Aufenthaltsberechtigung besitzen. Ab 1.1.2011 wurde die VO (EG) Nr. 859/2003 für alle Mitgliedstaaten der EU (mit Ausnahme von Dänemark und Großbritannien) durch die VO (EU) Nr. 1231/2010 (ABl. EU 2010 Nr. L 344, 1) abgelöst. Danach gelten die VO Nr. 883/2004 und die VO Nr. 987/2009 für Drittstaatsangehörige, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter die genannten Verordnungen fallen, sowie für ihre Familienangehörigen und ihre Hinterbliebenen, wenn sie ihren rechtmäßigen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats haben und sich in einer Lage befinden, die nicht ausschließlich einen einzigen Mitgliedstaat betrifft. Im Verhältnis zu Großbritannien gilt daher weiter die VO Nr. 859/2003 (s. auch Art. 90 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a VO Nr. 883/2004). Da sich Dänemark weder an der VO Nr. 859/2003 noch an der VO Nr. 1231/2010 beteiligt hat, finden im Verhältnis zu diesem Mitgliedstaat für Drittstaatsangehörige weder die VO Nr. 1408/71 noch die VO Nr. 883/2004 Anwendung. Im Verhältnis zu den EWR-Staaten und der Schweiz gilt diese Ausdehnung der Vorschriften über die Soziale Sicherheit auf Drittstaatsangehörige nicht, solange diese den Regelungen nicht zugestimmt haben (vgl. EuGH v. 18.11.2010 – C-247/09 – Xhymshiti, HFR 2011, 115). Zu weiteren Einzelheiten mit Fallbeispielen s. auch Tz. 212.24 DA-üzV.

2. Begriff des Ausländers

12

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

Vertriebene und Spätaussiedler sind Deutsche und bedürfen zur Begründung eines Wohnsitzes oder ihres gewöhnlichen Aufenthalts im Inland keines Aufenthaltstitels. Die Anerkennung als Vertriebener oder Spätaussiedler richtet sich nach dem BVFG. Die Spätaussiedlereigenschaft wird durch eine Bescheinigung nach § 15 Abs. 1 BVFG bzw. nach § 15 Abs. 2 BVFG für den in den Aufnah-

mebescheid der Bezugsperson einbezogenen Ehegatten nachgewiesen. Gemäß § 7 StAG erwerben Spätaussiedler und die in den Aufnahmebescheid einbezogenen Familienangehörigen mit der Ausstellung der Bescheinigung nach § 15 Abs. 1, Abs. 2 BVFG die deutsche Staatsangehörigkeit. Familienkasse und Finanzgerichte sind an die (nicht vorläufige) Statusentscheidung der zuständigen Behörde tatbestandlich gebunden (Thür. FG v. 19.1.2000 – III 358/98, EFG 2000, 573, rkr.; s. im Einzelnen Tz. A 2.1 Abs. 5 DA-KG/Tz. 62.2.1 Abs. 2 DAFamEStG). Ausländer, die ohne Erfolg die Anerkennung als Vertriebene beantragen, haben auch für solche Zeiträume keinen Anspruch auf Kindergeld nach Abs. 1, in denen sie zu Unrecht im Besitz eines deutschen Passes sind (BFH v. 17.4.2008 – III R 16/05, BSBl. II 2009, 918; v. 18.12.2008 – III R 93/06, BFH/NV 2009, 749).

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

Allerdings kann sich für anerkannte Flüchtlinge (s. §§ 2 und 3 AsylVfG) aufgrund Art. 2 des Zusatzprotokolls zum und Art. 2 Nr. 1 Buchst. d des Vorläufigen Europäischen Abkommen über Soziale Sicherheit unter Ausschluss der Systeme für den Fall des Alters, der Invalidität und zugunsten der Hinterbliebenen vom 11.12.1953 (BGBl. II 1956, 347, 507) ein Kindergeldanspruch nach Abs. 1 Nr. 1 ergeben, sofern sie seit mindestens sechs Monaten im Bundesgebiet wohnen (s. Tz. A 3.4 Abs. 1 DA-KG/Tz. 62.3.4 DAFamEStG; s. auch FG Düss. v. 10.11.2009 – 14 K 3927/08 Kg, EFG 2010, 437, rkr.). Diese Voraussetzung kann auch durch einen Aufenthalt in einer Gemeinschaftsunterkunft erfüllt werden (BFH v. 17.6.2010 – III R 42/09, BFH/NV 2010, 216). Ferner sind für anerkannte Flüchtlinge, die in einem Mitgliedstaat der EU wohnen, im Falle des Vorliegens eines grenzüberschreitenden Sachverhalts über Art. 2 VO Nr. 883/2004 die europarechtl. Vorschriften zur Koordinierung der Sozialleistungen der Mitgliedstaaten zu beachten (s. im Einzelnen FUCHS, Europäisches Sozialrecht, 6. Aufl. 2013, Art. 2 VO Nr. 883/2004 Rn. 2; Tz. 212.21 DA-üzV).

Asylberechtigte genießen nach § 2 Abs. 1 AsylverfahrensG im Bundesgebiet die Rechtsstellung nach der Genfer Konvention. Auch sie müssen daher grds. die Voraussetzungen des Abs. 2 erfüllen und eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 AufenthG besitzen oder den Tatbestand des Abs. 2 Nr. 3 erfüllen (s. auch Anm. 19). Zur Anspruchsberechtigung nach einem sechsmonatigen Aufenthalt im Bundesgebiet s. Tz. A 3.4 Abs. 1 DA-KG/Tz. 62.3.4 DAFamEStG.

Staatenlose sind nach dem Übereinkommen v. 28.9.1954 über die Rechtsstellung der Staatenlosen (StlÜbk, verkündet mit Gesetz v. 12.4.1976, BGBl. II 1976, 473) Deutschen zwar ebenfalls in Teilbereichen gleichzustellen. Art. 24 Abs. 1 Buchst. b (i) (ii) und Art. 29 StlÜbk stimmen jedoch wortgleich mit den Bestimmungen der Genfer Konvention überein. Wie bei Flüchtlingen findet daher Abs. 2 Anwendung (BFH v. 22.11.2007 – III R 60/99, BFH/NV 2008, 846,

mit Anm. GREITE, HFR 2008, 253). Auch über Art. 28 Abs. 1 der EU-Richtlinie 2004/83/EG – Qualifikationsrichtlinie (ABl. EU Nr. L 304, 12) lässt sich kein Kindergeldanspruch begründen, da das Kindergeld keine von der Bedürftigkeit des Berechtigten abhängige Sozialhilfeleistung darstellt (BFH v. 23.10.2009 – III S 72/08 (PKH), BFH/NV 2010, 203; v. 7.4.2011 – III R 72/09, BFH/NV 2011, 1134). Ferner sind für anerkannte Staatenlose (s. Art. 28 Staatenlosenübereinkommen v. 28.9.1954, BGBl. II 1976, 474), die in einem Mitgliedstaat der EU wohnen, im Falle des Vorliegens eines grenzüberschreitenden Sachverhalts über Art. 2 VO Nr. 883/2004 die europarechtl. Vorschriften zur Koordinierung der Sozialleistungen der Mitgliedstaaten zu beachten (s. im Einzelnen FUCHS, Europäisches Sozialrecht, 6. Aufl. 2013, Art. 2 VO Nr. 883/2004 Rn. 2, 13; Tz. 212.21 DA-üzV).

Ausländer aus Staaten mit bilateralen Sozialabkommen: Zwischenstaatliche Sozialabkommen, die Regelungen zum Kindergeld enthalten, hat Deutschland mit den Staaten, für die das deutsch-jugoslawische Abkommen noch fortgilt (Bosnien und Herzegowina, Kosovo, Montenegro, Serbien; Mazedonien bis 1.1.2005, Slowenien bis 1.9.1999, Kroatien bis 1.12.1998, insoweit jeweils nur für Altfälle, da die Nachfolgeabkommen das Kindergeld nicht einbeziehen), sowie mit Marokko, Tunesien und der Türkei geschlossen (sog. Vertragsstaaten; s. Abdruck bei HELMKE/BAUER, Fach D II [10/2012]). Die Verweisung auf die Vorschriften über Kindergeld erstreckt sich auch auf das stl. Kindergeld (Nds. FG v. 26.11.2002, EFG 2003, 786, rkr.; nachgehend BFH v. 21.2.2008 – III R 79/03, BStBl. II 2009, 916). Anspruchsberechtigt sind hiernach aber nur ArbN im Sinne des jeweiligen Abkommens (BFH v. 15.3.2007 – III R 93/03, BFH/NV 2007, 1234; kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz). Dies sind im Wesentlichen Personen, die in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis stehen, Kurzarbeitergeld, Arbeitslosengeld I oder Geldleistungen der Krankenversicherung wegen vorübergehender Arbeitsunfähigkeit erhalten (s. BFH v. 8.10.2001 – VI B 138/01, BStBl. II 2002, 480; v. 15.3.2007 – III R 93/03, BFH/NV 2007, 1234; v. 21.2.2008 – III R 79/03, BStBl. II 2009, 916, zur geringfügigen Beschäftigung; BFH v. 23.4.2009 – III S 61/08 (PKH), juris, zur Arbeitslosenhilfe; v. 28.1.2009 – III B 41/08, juris, zu einer früheren ArbN-Eigenschaft; v. 30.7.2009 – III R 22/07, BFH/NV 2009, 1983, zur Sozialhilfe; v. 27.10.2011 – III R 14/08, BStBl. II 2012, 737, zur Sperrzeit beim Bezug von Arbeitslosengeld; v. 7.3.2013 – V R 61/10, BFH/NV 2013, 1025, zum versicherungsfreien Werkstudenten). Für diese ArbN gilt Abs. 2 wegen abkommensrechtl. vereinbarter Inländergleichstellung nicht (wohl auch BFH v. 21.2.2008 – III R 79/03, BStBl. II 2009, 916; ebenso für § 1 Abs. 3 BKGG aF BSG v. 12.4.2000 – B 14 KG 3/99 R, BSGE 86, 115; ebenso Tz. A 3.5 Abs. 3 DA-KG/Tz. 62.3.5 Abs. 2 DAFamEStG). Für im jeweiligen Heimatland lebende Kinder sehen die Sozialabkommen abweichende Kindergeldsätze vor (s. § 66 Anm. 11, sog. Abkommenskindergeld). Deutsche können mangels notwendiger Inländergleichstellung für ihre im Abkommensstaat wohnenden Kinder wegen § 63 Abs. 1 Satz 3 keinen Kindergeldanspruch über die Sozialabkommen begründen (BFH v. 27.9.2012 – III R 55/10, BFH/NV 2013, 304).

Überstaatliche Abkommen zwischen der EU und Drittstaaten können ebenfalls Abweichungen von Abs. 2 enthalten (§ 2 Abs. 1 AO).

► *Assoziationsratsbeschluss EWG/Türkei Nr. 3/80:* Nach dem auf der Grundlage des Abkommens zur Gründung einer Assoziation zwischen der EWG und der Türkei v. 12.9.1963 gefassten Assoziationsratsbeschluss EWG/Türkei Nr. 3/80 v. 19.9.1980 (ABl. EG 1983 Nr. C 110, 1 [60]; s. auch Abdruck bei HELMKE/

BAUER, Fach D III 3 [5/2003]) darf der Kindergeldanspruch für türkische ArbN nicht von zusätzlichen Voraussetzungen (insbes. aufenthaltsrechtl. Art) abhängig gemacht werden, die für Deutsche nicht gelten (s. zum ArbN-Begriff EuGH v. 4.5.1999 – C 262/96 – Sürül, Slg. 1999, I-2685; BFH v. 15.3.2007 – III R 93/03, BFH/NV 2007, 1234; Tz. A 3.5 Abs. 4 DA-KG/Tz. 62.3.5 Abs. 3 DAFamEStG). Daher ist – wie bei deutschen Kindergeldberechtigten – ein Wohnsitz der Kinder in der Türkei wegen § 63 Abs. 1 Satz 3 anspruchsschädlich (BFH v. 15.7.2010 – III R 6/08, BStBl. II 2012, 883). Keine Anwendung findet der ARB 3/80 hingegen auf deutsche Staatsangehörige mit türkischer Abstammung (BFH v. 15.7.2010 – III R 6/08, BStBl. II 2012, 883).

► *Nach dem Vorläufigen Europäischen Abkommen v. 11.12.1953* (BGBl. II 1956, 507) haben türkische Staatsangehörige sowie anerkannte Flüchtlinge aus Drittstaaten unter denselben Bedingungen wie Inländer Anspruch auf Familienbeihilfen, wenn sie seit wenigstens sechs Monaten im Inland wohnen (s. Tz. A 3.5 Abs. 4 DA-KG/Tz. 62.3.5 Abs. 3 DAFamEStG; BFH v. 25.10.2007 – III R 90/03, BStBl. II 2009, 908, zum mindestens sechsmonatigen Aufenthalt; v. 17.6.2010 – III R 42/09, BFH/NV 2010, 2168, wonach der Begriff des Wohnens auch bei Unterbringung in einem Übergangsheim erfüllt ist; v. 8.8.2013 – VI R 45/12, BFH/NV 2014, 83, zum Vorrang der Bestimmungen des bilateralen Sozialabkommens).

► *Europa-Mittelmeer-Abkommen*: Ein Benachteiligungsverbot für in den EU-Mitgliedstaaten beschäftigte ArbN und deren Angehörige auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit enthalten auch Art. 68 des Europa-Mittelmeer-Abkommens EG/Algerien (ABl. EU 2005 Nr. L 265, 2), Art. 65 des Europa-Mittelmeer-Abkommens EG/Tunesien (ABl. EG 1998 Nr. L 97, 2), und Art. 65 des Europa-Mittelmeer-Abkommens EG/Marokko (BGBl. II 1998, 1810). Diese Bestimmungen gelten jedoch nur für Staatsangehörige dieser Staaten, die im Hoheitsgebiet des Gaststaats einen legalen Wohnsitz haben bzw. legal beschäftigt sind (Art. 66 der Abkommen mit Marokko und Tunesien, Art. 69 des Abkommens mit Algerien).

Ausländische Organisationen:

► *Nichtdeutsche Mitglieder der Nato-Streitkräfte*: Auch ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer, der einen zum Bezug von Kindergeld berechtigenden Aufenthaltstitel nur deswegen verliert, weil sich sein Aufenthaltsstatus aufgrund Eheschließung mit einer Angehörigen des zivilen Gefolges der NATO-Truppen nach dem NATO-Truppenstatut richtet (sog. SoFA-Stempel), ist analog Abs. 2 kindergeldberechtigt (BFH v. 8.8.2013 – III R 22/12, BFH/NV 2013, 1997).

► *Mitglieder und Beschäftigte diplomatischer Missionen sowie konsularischer Vertretungen* und deren Angehörige benötigen aufgrund Art. 10 WÜD bzw. Art. 46 WÜK zwar keinen Aufenthaltstitel. Ihr Aufenthaltsstatus entspricht jedoch grds. nicht dem einer zur Erwerbstätigkeit in Deutschland berechtigenden Aufenthaltserlaubnis iSd. Abs. 2 Nr. 2 (s. im Einzelnen HELMKE in HELMKE/BAUER, § 62 Rn. 55 ff. [4/2011]; s. auch Tz. A 4 DA-KG/Tz. 62.4 DAFamEStG; HILDESHEIM, DSStZ 2000, 25). Zum Kindergeldanspruch von Ortskräften, die im Besitz eines „gelben Ausweises“ sind, s. Anm. 16).

► *Bedienstete internationaler Organisationen* (zB UN, WHO, OECD) benötigen häufig ebenfalls keinen Aufenthaltstitel, erlangen dadurch aber keinen Status iSd. Abs. 2 Nr. 2 (s. im Einzelnen HELMKE in HELMKE/BAUER, § 62 Rn. 58 [4/2011]; s. auch Tz. 62.7 DAFamEStG; HILDESHEIM, DSStZ 2000, 25).

III. Besitz eines Aufenthaltstitels (Abs. 2 Nr. 1–3)

1. Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz

13

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

Die Neuregelung ist verfassungsgemäß. Die bloße fortdauernde Duldung lässt noch keinen hinreichenden Schluss auf einen dauerhaften Aufenthalt in der Bundesrepublik zu. Es ist daher sachlich gerechtfertigt, dass der Gesetzgeber die Prognoseentscheidung über den voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt vom Vorliegen weiterer geeigneter Integrationsindizien (insbes. der Berechtigung zur Erwerbstätigkeit) abhängig macht (BFH v. 15.3.2007 – III R 93/03, BFH/NV 2007, 1234, mit Anm. GREITE, FR 2008, 147; v. 22.11.2007 – III R 54/02, BFH/NV 2008, 457). Abs. 2 ist auch insoweit verfassungsrechtl. unbedenklich, als Ausländer mit Aufenthaltstiteln iSd. Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c nur unter den weiteren Voraussetzungen des Abs. 2 Nr. 3 Kindergeld erhalten (BFH v. 28.4.2010 – III R 1/08, BStBl. II 2010, 980; v. 7.4.2011 – III R 72/09, BFH/NV 2011, 1134, unter Hinweis darauf, dass das Kindergeld anders als das Erziehungsgeld als Einkommen auf Sozialleistungen angerechnet wird; aA Vorlagebeschluss FG Köln v. 9.5.2007, EFG 2007, 1247, vom BVerfG mit Beschl. v. 6.11.2009 – 2 BvL 4/07, BFH/NV 2010, 153 als unzulässig verworfen; Vorlagebeschluss des Nds. FG v. 19.8.2013 – 7 K 111/13, juris, Az. des BVerfG 2 BvL 10/14, unter Hinweis auf BVerfG v. 10.7.2012 – 1 BvL 2/10 zur Verfassungswidrigkeit von § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchst. b BErzGG und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchst. b BEEG; kritisch auch TREIBER in BLÜMICH, § 62 Rn. 51 [11/2002]; SCHINDLER, NWB 2008, 1741).

Die Fortgeltung vor dem 1.1.2005 erteilter Aufenthaltstitel regelt § 101 AufenthG (s. auch BFH v. 15.3.2007 – III R 93/03, BStBl. II 2009, 905; v. 27.9.2012 – III R 48/10, BFH/NV 2013, 189). Aufenthaltsberechtigung und unbefristete Aufenthaltserlaubnis gelten fort als Niederlassungserlaubnis. Die übrigen Aufenthaltsgenehmigungen gelten fort als Aufenthaltserlaubnisse entsprechend dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Aufenthaltswitz und Sachverhalt. Die Fortgeltung von Arbeitsgenehmigungen regelt § 105 AufenthG.

14 **2. Besitz**

Ein Ausländer „besitzt“ nur und erst dann eine für den Kindergeldanspruch erforderliche Niederlassungserlaubnis oder Aufenthaltserlaubnis, wenn er einen dieser Aufenthaltstitel tatsächlich in Händen hält, ihm also das Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik durch entsprechenden Verwaltungsakt mit Wirkung für die Bezugszeit des Kindergeldes zugebilligt worden ist (BFH v. 1.12.1997 – VI B 147/97, BFH/NV 1998, 696; v. 28.4.2010 – III R 1/08, BStBl. II 2010, 980; aA FG Ba.-Württ. v. 22.3.2005 – 8 S 1/05, EFG 2005, 980, rkr.). Der rückwirkende Geltungsbeginn ist ebenso unbeachtlich wie die rückwirkende Entziehung (zum Fall des rechtzeitig gestellten Verlängerungsantrags s. aber Tz. A 3.1 Abs. 3 DA-KG/Tz. 62.3.1 Abs. 2 DAFamEStG). Die Anfechtung der Rücknahme oder des Widerrufs des Aufenthaltstitels beseitigt die Wirksamkeit des Verwaltungsakts für das Kindergeldverfahren nicht. Bei befristeten Aufenthaltstiteln endet die Anspruchsberechtigung mit Ablauf des Monats, in dem die Frist abläuft. Die Entscheidung der Ausländerbehörde erzeugt eine tatbestandliche Bindungswirkung für das Kindergeldverfahren. Eine eigenständige Prüfung der ausländerrechtl. Voraussetzungen eines Aufenthaltstitels findet nicht statt (s. auch BFH v. 20.2.1998 – VI B 205/97, BFH/NV 1998, 963; v. 25.7.2007 – III R 55/02, BStBl. II 2008, 758).

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

Die Niederlassungserlaubnis ist nach § 9 Abs. 1 AufenthG ein unbefristeter Aufenthaltstitel, der zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt. Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis besteht unter den Voraussetzungen des § 9 Abs. 2-4 AufenthG. Weitere Tatbestände der Niederlassungserlaubnis enthält das AufenthG in § 18b (Absolventen deutscher Hochschulen), § 19 (Hochqualifizierte), § 21 Abs. 4 Satz 2 (Erfolgreiche selbständige Tätigkeit), § 23 Abs. 2 (Aufnahme bei besonders gelagerten politischen Interessen), § 26 Abs. 3 und 4 (länger dauernder Besitz einer Aufenthaltserlaubnis), § 28 Abs. 2 (Familiennachzug zu Deutschen), § 31 Abs. 3 (eigenständiges Aufenthaltsrecht des Ehegatten), § 35 Abs. 1 (eigenständiges Aufenthaltsrecht der Kinder), § 38 Abs. 1 Nr. 1 (ehemalige Deutsche). Die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG nach § 9a AufenthG ist der Niederlassungserlaubnis gleichzustellen, da sie ebenfalls ein unbefristeter Aufenthaltstitel ist, der zur Erwerbstätigkeit berechtigt.

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

Aufenthaltserlaubnis: Nach § 7 Abs. 1 AufenthG ist die Aufenthaltserlaubnis ein befristeter Aufenthaltstitel. Sie wird zu den im AufenthG genannten Aufenthaltswirken oder in begründeten Fällen auch zu dort nicht genannten Zwecken erteilt. Die Befristung erfolgt unter Berücksichtigung des Aufenthaltswirkes (§ 7 Abs. 2 AufenthG).

Eine Aufenthaltserlaubnis kann erteilt werden zum Zweck der Ausbildung (§§ 16, 17 AufenthG), zum Zweck der Erwerbstätigkeit (§§ 18, 18a, 18c, 21 AufenthG), zum Zweck der Forschung (§ 20 AufenthG), aus völkerrechtl., humanitären oder politischen Gründen (§§ 22–26 AufenthG), aus familiären Gründen

(§§ 27–36 AufenthG) und aus besonderen Aufenthaltsgründen (§§ 37–38a AufenthG).

Berechtigung zur Erwerbstätigkeit: Erwerbstätigkeit ist nach § 2 Abs. 2 AufenthG die selbständige Tätigkeit und die nichtselbständige Beschäftigung iSd. § 7 SGB IV. Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt nach § 4 Abs. 2 Satz 1 AufenthG zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, sofern dies nach dem AufenthG allgemein bestimmt ist (insbes. §§ 16, § 17 Abs. 3, §§ 18, 18a, 20 Abs. 1, Abs. 5 Satz 2, §§ 21, 22 Satz 3, § 23 Abs. 2 Satz 5, § 24 Abs. 6 Satz 1, § 25 Abs. 1 und 2, § 27 Abs. 5, § 37, 38, 38a Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 3 AufenthG) oder die Aufenthaltserlaubnis es im Einzelfall erlaubt (s. BFH v. 26.8.2010 – III R 47/09, BStBl. II 2011, 589; v. 27.1.2011 – III R 45/09, BStBl. II 2011, 720). Jede Aufenthaltserlaubnis muss erkennen lassen, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt ist (§ 4 Abs. 2 Satz 2 AufenthG). Eine Berechtigung zur Erwerbstätigkeit iSd. Abs. 2 Nr. 2 liegt auch vor, wenn sie mit Beschränkungen (zB nur einfache nichtselbständige Arbeiten) erteilt wurde (Nds. FG v. 9.7.2007 – 16 K 427/05, EFG 2007, 1787, rkr.).

Bei allgemein zur Erwerbstätigkeit berechtigender Aufenthaltserlaubnis besteht die Anspruchsberechtigung ab dem Zeitpunkt der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis, bei Einzelfallerlaubnis ab dem Zeitpunkt, zu dem die ausländerrechtl. Zustimmung zur Erwerbstätigkeit erfolgt. Es reicht aus, dass die Aufenthaltserlaubnis zur Erwerbstätigkeit „berechtigt hat“. Daher bleibt die Anspruchsberechtigung insbes. auch dann bestehen, wenn die Bundesagentur für Arbeit die Zustimmung zur Ausländerbeschäftigung auf einen bestimmten Betrieb beschränkt hat (§ 39 Abs. 4 AufenthG) und dieses Arbeitsverhältnis beendet wird. Eine vor Inkrafttreten des AufenthG erteilte Arbeitsberechtigung gilt nach § 105 Abs. 2 AufenthG als uneingeschränkte Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zur Aufnahme einer Beschäftigung.

Analoge Anwendung findet Abs. 2 Nr. 2 auf ausländ. Staatsangehörige, die vor dem 1.4.1999 eine Tätigkeit als Mitglied des Verwaltungs- und technischen Personals oder des dienstlichen Hauspersonals einer Botschaft aufgenommen haben und nicht im Besitz eines ausländerrechtl. Aufenthaltstitels sind. Diese haben Anspruch auf Kindergeld, wenn sie einen vom Auswärtigen Amt ausgestellten sog. gelben Ausweis besitzen und hinsichtlich der Sozialversicherungs- sowie der EStPflcht als ständig ansässig behandelt worden sind (BFH v. 25.7.2007 – III R 55/02, BStBl. II 2008, 758; v. 25.7.2007 – III R 81/03, BFH/NV 2008, 196; s. aber BFH v. 8.8.2013 – VI R 45/12, BFH/NV 2014, 83, zur fortbestehenden Integration einer Ortskraft in das türkische Sozialversicherungssystem nach dem deutsch-türkischen Sozialabkommen). Zur analogen Anwendung des Abs. 2 Nr. 2 auf nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer, der einen zum Bezug von Kindergeld berechtigenden Aufenthaltstitel nur deswegen verliert, weil sich sein Aufenthaltsstatus aufgrund Eheschließung mit einer Angehörigen des zivilen Gefolges der NATO-Truppen nach dem NATO-Truppenstatut richtet (sog. SoFA-Stempel), s. BFH v. 8.8.2013 – III R 22/12, BFH/NV 2013, 1997.

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

17

Keine Anspruchsberechtigung besteht, wenn die zur Erwerbstätigkeit berechtigte Aufenthaltserlaubnis von ihrem Zweck her erkennbar nur zu einem vorü-

bergehenden Aufenthalt berechtigt. Davon geht das Gesetz in den Fällen des Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a–c aus.

Buchst. a: Aufenthaltserlaubnis nach § 16 AufenthG (Studium, Studienbewerbung, Sprachkurs, Schule) und § 17 AufenthG (betriebliche Aus- und Weiterbildung); zu Ausnahmen im Vorgriff auf die Umsetzung der Richtlinie 2011/98/EU v. 13.12.2011 s. Dienstanweisung zur Europarechtskonformen Anwendung des § 62 Abs. 2 EStG bei Drittstaatsarbeitnehmern v. 29.11.2013 (BStBl. I 2013, 1505).

Buchst. b: Nach § 18 Abs. 2 AufenthG kann eine Aufenthaltserlaubnis ua. dann erteilt werden, wenn die Bundesagentur nach § 39 AufenthG zugestimmt hat. Nähere Voraussetzungen der Zustimmung ergeben sich aus der gem. § 42 AufenthG ergangenen Beschäftigungsverordnung (BeschV) v. 6.6.2013 (BGBl. I 2013, 1499). Danach kann in bestimmten Fällen die Zustimmung zu einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Beschäftigung nur unter der Beschränkung auf einen Höchstzeitraum erteilt werden (zB Saisonarbeitskräfte, Schaustellergehilfen, Au-Pair-Beschäftigte, Sprachlehrer, Spezialitätenköche, längerfristig entsandte ArbN, Werkvertragsarbeitnehmer). Zu Ausnahmen im Vorgriff auf die Umsetzung der Richtlinie 2011/98/EU v. 13.12.2011 s. Dienstanweisung zur Europarechtskonformen Anwendung des § 62 Abs. 2 EStG bei Drittstaatsarbeitnehmern v. 29.11.2013 (BStBl. I 2013, 1505).

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

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

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

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

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

Der Aufenthalt muss im Bundesgebiet stattgefunden haben. Das Fristerfordernis setzt einen mindestens dreijährigen, zusammenhängenden Aufenthalt voraus. Nach BFH v. 24.5.2012 (III R 20/10, BStBl. II 2014, 27) muss der rechtmäßige, gestattete oder geduldete Aufenthalt im Zeitpunkt des Titelerwerbs noch anhalten; ist bei Titelerwerb der Dreijahreszeitraum noch nicht abgelaufen, besteht ein Kindergeldanspruch erst ab dem Ablauf des Dreijahreszeitraums; eine Unterbrechung des rechtmäßigen, gestatteten oder geduldeten Aufenthalts ist anspruchsschädlich und lässt den Dreijahreszeitraum jeweils neu beginnen.

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

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

Geduldet ist der Aufenthalt nach § 60a AufenthG bei vorübergehender Aussetzung der Abschiebung. Dies kann insbes. auf einem von der obersten Landesbehörde für bestimmte Ausländergruppen angeordneten Abschiebestopp oder auf individuellen Duldungsgründen beruhen. Ein Aufenthalt aufgrund einer Duldung berechtigt für sich – ohne Erfüllung der weiteren Voraussetzungen des Abs. 2 Nr. 3 – nicht zum Bezug von Kindergeld, da bei rechtmäßigem Verhalten nach Wegfall des Duldungsgrunds mit einer Ausreise gerechnet werden kann (BFH v. 15.3.2007 – III R 93/03, BFH/NV 2007, 1234; v. 22.11.2007 – III R 54/02, BFH/NV 2008, 457, der hierin auch keinen Widerspruch zu EuGMR v. 25.10.2005 – 59140/00 – Okpisz, BFH/NV 2006, Beilage 3, 357, erkennt, s. auch Anm. SELDER, HFR 2008, 355; v. 27.10.2011 – III R 14/08, BStBl. II 2012, 737; aA Vorlagebeschluss FG Köln v. 9.5.2007, EFG 2007, 1247, vom BVerfG v. 6.11.2009 – 2 BvL 4/07, BFH/NV 2010, 153, als unzulässig verworfen). Eine von der Ausländerbehörde erteilte Grenzübertrittsbescheinigung erfüllt nicht die Voraussetzungen einer Duldung (BFH v. 31.7.2009 – III B 152/08, BFH/NV 2009, 1811; v. 24.5.2012 – III R 20/10, BStBl. II 2014, 27).

3. Berechtigte Erwerbstätigkeit, Bezug laufender Geldleistungen nach dem SGB III oder Inanspruchnahme von Elternzeit (Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b) 20

Eine der alternativen Voraussetzungen muss innerhalb des Bundesgebiets erfüllt werden (s. jedoch Vorlagebeschluss des Nds. FG v. 19.8.2013 – 7 K 111/13, juris, Az. des BVerfG 2 BvL 10/14, unter Hinweis auf BVerfG v. 10.7.2012 – 1 BvL 2/10, BVerfGE 132, 72, zur Verfassungswidrigkeit von § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchst. b BErzGG und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchst. b BEEG). Der Kindergeldanspruch besteht nur so lange fort, wie die berechtigte Erwerbstätigkeit andauert oder einer der anderen Tatbestände des Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b vorliegt (s. auch Tz. A 3.3.2 Abs. 2–4 DA-KG/Tz. 62.3.3.2 Abs. 2 DAFamEstG).

Berechtigt erwerbstätig ist, wer eine selbständige Tätigkeit oder nichtselbständige Beschäftigung iSd. § 2 Abs. 2 AufenthG iVm. § 7 SGB IV ausübt, die durch Rechtsvorschrift allgemein zugelassen ist oder ihm im Einzelfall erlaubt wurde (vgl. Anm. 16; Asylbewerbern kann nach § 61 Abs. 2 AsylverfahrensG eine Beschäftigung erlaubt werden). Eine Mindestdauer und einen Mindestumfang der Erwerbstätigkeit sieht das Gesetz ebenso wenig vor, wie ein Mindesteinkommen. Die Regelung ist hinreichend bestimmt (BFH v. 22.11.2007 – III R 60/99, BFH/NV 2008, 846; aA Vorlagebeschluss FG Köln v. 9.5.2007, EFG 2007, 1247, durch BVerfG v. 6.11.2009 – 2 BvL 4/07, BFH/NV 2010, 153, als unzulässig verworfen). Ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis genügt (FG Düss.

v. 29.5.2007 – 10 K 174/06 Kg, EFG 2007, 1452, rkr.); zu Arbeitsgelegenheiten nach § 5 AsylbLG (als ausreichend angesehen durch FG Ba.-Württ. v. 27.4.2012 – 10 K 3663/11, EFG 2013, 375, Az. BFH XI R 18/12; aA Tz. A 3.3.2 Abs. 4 Satz 2 DA-KG/Tz. 62.3.3.2 Abs. 2 Satz 3 DAFamEStG). Anders als nach Abs. 2 Nr. 2 reicht eine frühere berechnete Erwerbstätigkeit nicht aus.

Laufende Geldleistungen nach dem SGB III bezieht, wer iSd. § 3 Abs. 1 SGB III insbes. Berufsausbildungsbeihilfe (§§ 59 ff. SGB III aF, §§ 56 ff. SGB III nF ab 1.4.2012), berufliche Weiterbildungskosten (§§ 77 ff. SGB III aF, §§ 81 ff. SGB III nF), Ausbildungsgeld (§§ 104 ff. SGB III aF, §§ 122 ff. SGB III nF), Arbeitslosengeld (§§ 117 ff. SGB III aF, §§ 136 ff. SGB III nF) oder Übergangsgeld (§§ 160 ff. SGB III aF, §§ 119 ff. SGB III nF) erhält. Der Begriff der laufenden Geldleistungen bestimmt sich nach den ab Inkrafttreten des AuslAnsprG geltenden Fassungen des SGB III. Daher ist auch in Fällen der rückwirkenden Anwendung des Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b nicht auf das SGB III in der bis 31.12.2004 geltenden Fassung abzustellen, das etwa noch die Arbeitslosenhilfe mit einbezog. Die frühere Arbeitslosenhilfe ist vergleichbar dem heutigen Arbeitslosengeld II nach §§ 19 ff. SGB II und erfüllt die gesetzlichen Voraussetzungen daher nicht (BFH v. 30.7.2009 – III R 45/07, juris; FG Münster v. 24.4.2007 – 15 K 3830/04 Kg, EFG 2007, 1700, rkr.; FG Düss. v. 20.3.2007 – 10 K 805/05 Kg, EFG 2007, 1531, rkr.). Dagegen entspricht das frühere Unterhaltsgeld dem Arbeitslosengeld bei beruflicher Weiterbildung iSd. § 116 Nr. 1, 124a SGB III aF bzw. § 136 SGB III nF und stellt daher eine laufende Geldleistung nach dem SGB III dar. Der Bezug von „Meister-BaföG“ ist dem Bezug laufender Geldleistungen nach dem SGB III gleichzustellen (BFH v. 4.8.2011 – III R 62/09, BStBl. II 2012, 732).

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