

X. Kindergeld

§ 62 Anspruchsberechtigte

idF des EStG v. 8.10.2009 (BGBl. I 2009, 3366; BStBl. I 2009, 1346), zuletzt geändert durch WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17)

(1) ¹Für 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.

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

(1a) ¹Begründet ein Staatsangehöriger eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines Staates, auf den das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum Anwendung findet, im Inland einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, so hat er für die ersten drei Monate ab Begründung des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts keinen Anspruch auf Kindergeld. ²Dies gilt nicht, wenn er nachweist, dass er inländische Einkünfte im Sinne des § 2 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 bis 4 mit Ausnahme von Einkünften nach § 19 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 erzielt. ³Nach Ablauf des in Satz 1 genannten Zeitraums hat er Anspruch auf Kindergeld, es sei denn, die Voraussetzungen des § 2 Absatz 2 oder Absatz 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU liegen nicht vor oder es sind nur die Voraussetzungen des § 2 Absatz 2 Nummer 1a des Freizügigkeitsgesetzes/EU erfüllt, ohne dass vorher eine andere der in § 2 Absatz 2 des Freizügigkeitsgesetzes/EU genannten Voraussetzungen erfüllt war. ⁴Die Prüfung, ob die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Kindergeld gemäß Satz 2 vorliegen oder gemäß Satz 3 nicht gegeben sind, führt die Familienkasse in eigener Zuständigkeit durch. ⁵Lehnt die Familienkasse eine Kindergeldfestsetzung in diesem Fall ab, hat sie ihre Entscheidung der zuständigen Ausländerbehörde mitzuteilen. ⁶Wurde das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen durch die Verwendung gefälschter oder verfälschter Dokumente oder durch Vorspiegelung falscher Tatsachen vorgetäuscht, hat die Familienkasse die zuständige Ausländerbehörde unverzüglich zu unterrichten.

(2) Ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer erhält Kindergeld nur, wenn er

1. eine Niederlassungserlaubnis oder eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU besitzt,
2. eine Blaue Karte EU, eine ICT-Karte, eine Mobiler-ICT-Karte oder eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, die für einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigen oder berechtigt haben oder diese erlauben, es sei denn, die Aufenthaltserlaubnis wurde

- a) nach § 16e des Aufenthaltsgesetzes zu Ausbildungszwecken, nach § 19c Absatz 1 des Aufenthaltsgesetzes zum Zweck der Beschäftigung als Au-Pair oder zum Zweck der Saisonbeschäftigung, nach § 19e des Aufenthaltsgesetzes zum Zweck der Teilnahme an einem Europäischen Freiwilligendienst oder nach § 20 Absatz 1 und 2 des Aufenthaltsgesetzes zur Arbeitsplatzsuche erteilt,
 - b) nach § 16b des Aufenthaltsgesetzes zum Zweck eines Studiums, nach § 16d des Aufenthaltsgesetzes für Maßnahmen zur Anerkennung ausländischer Berufsqualifikationen oder nach § 20 Absatz 3 des Aufenthaltsgesetzes zur Arbeitsplatzsuche erteilt und er ist weder erwerbstätig noch nimmt er Elternzeit nach § 15 des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes oder laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch in Anspruch,
 - c) nach § 23 Absatz 1 des Aufenthaltsgesetzes wegen eines Krieges in seinem Heimatland oder nach den §§ 23a, 24 oder § 25 Absatz 3 bis 5 des Aufenthaltsgesetzes erteilt,
3. eine in Nummer 2 Buchstabe c genannte Aufenthaltserlaubnis besitzt und im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist oder Elternzeit nach § 15 des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes oder laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch in Anspruch nimmt,
 4. eine in Nummer 2 Buchstabe c genannte Aufenthaltserlaubnis besitzt und sich seit mindestens 15 Monaten erlaubt, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält oder
 5. eine Beschäftigungsduldung gemäß § 60d in Verbindung mit § 60a Absatz 2 Satz 3 des Aufenthaltsgesetzes besitzt.

Autor: Rainer *Wendl*, Richter am BFH, München
Mitherausgeber: Prof. Dr. Andreas *Musil*, Universität Potsdam

Anm. | Anm.

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 62

<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 80%;">I. Grundinformation zu § 62</td> <td style="width: 20%; text-align: right;">1</td> </tr> <tr> <td>II. Rechtsentwicklung des § 62</td> <td style="text-align: right;">2</td> </tr> </table>	I. Grundinformation zu § 62	1	II. Rechtsentwicklung des § 62	2	<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 80%;">III. Bedeutung des § 62 und Verhältnis zu anderen Vorschriften</td> <td style="width: 20%; text-align: right;">3</td> </tr> </table>	III. Bedeutung des § 62 und Verhältnis zu anderen Vorschriften	3
I. Grundinformation zu § 62	1						
II. Rechtsentwicklung des § 62	2						
III. Bedeutung des § 62 und Verhältnis zu anderen Vorschriften	3						

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

<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 80%;">I. Anspruchsberechtigung nach Abs. 1 Satz 1</td> <td style="width: 20%; text-align: right;">4</td> </tr> <tr> <td>II. Kindergeldanspruch unbeschränkt Steuerpflichtiger (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1)</td> <td style="text-align: right;">5</td> </tr> <tr> <td>III. Kindergeldanspruch Steuerpflichtiger, die der erweiterten unbeschränkten Steuerpflicht unterliegen (Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a)</td> <td style="text-align: right;">6</td> </tr> </table>	I. Anspruchsberechtigung nach Abs. 1 Satz 1	4	II. Kindergeldanspruch unbeschränkt Steuerpflichtiger (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1)	5	III. Kindergeldanspruch Steuerpflichtiger, die der erweiterten unbeschränkten Steuerpflicht unterliegen (Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a)	6	<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 80%;">IV. Kindergeldanspruch beschränkt Steuerpflichtiger iSd. § 1 Abs. 3 (Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b)</td> <td style="width: 20%; text-align: right;">7</td> </tr> <tr> <td>V. Identifikation des Anspruchsberechtigten (Abs. 1 Sätze 2 und 3)</td> <td></td> </tr> <tr> <td> 1. Identifikation des Anspruchsberechtigten (Abs. 1 Satz 2)</td> <td style="text-align: right;">8</td> </tr> <tr> <td> 2. Rückwirkung einer nachträglichen Identifikation (Abs. 1 Satz 3)</td> <td style="text-align: right;">9</td> </tr> </table>	IV. Kindergeldanspruch beschränkt Steuerpflichtiger iSd. § 1 Abs. 3 (Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b)	7	V. Identifikation des Anspruchsberechtigten (Abs. 1 Sätze 2 und 3)		1. Identifikation des Anspruchsberechtigten (Abs. 1 Satz 2)	8	2. Rückwirkung einer nachträglichen Identifikation (Abs. 1 Satz 3)	9
I. Anspruchsberechtigung nach Abs. 1 Satz 1	4														
II. Kindergeldanspruch unbeschränkt Steuerpflichtiger (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1)	5														
III. Kindergeldanspruch Steuerpflichtiger, die der erweiterten unbeschränkten Steuerpflicht unterliegen (Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a)	6														
IV. Kindergeldanspruch beschränkt Steuerpflichtiger iSd. § 1 Abs. 3 (Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b)	7														
V. Identifikation des Anspruchsberechtigten (Abs. 1 Sätze 2 und 3)															
1. Identifikation des Anspruchsberechtigten (Abs. 1 Satz 2)	8														
2. Rückwirkung einer nachträglichen Identifikation (Abs. 1 Satz 3)	9														

**C. Erläuterungen zu Abs. 1a:
Dreimonatiger Ausschluss für neu zugezogene,
nicht erwerbstätige Unionsbürger**

<p>I. Vorbemerkungen zu den Sonder- vorschriften für Staatsangehörige eines anderen EU-/EWR-Mit- gliedstaats 10</p> <p>II. Dreimonatiger Ausschluss für neu zugezogene Uni- onsbürger (Abs. 1a Satz 1) 11</p> <p>III. Sofortiger Anspruch für erwerbs- tätige Unionsbürger (Abs. 1a Satz 2) 12</p>	<p>IV. Anspruch nach Ablauf des Drei- monatszeitraums (Abs. 1a Satz 3) 13</p> <p>V. Eigenes Prüfungsrecht der Fami- lienkasse (Abs. 1a Satz 4) 15</p> <p>VI. Mitteilungspflicht der Familien- kasse gegenüber Ausländerbe- hörde (Abs. 1a Satz 5) 16</p> <p>VII. Unverzügliche Mitteilungspflicht der Familienkasse bei Rechts- missbrauch oder Betrug (Abs. 1a Satz 6) 17</p>
---	--

D. Erläuterungen zu Abs. 2: Sondervorschriften für Ausländer

<p>I. Vorbemerkung zu den Sonder- vorschriften für Ausländer 20</p> <p>II. Einschränkung des Anspruchs nach Abs. 1 für nicht freizügig- keitsberechtigte Ausländer (Abs. 2 Einleitungssatz)</p> <p>1. Begriff der Freizügigkeitsberechti- gung 21</p> <p>2. Begriff des Ausländers 22</p> <p>III. Besitz eines Aufenthaltstitels oder einer Beschäftigungsduldung (Abs. 2 Nr. 1 bis 5)</p> <p>1. Aufenthaltstitel nach dem Aufent- haltsgesetz 23</p> <p>2. Besitz 24</p> <p>IV. Niederlassungserlaubnis und Er- laubnis zum Daueraufenthalt-EU (Abs. 2 Nr. 1) 25</p>	<p>V. Zur Erwerbstätigkeit berechti- gende Aufenthaltserlaubnis (Abs. 2 Nr. 2) 26</p> <p>VI. Ausnahmen bei Aufenthaltser- laubnis zu vorübergehendem Zweck (Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a bis c) 27</p> <p>VII. Rückausnahme zu Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c bei Erwerbstätigkeit (Abs. 2 Nr. 3) 28</p> <p>VIII. Rückausnahme zu Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c wegen Aufenthalts- dauer (Abs. 2 Nr. 4) 29</p> <p>IX. Rückausnahme zu Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c wegen Beschäftigungs- duldung (Abs. 2 Nr. 5) 30</p>
---	--

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 62

Schrifttum: *Kreft*, Kindergeld für Grenzpendler, entsandte Arbeitnehmer, Selbständige und Alleinerziehende, PISB 2010, 51; *Devetzi*, Von „Bosmann“ zu „Hudzinski“ und „Wawrzyński“ – Deutsches Kindergeld in Europa, ZESAR 2012, 447; *Merkel/Vießmann*, Familienleistungen unter dem Regime der Verordnung (EG) Nr 883/2004 – Leistungen für Rentner und Waisen im Fokus, VSSR 2012, 249; *Wendl*, Kindergeldanspruch von Wanderarbeitnehmern im Lichte der neueren Rechtsprechung des EuGH, DStR 2012, 1894; *Avvento*, Vorrangige Kindergeldberechtigung eines im EU-Ausland lebenden Elternteils, NWB 2016, 2104; *Gerlach*, Die Entwicklungen im Kindergeldrecht und ihre Auswirkungen auf die Transferleistungssysteme im SGB II, SGB XII und dem AsylbLG, ZfF 2016, 79 und 97; *Avvento*, Kindergeldberechtigung „fiktiv“ unbeschränkt Steuerpflichtiger mit Einkünften aus Gewerbebetrieb, NWB 2018, 2994; *Hohmerlein*, Kindergeld zwischen europäischem und deutschem Recht, ZESAR 2018, 157; *Derksen/Kubicki*, (Kein) Kindergeld für wirtschaftlich nicht aktive

EU-Ausländer?, NZS 2019, 651; Meyer, Erweiterte Befugnisse des Zolls – Ausschluss vom Kindergeld für einige EU-Bürger, Soziale Sicherheit 2019, 288; Hupke/Kalkmann/Lehrian/Mantel, Neuregelungen durch das Migrationspaket, Beilage zum Asylmagazin 8 – 9/2019, 2; Janda, Familienförderung nur für „Marktbürger“?, ZRP 2019, 94; Schwarz, Missbrauchsbekämpfung beim Kindergeld, Der Familien-Rechts-Berater 2019, 417.

Verwaltungsanweisungen: Dienstanweisung zum Kindergeld nach dem Einkommensteuergesetz v. 9.7.2019, BStBl. I 2019, 654 (DA-KG 2019); H 62 EStH; Durchführungsanweisung zum über- und zwischenstaatlichen Recht (DA-üzV), www.arbeitsagentur.de; Einzelweisung des BZSt. v. 15.8.2019 – St II 2 - S 2280-PB/1900016 zum Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialmissbrauch, www.bzst.de; Kindergeldmerkblatt 2020, www.bzst.de; Merkblätter über Kindergeld in grenzüberschreitenden Fällen (Europäische Union, Europäischer Wirtschaftsraum und Schweiz) und für Staatsangehörige Bosniens, Serbiens, Montenegros, des Kosovo, Marokkos, Tunesiens und der Türkei, www.arbeitsagentur.de.

1 I. Grundinformation zu § 62

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. 1a schließt den Kindergeldanspruch für EU-Staatsangehörige in den ersten drei Monaten nach Begründung eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts im Inland aus, sofern keine aktiven Einkünfte nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 (mit Ausnahme von § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2) nachgewiesen werden; für den sich anschließenden Zeitraum wird der Kindergeldanspruch vom Vorliegen spezieller Freizügigkeitsberechtigungen abhängig gemacht und insbes. nicht bei bloßer Arbeitssuche eröffnet. Den Familienkasse wird zudem eine eigene Prüfungspflicht im Hinblick auf das Vorliegen der Freizügigkeitsvoraussetzungen auferlegt.

Abs. 2 ist lex specialis für nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer. Die Vorschrift schränkt die Anspruchsberechtigung für solche Ausländer ein, die die Anspruchsvoraussetzungen nach Abs. 1 erfüllen.

2 II. Rechtsentwicklung des § 62

JStG 1996 v. 11.10.1995 (BGBl. I 1995, 1250; BStBl. I 1995, 438): Die Vorschrift wurde im Zusammenhang mit der Neuregelung der estrechtl. Kindergeldvorschriften in das EStG eingefügt (BTDrucks. 13/1558, 160; 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

mW ab 1.1.1998 (Art. 32 Abs. 1 des 1. SGB III-ÄndG) neu gefasst worden (BTDrucks. 13/8994, 76).

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 (BTDrucks. 15/1515, 126).

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 AufenthaltsG an den Besitz einer Niederlassungserlaubnis bzw. bestimmter Arten der Aufenthaltserlaubnis geknüpft (BTDrucks. 15/420, 124).

Gesetz zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss v. 13.12.2006 – AuslAnsprG (BGBl. I 2006, 2915; BStBl. I 2007, 62): In Reaktion auf BVerfG v. 6.7.2004 (BVerfG v. 6.7.2004 – 1 BvL 4-6/97, BVerfGE 111, 160) zu § 1 Abs. 3 BKGG wurde Abs. 2 geändert (BTDrucks. 16, 1368, 10). 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 der Rückwirkung 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.

FreizügigkeitsÄndG v. 2.12.2014 (BGBl. I 2014, 1922; BStBl. I 2015, 54): In Abs. 1 Satz 2 wurde der Kindergeldanspruch von einer Identifikation des Kindergeldberechtigten durch die an ihn vergebene Identifikationsnummer abhängig gemacht (BTDrucks. 18/2581, 20). Abs. 1 Satz 3 ermöglicht eine Rückwirkung des Identifikationsnachweises. Die Regelungen sind grds. erstmals für Kindergeldfestsetzungen anzuwenden, die Zeiträume betreffen, die nach dem 31.12.2015 beginnen. Abweichend hiervon kommen sie jedoch auch für Kindergeldfestsetzungen zur Anwendung, die vor dem 1.1.2016 liegende Anspruchszeiträume betreffen, sofern der Antrag auf Kindergeld erst nach dem 31.12.2015 gestellt wird.

SozialMissbrG v. 11.7.2019 (BGBl. I 2019, 1066; BStBl. I 2019, 814): Einfügung des Abs. 1a, mit dem der Kindergeldanspruch für EU-Staatsangehörige in den ersten drei Monaten nach Wohnsitzbegründung eingeschränkt und anschließend von bestimmten Freizügigkeitsrechten abhängig gemacht wird. Den Familienkassen wird zudem die Pflicht zur eigenständigen Prüfung der Freizügigkeitsvoraussetzungen auferlegt (BTDrucks. 19/8691, 63). Die Regelung ist für Kindergeldfestsetzungen anzuwenden, die Zeiträume betreffen, die nach dem 31.7.2019 beginnen (§ 52 Abs. 49a Satz 1 idF des SozialMissbrG v. 11.7.2019).

WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. **12.12.2019** (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17); Durch Art. 2 Nr. 28 wurde Abs. 2 zunächst nur um eine neue Nr. 4 ergänzt, in der ein Kindergeldanspruch für nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer auch bei Besitz einer Beschäftigungsduldung gem. § 60d AufenthG begründet wird. Diese Fassung gilt nur für den Zeitraum 1.1.2020 bis 29.2.2020. Durch Art. 3 Nr. 2 wurde Abs. 2 ab 1.3.2020 komplett neu geordnet; in nunmehr fünf Nummern werden zusätzliche Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Kindergeld durch nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer aufgestellt (sog. „Ausländerklausel“, vgl. BRDrucks. 356/19, 136 ff.).

3 III. Bedeutung des § 62 und Verhältnis zu anderen Vorschriften

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.

Verhältnis zum BKG: 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 BKG ergeben (s. Vor §§ 62–78 Anm. 14; zum Verhältnis konkurrierender Ansprüche nach § 62 und nach § 1 BKG 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

4 I. Anspruchsberechtigung nach Abs. 1 Satz 1

Anspruchsberechtigt ist, wer im Inland einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1) oder nach § 1 Abs. 2 unbeschränkt estpfl. ist (Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a) oder nach § 1 Abs. 3 als unbeschränkt estpfl. behandelt wird (Abs. 1 Satz 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). Die Kinder selbst 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).

Bevollmächtigung und Abtretung: Der Anspruchsberechtigte kann einen Dritten bevollmächtigen, seinen Kindergeldanspruch geltend zu machen. Auch wenn der anspruchsberechtigte Elternteil den nicht anspruchsberechtigten Elternteil bevollmächtigt, den Kindergeldanspruch geltend zu machen, wird Kindergeld aber nicht gegenüber dem Bevollmächtigten, sondern nur gegenüber dem anspruchsberechtigten Elternteil festgesetzt (BFH v. 23.8.2016 – V R 19/15, BStBl. II 2016, 958). Soweit der Kindergeldanspruch nach § 46 AO abgetreten werden kann (s. § 76 Anm. 5) erfasst diese Abtretung nicht die gesamte Rechtsstellung des Kindergeldberechtigten. Übertragen werden kann nur der Zahlungsanspruch im Auszahlungsverfahren, nicht die Antragsberechtigung im Festsetzungsverfahren, so dass der Kindergeldanspruch gleichwohl gegenüber dem Anspruchsberechtigten festzusetzen ist (BFH v. 23.8.2016 – V R 19/15, BStBl. II 2016, 958).

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

5

Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt des Anspruchstellers: Anspruchsberechtigt ist, wer im Inland (zur Definition des Inlandsbegriffs s. § 1 Anm. 57) einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Außerdem muss auch das zu berücksichtigende Kind seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, einem EU-Mitgliedstaat, einem EWR-Staat oder der Schweiz haben (§ 63 Abs. 1 Satz 6; 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).

Wohnsitz: Nach § 8 AO hat jemand einen Wohnsitz dort, wo er eine Wohnung unter Umständen innehat, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen kann. Kennzeichnend für eine Wohnung ist, dass es sich um Räume handelt, die zum Bewohnen geeignet sind (BFH v. 8.5.2014 – III R 21/12, BStBl. II 2015, 135, zu Zimmer in Untermiete), wobei eine bescheidene Bleibe ausreicht (BFH v. 10.4.2013 – I R 50/12, BFH/NV 2013, 1909; BFH v. 13.11.2013 – I R 38/13, BFH/NV 2014, 1046). 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 (BFH v. 8.5.2014 – III R 21/12, BStBl. II 2015, 135; BFH v. 25.9.2014 – III R 10/14, BStBl. II 2015, 655). Da eine Person mehrere Wohnsitze haben kann, genügt auch ein Zweitwohnsitz (BFH v. 18.12.2013 – III R 44/12,

BStBl. II 2015, 143). Die bloße Nutzung zu Korrespondenzzwecken reicht dagegen nicht (BFH v. 13.11.2014 – III R 38/12, HFR 2015, 584). 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 (BFH v. 17.12.2015 – V R 13/15, BFH/NV 2016, 534). Diese Grundsätze gelten gleichermaßen für die Beibehaltung wie für die Begr. eines inländ. Wohnsitzes (s. dazu BFH v. 9.8.1999 – VI B 387/98, BFH/NV 2000, 42; BFH v. 23.11.2000 – VI R 107/99, BStBl. II 2001, 294; BFH v. 12.1.2001 – VI R 64/98, BFH/NV 2001, 1231; BFH v. 20.11.2008 – III R 53/05, BFH/NV 2009, 564). Zu Einzelheiten s. AEAO zu § 8 AO; Rz. A 2.1 DA-KG 2019; § 1 Anm. 62–70; *Musil* in *HHSp.*, § 8 AO Rz. 16 ff. (1/2016); *Avvento* in *Gosch*, § 8 AO Rz. 15 ff. (10/2019).

Gewöhnlicher Aufenthalt: Nach § 9 AO hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt, wobei ein zeitlich zusammenhängender Aufenthalt von mehr als sechs Monaten Dauer stets und von Beginn an als solcher anzusehen ist. Kurzfristige Unterbrechungen bleiben unberücksichtigt (zur Abgrenzung s. BFH v. 14.5.2014 – XI R 56/10, BFH/NV 2015, 169). Ein zeitlich zusammenhängender Aufenthalt von mehr als sechs Monaten kann auch dann vorliegen, wenn ein ArbN während dieses Zeitraums mehrfach aufeinander folgend in das Inland entsandt wird, sofern objektive Umstände vorliegen, die für einen solchen Zusammenhang und eine Fortdauer des Anlasses sprechen (BFH v. 19.6.2015 – III B 143/14, BFH/NV 2015, 1386). 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). Zu Einzelheiten s. AEAO zu § 9 AO; Rz. A 2.1 DA-KG 2019; § 1 Anm. 73–87; *Musil* in *HHSp.*, § 9 AO Rz. 17 ff. (1/2016); *Avvento* in *Gosch*, § 9 AO Rz. 16 ff. (10/2019).

Wohnsitzfiktion nach EU-Recht: Liegen bei einem Elternteil die Voraussetzungen für einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland vor, kann das EU-Recht zu der Fiktion führen, dass auch seine Familienangehörigen (zur Begriffsbestimmung Vor §§ 62–78 Anm. 17) im Inland wohnen (s. Vor §§ 62–78 Anm. 26), denn nach Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der DVO (EG) Nr. 987/2009 v. 16.9.2009 (ABl. EU 2009 Nr. L 284, 1) ist bei der Anwendung von Art. 67 und 68 der VO (EG) Nr. 883/2004 v. 29.4.2004 (ABl. EU 2004 Nr. L 166, 1), insbes. was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als ob alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fielen und dort wohnten. Nach Art. 67 der VO (EG) Nr. 883/2004 hat eine Person auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen

nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnten. Da das Kindergeldrecht nach dem EStG den Begriff des Familienangehörigen weder verwendet noch definiert, sind hierunter neben den Elternteilen und dem Kind auch alle Personen zu verstehen, die nach nationalem Recht berechtigt sind, Anspruch auf diese Leistungen zu erheben (BFH v. 27.7.2017 – III R 17/16, BFH/NV 2018, 201). Die Fiktionswirkung kann sich daher auf den anderen leiblichen Elternteil (BFH v. 4.2.2016 – III R 17/13, BStBl. II 2016, 612; BFH v. 7.7.2016 – III R 11/13, BStBl. II 2017, 407; BFH v. 4.8.2016 – III R 10/13, BStBl. II 2017, 126) erstrecken und zwar unabhängig davon, ob er mit dem im Inland lebenden Elternteil verheiratet ist oder war (BFH v. 28.4.2016 – III R 68/13, BStBl. II 2016, 776), aber auch auf den Großelternteil (BFH v. 10.3.2016 – III R 62/12, BStBl. II 2016, 616; BFH v. 28.4.2016 – III R 3/15, BFH/NV 2016, 1477; BFH v. 15.6.2016 – III R 57/12, BFH/NV 2016, 1711) oder den Pflegeelternteil (BFH v. 15.6.2016 – III R 60/12, BStBl. II 2016, 889). Nach der Rspr. gilt diese Wohnsitzfiktion allerdings nicht, wenn Deutschland, zB wegen Vorliegens eines Entsendungsfalls (Art. 12 VO [EG] Nr. 883/2004), nicht der zuständige Mitgliedstaat iSd. Art. 67 VO (EG) Nr. 883/2004 ist (Sächs. FG v. 29.5.2018 – 3 K 74/17 Kg, juris, Az. BFH III R 39/18; Sächs. FG v. 10.7.2018 – 1 K 1715/16 Kg, juris, Az. BFH III R 22/19). Zur Identifikation von Anspruchsberechtigten, deren Wohnsitz fingiert wird s. Anm. 8.

EU-Bedienstete: Hält sich eine Person zur Ausübung ihrer Amtstätigkeit im Dienste der EU im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats auf als dem, in dem sie vor Dienstantritt ihren stl. Wohnsitz hatte, werden sie und ihr nicht berufstätiger Ehegatte oder Lebenspartner in beiden genannten Staaten so behandelt, als hätten sie ihren früheren Wohnsitz beibehalten (Art. 13 des Protokolls [Nr. 7] über die Vorrechte und Befreiungen der EU vom 26.10.2012, ABl. EU 2012 Nr. C 326, 266; Rz. A 2.1.10 DA-KG 2019).

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 Rz. 125 [11/2017]; zur ständigen Ansässigkeit von Ortskräften s. BFH v. 8.8.2013 – VI R 45/12, BFH/NV 2014, 83; s. hierzu auch Rz. A 2.1.9, A 5, A 6 Abs. 1 DA-KG 2019). 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 Rz. A 2.1.8 Abs. 1, A 6 Abs. 2 DA-KG 2019).

Verfahrensrecht: 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; BFH v. 24.5.2012 – III R 14/10, BStBl. II 2012, 897). Melderechtliche Angaben sind nicht maßgebend, sondern allenfalls Indiz (BFH v. 20.11.2008 – III R 53/05, BFH/NV 2009, 564; 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).

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

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

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

- deutscher Staatsangehöriger ist,
- zu einer inländ. jPöR 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 vom Einkommen 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 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a haben somit öffentlich Bedienstete, die im Ausland beschäftigt sind und die über keinen inländ. Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt (mehr) verfügen, Anspruch auf Kindergeld nach dem EStG. Zu den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 s. im Einzelnen § 1 Anm. 157 ff. und Rz. A 2.2.1 Abs. 2–4 DA-KG 2019.

Nicht erfasste Personen: Da § 1 Abs. 2 nur Bedienstete von jPöR, 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 jPöR wird durch ein Forschungsstipendium begründet (FG Düss. v. 23.4.1998 – 10 K 4965/97 Kg, EFG 1998, 1015, rkr.). In Betracht kommt in diesen Fällen ebenso wie für Selbständige allenfalls ein Anspruch nach dem BKGG. Bei einer deutschen Auslandsvertretung beschäftigte deutsche Staatsangehörige haben 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; BFH v. 18.12.2013 – III R 20/12, BFH/NV 2014, 684; FG Köln v. 26.9.2018 – 4 K 3634/13, juris, rkr.). Deutsche Bedienstete der EU oder anderer internationaler Organisationen werden nicht erfasst.

Verfahren: Zum Nachweis der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 s. Rz. A 2.2.2 DA-KG 2019. Ob die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 erfüllt sind, hat die Familienkasse in eigener Zuständigkeit festzustellen, ohne dabei an das Erg. der Prüfung durch das FA gebunden zu sein.

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

7

Anspruchsvoraussetzungen: Anspruch auf Kindergeld hat nach Abs. 1 Satz 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 mW seit VZ 1996 die erweiterte unbeschränkte StPfl. 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. 266; zur eingeschränkten Bedeutung der Grenzen gegenüber Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaats s. § 1 Anm. 265; zu weiteren Einzelheiten Rz. A 2.1.1 Abs. 3 DA-KG 2019.

Verfahrensrecht: Anders als bei Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 Buchst. a setzt eine Kindergeldberechtigung nach § 62 Abs. 1 Satz 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; BFH v. 24.10.2012 – V R 43/11, BStBl. II 2013, 491; BFH v. 18.4.2013 – VI R 70/11, BFH/NV 2013, 1554; BFH v. 5.9.2013 – XI R 26/12, BFH/NV 2014, 313; BFH v. 30.9.2015 – V B 135/14, BFH/NV 2016, 51). Die Tatsache allein, dass (zB bei einem Wanderarbeitnehmer) im EStBescheid von unbeschränkter EStPfl. 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 EStBescheids, hängt die Kindergeldberechtigung davon ab, ob der Anspruchsteller sein Antragswahlrecht gegenüber dem FA ausgeübt hat und ob er den EStBescheid 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 au-

ßerhalb des Veranlagungsverfahrens erklärt, es gehe von einer Behandlung nach § 1 Abs. 3 aus. Als Nachweis für eine Behandlung als unbeschränkt stpfl. nach § 1 Abs. 3 sind nur Beweismittel geeignet, aus denen sich ergibt, dass für den betreffenden Anspruchszeitraum bereits eine entsprechende stl. Behandlung nach § 1 Abs. 3 durch das zuständige FA vorgenommen wurde. Bescheinigungen des FA, die schon vor Beginn des maßgeblichen VZ für einen unbegrenzten Zeitraum in der Zukunft ausgestellt werden, sind keine tauglichen Beweismittel (BFH v. 22.2.2018 – III R 10/17, BStBl. II 2018, 717, mit Anm. *Wendl*, DStR 2018, 1555). Zu weiteren Einzelheiten s. BFH v. 16.5.2013 – III R 63/10, BFH/NV 2014, 12; BFH v. 18.7.2013 – III R 9/09, BFH/NV 2014, 211; BFH v. 12.9.2013 – III R 16/11, BFH/NV 2014, 320; Rz. A 2.2.1 Abs. 5, A 2.2.2 DA-KG 2019.

Europarechtliche Besonderheiten: Entgegen *Weber-Grellet* (FR 2018, 759) führt die nach Art. 67 VO (EG) 883/2004 v. 29.4.2004 (ABl. EU 2004 Nr. L 166, 1) anzustellende Familienbetrachtung nicht dazu, dass für eine Person, die in Deutschland erwerbstätig ist, aber weder die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 noch die des § 1 Abs. 3 erfüllt, ein inländ. Wohnsitz fingiert wird. Zum einen wird in Entscheidungsfällen und bei vorübergehender selbständiger Tätigkeit im Inland gerade kein Bezug zum deutschen Sozialsystem hergestellt (s. die Erläuterungen zu Art. 12 VO (EG) Nr. 883/2004 Vor §§ 62–78 Anm. 21). Zum anderen enthält die VO (EG) Nr. 883/2004 nur Kollisionsnormen und begründet keine eigenständigen Ansprüche auf Kindergeld, denn das Gemeinschaftsrecht lässt die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit unberührt. Es ist Sache des jeweiligen Mitgliedstaats, die Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen der sozialen Sicherheit sowie ihre Höhe und die Dauer ihrer Gewährung zu bestimmen (EuGH v. 18.11.2010 – C-247/09 – *Xhymshiti*, HFR 2011, 115; BFH v. 13.11.2014 – III R 1/13, BStBl. II 2018, 394). Der Kindergeldanspruch ist daher an die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen nach §§ 62 ff. gebunden (vgl. BFH v. 13.11.2014 – III R 38/12, HFR 2015, 584, zu den Vorgängerregelungen; Erwägungsgrund Nr. 4 der VO [EG] Nr. 883/2004; ebenso *Avvento in Kirchof*, 18. Aufl. 2019, § 62 Rz. 1, 5). Übt der Anspruchsteller in Deutschland keine Erwerbstätigkeit aus, sondern beruht die fiktive unbeschränkte StPfl. auf Einkünften aus VuV, kann ein inländ. Differenz-Kindergeldanspruch nach Art. 68 Abs. 2 Satz 3 VO (EG) Nr. 883/2004 ausgeschlossen sein, wenn ein anderer EU-Mitgliedstaat nach Art. 68 Abs. 1 Buchst. a VO (EG) Nr. 883/2004 aufgrund einer vom Anspruchsteller dort ausgeübten Erwerbstätigkeit vorrangig zur Erbringung von Familienleistungen verpflichtet ist (BFH v. 22.2.2018 – III R 10/17, BStBl. II 2018, 717). Dagegen kann die Familienbetrachtung dazu führen, dass der Kindergeldanspruch nicht dem Kindergeldberechtigten zusteht, der die Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 in seiner Person erfüllt, sondern (vorrangig) dem anderen Elternteil, der in einem anderen EU-Mitgliedstaat wohnt und die Kinder in seinen Haushalt aufgenommen hat (vgl. EuGH v. 22.10.2015 – C 378/14 – *Trapkowski*, HFR 2015, 1190).

Beachtung des Monatsprinzips: 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; BFH v. 18.4.2013 – VI R 70/11, BFH/NV 2013, 1554; BFH v. 16.5.2013 – III R 8/11, BStBl. II 2013, 1040; BFH v. 24.7.2013 – XI R 8/12, BFH/NV 2014, 495; BFH v. 12.3.2015 – III R 14/14, BStBl. II 2015, 850). Zur Beantwor-

tung der Frage, in welchem Monat die Einkünfte „erzielt“ wurden, ist bei Kindergeldberechtigten, die Gewinneinkünfte haben, nicht auf die Art der Gewinnermittlung und auch nicht auf den Zeitpunkt des Zuflusses abzustellen. Vielmehr kommt es darauf an, in welchem Monat die wirtschaftliche Tätigkeit im Inland entfaltet wurde, welche die inländ. StPfl. auslöst und damit das Wahlrecht nach § 1 Abs. 3 erst eröffnet (BFH v. 14.3.2018 – III R 5/17, BStBl. II 2018, 482, mit Anm. *Avvento*, NWB 2018, 2984). Offen gelassen hat der BFH dabei, ob er auch bei Kindergeldberechtigten mit Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit eine Abkehr vom Zuflussprinzip vollziehen will. Hierfür spricht, dass eine Anknüpfung an den Zufluss der Einnahmen den Kindergeldanspruch auch bei Beziehern von Lohnneinkünften sehr zufalls- und gestaltungsanfällig machen würde. Anknüpfungspunkt sollte daher auch hier die Erbringung der eigentlichen Arbeitstätigkeit sein, die den Lohnanspruch ausgelöst hat. Demgegenüber sollte wegen der Gestaltungsanfälligkeit sowohl bei Gewinneinkünften als auch bei Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit unberücksichtigt bleiben, wann Vorbereitungshandlungen (zB Werbemaßnahmen, Kundenakquise, Materialbeschaffung eines Gewerbetreibenden; Bewerbungsschreiben und Vorstellungsgespräche eines ArbN) vorgenommen wurden.

Kein Anspruch für Kinder in Drittstaaten: 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).

V. Identifikation des Anspruchsberechtigten (Abs. 1 Sätze 2 und 3)

1. Identifikation des Anspruchsberechtigten (Abs. 1 Satz 2)

8

Durch das FreizügigkeitsÄndG v. 2.12.2014 (BGBl. I 2014, 1922; BStBl. I 2015, 54) wurde in Abs. 1 Satz 2 eine weitere, vom Kindergeldberechtigten zu erfüllende Voraussetzung für den Kindergeldanspruch eingeführt. Der Berechtigte muss durch die an ihn vergebene Identifikationsnummer identifiziert werden. Die Regelung ist erstmals für Kindergeldfestsetzungen anzuwenden, die Zeiträume betreffen, die nach dem 31.12.2015 beginnen. Abweichend hiervon kommt sie jedoch auch für Kindergeldfestsetzungen zur Anwendung, die vor dem 1.1.2016 liegende Anspruchszeiträume betreffen, sofern der Antrag auf Kindergeld erst nach dem 31.12.2015 gestellt wird (§ 52 Abs. 49a idF des Art. 3 Nr. 1 iVm. Art. 7 Satz 3 FreizügigkeitsÄndG). Die Regelung steht in engem Zusammenhang mit den ebenfalls durch das FreizügigkeitsÄndG in § 63 Abs. 1 Sätze 3 bis 5 und § 67 Sätze 3 bis 5 eingefügten Identifikationserfordernissen hinsichtlich des Kindes und des Antragstellers im berechtigten Interesse. Die Änderungen verfolgen das Ziel, die missbräuchliche Inanspruchnahme von Kindergeld konsequenter als bisher zu unterbinden (BTDrucks. 18/2581, 1, 11, 20, zu Art. 3 Nr. 2). Der Kindergeldberechtigte soll mithilfe der an ihn vergebenen Identifikationsnummer eindeutig identifiziert werden. Die Familienkassen können durch einen Abgleich der Identifikationsnummern eine mehrfache Inanspruchnahme von Kindergeld für dasselbe Kind vermeiden (BTDrucks. 18/2581, 11, 20, zu Art. 3 Nr. 2). Für inländ. Antragsteller mit ihren sich im Inland aufhaltenden Kindern sollen dadurch andere Formen der Identitätsprüfung entbehrlich werden (BTDrucks. 18/2581, 11).

Voraussetzung für den Anspruch nach Satz 1: Abs. 1 Satz 2 beinhaltet nicht nur eine Verfahrensregelung zur Überprüfung der Identität des Anspruchstellers. Nach seinem Wortlaut („Voraussetzung für den Anspruch nach Satz 1 ist ...“) und der Begr. des Gesetzentwurfs (BTDrucks. 18/2581, 20, zu Art. 3 Nr. 2) stellt die anhand der Identifikationsnummer vorzunehmende Feststellung der Identität des Anspruchsberechtigten eine zusätzliche materielle Anspruchsvoraussetzung dar. Hierfür spricht auch die Regelung des Abs. 1 Satz 3, die eine rückwirkende Berücksichtigung einer nachträglich erteilten Identifikationsnummer anordnet. Zwar sah der Kindergeldantrag in seinem Kopffeld bereits vor der Gesetzesänderung neben der Nennung der Kindergeldnummer die Angabe der stl. Identifikationsnummer der antragstellenden Person vor. Diese Angabe hatte jedoch nur verfahrensrechtl. Bedeutung. Wurde dem Antragsteller keine Identifikationsnummer erteilt, konnte gleichwohl Kindergeld festgesetzt werden, wenn die Familienkasse keine Zweifel an der Identität des Kindergeldberechtigten hegte oder etwaige Zweifel anderweitig (Geburtsurkunde, Ausweisdokumente etc.) ausräumen konnte. Durch die Anfügung des Abs. 1 Satz 2 wurde der Kindergeldanspruch von einer Identitätsprüfung abhängig gemacht.

Identifizierung des Anspruchsberechtigten durch die an ihn vergebene Identifikationsnummer: Die Feststellung der Identität des Kindergeldberechtigten hat anhand der für diesen erteilten Identifikationsnummer zu erfolgen. Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist der Anspruch zwar nicht davon abhängig, dass der Anspruchsteller die Identifikationsnummer gegenüber der Familienkasse angibt. Tut er dies jedoch – trotz seiner Mitwirkungspflicht (§ 90 AO, § 68 Abs. 1 Satz 1) – nicht und kann die Familienkasse im Rahmen ihrer sich aus § 88 AO ergebenden Aufklärungspflicht auch anderweitig nicht feststellen, dass für den Anspruchsteller eine Identifikationsnummer erteilt wurde, kann sie nach den Regeln der Feststellungslast vom Nichtbestehen einer Identifikationsnummer ausgehen und eine Kindergeldfestsetzung ablehnen. Nach § 139a Abs. 1 Satz 1 AO teilt das BZSt. seit 2008 jedem Stpfl. zum Zwecke der eindeutigen Identifizierung in Besteuerungsverfahren ein einheitliches und dauerhaftes Merkmal (Identifikationsmerkmal) zu, das bei Anträgen, Erklärungen oder Mitteilungen gegenüber Finanzbehörden anzugeben ist. Natürliche Personen erhalten eine Identifikationsnummer (§ 139a Abs. 1 Satz 3 AO). Eine natürliche Person darf nicht mehr als eine Identifikationsnummer erhalten (§ 139b Abs. 1 Satz 1 AO). Jede Identifikationsnummer darf nur einmal vergeben werden (§ 139b Abs. 1 Satz 2 AO). Die Einzelheiten ergeben sich aus der Verordnung zur Vergabe steuerlicher Identifikationsnummern (Steueridentifikationsnummernverordnung – StId) v. 28.11.2006 (BGBl. I 2006, 2726, zuletzt geändert durch Gesetz v. 18.7.2016, BGBl. I 2016, 1722). In organisatorischer Hinsicht wird durch die nach § 5 Abs. 1 Nr. 22 FVG bestimmte zentrale Zuständigkeit des BZSt. eine mehrfache Vergabe der Identifikationsnummer verhindert. Zu Einzelheiten s. Rz. A 3 DA-KG 2019.

Identifizierung von Anspruchsberechtigten ohne Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt: Ausnahmsweise können auch Personen ohne Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland anspruchsberechtigt sein (s. insbes. zur europarechtl. Wohnsitzfiktion Anm. 5). Sofern diesen keine Identifikationsnummer zugeteilt wurde, kommt wegen der insoweit bestehenden Gesetzeslücke eine analoge Anwendung des § 63 Abs. 1 Satz 4 in Betracht (ebenso *Pust* in *LBP*, § 62 Rz. 131 [12/2018]; s. dazu § 63 Anm. 16).

2. Rückwirkung einer nachträglichen Identifikation (Abs. 1 Satz 3)

9

Nachträgliche Identifizierung, nachträgliche Vergabe der Identifikationsnummer: Nach § 66 Abs. 2 gilt im Kindergeld das Monatsprinzip, dh., Anspruch auf Kindergeld besteht nur für den jeweiligen Monat, in dem der Kindergeldberechtigte sämtliche materiellen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt. Da Abs. 1 Satz 2 die Identifizierung zur materiellen Anspruchsvoraussetzung macht, hätte dies zur Folge, dass ein erst nach Ablauf des Monats entstandener Identitätsnachweis kindergeldrechtl. unberücksichtigt bleiben müsste.

Beispiel:

Einem Kindergeldberechtigten, der im Januar 2020 einen Wohnsitz im Inland begründet hat, wird erst im März 2020 eine Identifikationsnummer zugeteilt. Hätte die Identifikation nur verfahrensrechtl. Wirkung, bedürfte es des Abs. 1 Satz 3 nicht, da sich die Familienkasse auch ohne eine solche Regelung noch im Nachhinein die Überzeugung bilden könnte, dass die Identität des Kindergeldberechtigten für den betreffenden Anspruchsmonat geklärt ist.

Rückwirkung: Die Rückwirkung dient dem Schutz des Kindergeldberechtigten. Der Kindergeldberechtigte muss die Identifikationsnummer im Anspruchszeitraum (s. § 66 Anm. 16) nicht bereits erhalten haben. Vielmehr wirkt eine nachträglich erteilte Identifikationsnummer auf die Monate zurück, in denen der Kindergeldberechtigte die Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 1 erfüllt hat. Damit soll sichergestellt werden, dass Personen, deren Identität im Vergabeverfahren der Identifikationsnummer zunächst nicht eindeutig geklärt werden kann, nach Erteilung der Identifikationsnummer und Feststellung der Identität auch für bereits vergangene Zeiträume einen Kindergeldanspruch geltend machen können (s. BTDrucks. 18/2581, 20, zu Art. 3 Nr. 2). Die Grenzen der Festsetzungsverjährung sind jedoch zu beachten (s. § 67 Anm. 8).

C. Erläuterungen zu Abs. 1a: Dreimonatiger Anspruchsausschluss für neu zugezogene, nicht erwerbstätige Unionsbürger**I. Vorbemerkungen zu den Sondervorschriften für Staatsangehörige eines anderen EU-/EWR-Mitgliedstaats**

10

Inhalt der Neuregelung: Mit dem durch das SozialMissbrG v. 11.7.2019 (BGBl. I 2019, 1066; BStBl. I 2019, 814) neu eingefügten Abs. 1a verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, den Kindergeldanspruch stärker mit dem Freizügigkeitsrecht zu verknüpfen (BTDrucks. 19/8691, 63), wobei er nur bestimmten freizügigkeitsberechtigten Personengruppen einen Kindergeldanspruch zuerkennen will. Staatsangehörige eines anderen EU- oder EWR-Mitgliedstaats sollen für die ersten drei Monate ab Begr. eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts im Inland vom Kindergeldanspruch ausgeschlossen werden (Abs. 1a Satz 1), es sei denn sie erzielen Einkünfte aus LuF, Gewerbebetrieb, selbständiger oder unselbständiger Arbeit (mit Ausnahme von Bezügen und Vorteilen aus früheren Dienstleistungen) (Abs. 1a Satz 2). Nach Ablauf des Dreimonatszeitraums soll für Staatsangehörige eines anderen EU-/EWR-Mitgliedstaats nur dann ein Kindergeldanspruch in Betracht kommen, wenn sie die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 oder Abs. 3 FreizügG/EU erfüllen, nicht hingegen, wenn sie sich gem. § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU nur zur Arbeitssuche im Inland aufhalten (Abs. 1a Satz 3). Entgegen der bisherigen

Rspr. (BFH v. 27.4.2015 – III B 127/14, BStBl. II 2015, 901; BFH v. 15.3.2017 – III R 32/15, BStBl. II 2017, 963) soll die Familienkasse auch nicht mehr auf eine Feststellung der Ausländerbehörde angewiesen sein, dass das Freizügigkeitsrecht nicht besteht oder entfallen ist, sondern selbständig dessen Vorliegen prüfen (Abs. 1a Satz 4). Lehnt sie einen Kindergeldanspruch aus diesem Grund ab, soll sie darüber auch die zuständige Ausländerbehörde unterrichten (Abs. 1a Satz 5). Hat der Anspruchsteller ge- oder verfälschte Dokumente verwendet oder falsche Tatsachen vorgespiegelt, wird die Familienkasse zu einer unverzüglichen, also ggf. noch vor der Ablehnung der Kindergeldfestsetzung erfolgenden Unterrichtung der Ausländerbehörde verpflichtet (Abs. 1a Satz 6).

Zeitlicher Anwendungsbereich: Die Neuregelung trat am 18.7.2019 in Kraft und ist gem. § 52 Abs. 49a Satz 1 idF des Art. 9 Nr. 5 Buchst. a des SozialMissbrG v. 11.7.2019 (BGBl. I 2019, 1066; BStBl. I 2019, 814) für Kindergeldfestsetzungen anzuwenden, die Zeiträume betreffen, die nach dem 31.7.2019 beginnen.

Vereinbarkeit mit Unionsrecht: In der Begr. zum Entwurf des SozialMissbrG (BTDrucks. 19/8691, 63) beruft sich der Gesetzgeber hinsichtlich der unionsrechtl. Rechtfertigung der Leistungseinschränkung für wirtschaftlich nicht aktive EU-/EWR-Staatsangehörige auf mehrere EuGH-Entsch. (EuGH v. 19.9.2013 – C-140/12 – Brey, ZESAR 2014, 36; EuGH v. 11.11.2014 – C-333/13 – Dano, ZESAR 2015, 125; EuGH v. 15.9.2015 – C-67/14 – Alimanovic, ZESAR 2016, 29; EuGH v. 25.2.2016 – C 299/14 – Garcia-Nieto, ZESAR 2016, 386). Daraus wird gefolgert, dass die Gewährung von Sozialleistungen von einem rechtmäßigen Aufenthalt im Aufnahmestaat abhängig gemacht werden darf und insbes. Unionsbürger, die sich im Aufnahmestaat nur zur Arbeitssuche aufhalten, von bestimmten Sozialleistungen ausgeschlossen werden können. Zudem wird aus EuGH v. 14.6.2016 (EuGH v. 14.6.2016 – C-308/14 – KOM/UK, ZESAR 2017, 37) abgeleitet, dass bei der Gewährung von Familienleistungen (wie dem britischen *child benefit* und *child tax credit*) die Notwendigkeit, die Finanzen eines Aufnahmemitgliedstaats zu schützen, ausreicht, um eine Prüfung der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts durchzuführen, solange diese Prüfung nicht systematisch, sondern nur in begründeten Zweifelsfällen erfolgt. Ein Gleichbehandlungsproblem sieht der Gesetzgeber darin nicht, da der Aufnahmestaat nach Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG v. 29.4.2004 (ABl. EU 2004 Nr. L 158, 77) nicht verpflichtet sei, anderen Personen als ArbN, Selbständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder ggf. während des längeren Zeitraums der Arbeitssuche einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren. Die Gleichsetzung des Kindergeldes mit einer solchen Sozialhilfeleistung folgert der Gesetzgeber daraus, dass es beitragsunabhängig gewährt und aus Steuermitteln finanziert werde und zudem bei wirtschaftlich nicht aktiven Anspruchstellern mit geringem oder gar keinem Einkommen nach § 31 Satz 2 ausschließlich Sozialleistungsfunktion erfülle.

Diese Sichtweise ist nicht unproblematisch (aA Schwarz, Der Familien-Rechts-Berater 2019, 417 [418], der die Regelung für EU-rechtl. unbedenklich hält). Bedenken werden geltend gemacht im Hinblick auf den im Koordinierungsrecht enthaltenen Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 v. 29.4.2004 (ABl. EU 2004 Nr. L 166, 1). Dieser gilt nach Art. 3 Abs. 5 Buchst. a VO (EG) Nr. 883/2004 zwar nicht für soziale Fürsorgeleistungen. Dies setzt aber voraus, dass man das Kindergeld – abweichend von der sonst vorgenommenen Einordnung als Familienleistung (Art. 3 Abs. 1 Buchst. j VO [EG] Nr. 883/2004) – wegen

seiner bei wirtschaftlich inaktiven Personen bedürftigkeitsmindernden Wirkung partiell als soziale Fürsorgeleistung qualifiziert, obwohl das Gesetz keine Bedürftigkeitsprüfung im Einzelfall vorsieht (*Derksen/Kubicki*, NZS 2019, 651 [653]; mangels Bedürftigkeitsprüfung gegen eine Einordnung als Sozialhilfeleistung etwa *Janda*, ZRP 2019, 94 [95]; idS auch bereits BFH v. 23.10.2009 – III S 72/08 (PKH), BFH/NV 2010, 203; BFH v. 7.4.2011 – III R 72/09, BFH/NV 2011, 1134). M.E. spricht für die Sichtweise des Gesetzgebers allerdings, dass dem deutschen Kindergeldrecht eine typisierte, insbes. an den Umfang einer Erwerbstätigkeit anknüpfende Bedürftigkeitsprüfung nicht fremd ist, wie sich etwa an den in § 32 Abs. 4 Sätze 1–3 umschriebenen typischen Unterhaltssituationen zeigt. Insofern kann man in den nun vom Gesetzgeber in Abs. 1a Sätze 1–3 für einen Kindergeldanspruch geforderten Tatbestandsvoraussetzungen auch eine typisierte Bedürftigkeitsprüfung erkennen, insbes. wenn man berücksichtigt, dass dieser eng begrenzte Personenkreis von der eigentlichen Sozialhilfe ausgeschlossen wird und das Kindergeld somit als Ersatz der Sozialhilfe dienen würde. Der anfängliche Ausschluss von EU-Binnenmigranten von der Sozialhilfe kommt insoweit auch als sachlicher Differenzierungsgrund in Betracht im Hinblick auf die abweichende Behandlung von wirtschaftlich inaktiven Anspruchstellern, die schon länger im Inland leben (aA *Janda*, ZRP 2019, 94 [95], wonach ein Leistungsausschluss konsequenterweise auch auf deutsche Arbeitsuchende hätte erstreckt werden müssen). Zudem liegt bei der letztgenannten Personengruppe häufig bereits eine inländ. Ausbildungs- oder Erwerbsbiographie vor, die auch bei EU-Binnenmigranten einen Weg in den Kindergeldanspruch eröffnen würde.

II. Dreimonatiger Anspruchsausschluss für neu zugezogene Unionsbürger (Abs. 1a Satz 1)

11

Staatsangehöriger eines anderen Mitgliedstaates der EU oder des EWR: Der Anspruchsteller muss die Staatsangehörigkeit eines anderen EU-Mitgliedstaats (Belgien, Bulgarien, Dänemark, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien (bis 31.1.2020 vorbehaltlich etwaiger Übergangsvereinbarungen), Irland, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Ungarn, Zypern) oder eines EWR-Staats (EU-Mitgliedstaaten Norwegen, Island und Liechtenstein) besitzen. Da auch drittstaatsangehörigen Familienangehörigen nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 FreizügG/EU ein eigenes Freizügigkeitsrecht zustehen kann, ist davon auszugehen, dass die Regelungen des Abs. 1a auch auf sie Anwendung finden sollen.

Begründung eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts im Inland: Zu den Begriffsbestimmungen s. Anm. 5. Auch wenn die Begriffe des Wohnsitzes und des gewöhnlichen Aufenthalts von einer gewissen zeitlichen Aufenthaltsdauer im Inland abhängen, ist entsprechend der Vorgabe des § 9 Satz 1 AO davon auszugehen, dass die „Begründung“ des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts von Beginn des zeitlich zusammenhängenden Aufenthalts erfolgt, der zur Annahme der Voraussetzungen der §§ 8 oder 9 AO führt. Anderenfalls würde der Anspruchsausschluss entgegen der gesetzgeberischen Intention auf einen mehr als dreimonatigen Zeitraum ausgedehnt. Ein auf Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG v. 29.4.2004 (ABl. EU 2004 Nr. L 158, 77) gestützter, mit Personalausweis oder

Reisepass zulässiger Aufenthalt von bis zu drei Monaten begründet regelmäßig keinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt (*Janda*, ZRP 2019, 94 [95]).

Anspruchsausschluss für die ersten drei Monate: Rechtsfolge des Abs. 1a Satz 1 ist, dass der Anspruchsteller für die ersten drei Monate ab Begr. des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts keinen Kindergeldanspruch hat. Da nach § 66 Abs. 2 das Monatsprinzip gilt, reicht es aus, dass das Erfordernis des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts an einem Tag des Monats erfüllt war. Wurde zB der Wohnsitz oder gewöhnliche Aufenthalt durch Zuzug am 17.12.2019 begründet, ist der Anspruch für Dezember 2019 sowie Januar und Februar 2020 ausgeschlossen. Da der Dreimonatszeitraum am 17.3.2020 endet, erfüllt der Anspruchsteller danach die Anspruchsvoraussetzungen, so dass der Anspruch für März 2020 nicht mehr ausgeschlossen ist.

12 III. Sofortiger Anspruch für erwerbstätige Unionsbürger (Abs. 1a Satz 2)

Abs. 1a Satz 2 enthält eine Rückausnahme zu Abs. 1a Satz 1. Danach gilt der dreimonatige Anspruchsausschluss nicht, wenn der neu zugezogene EU-/EWR-Staatsangehörige nachweist, dass er inländ. Einkünfte aus Erwerbstätigkeit erzielt.

Inländische Einkünfte iSd. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 sind Einkünfte

- aus LuF (§§ 13 ff.),
- aus Gewerbebetrieb (§§ 15 ff.),
- aus selbständiger Arbeit (§ 18),
- aus nichtselbständiger Arbeit (§ 19). Ausgenommen sind insoweit jedoch Einkünfte nach § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2. Das sind Wartegelder, Ruhegelder, Witwen- und Waisengelder und andere Bezüge und Vorteile aus früheren Dienstleistungen.
- Nicht erfasst werden dagegen sonstige Einkünfte sowie Einkünfte aus VuV und aus Kapitalvermögen (zur Kritik an deren pauschalem Ausschluss s. *Derksen/Kubicki*, NZS 2019, 651 [654]).

Erzielt: Hinsichtlich der Frage, ob und ggf. in welchem Monat der Anspruchsteller inländ. Einkünfte der vorbezeichneten Art „erzielt“ hat, kann die Rspr. zu § 62 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b herangezogen werden (s. dazu BFH v. 14.3.2018 – III R 5/17, BStBl. II 2018, 482, mit Anm. *Avvento* NWB 2018, 2984; und Anm. 7). Es kommt daher nicht auf die Art der Einkünfte- bzw. Gewinnermittlung oder den Zeitpunkt des Zuflusses, sondern darauf an, in welchem Monat die wirtschaftliche Tätigkeit im Inland entfaltet wurde, welche die inländ. StPflcht auslöst. Hierfür spricht insbes. die sich aus Abs. 1a Satz 3 ergebende gesetzgeberische Intention, arbeitsuchende Anspruchsteller vom Kindergeldanspruch auszuschließen, denn das Gesetz liefe letztlich leer, wenn man bereits die zu vorweggenommenen WK oder BA führenden Bemühungen um einen Arbeitsplatz oder Auftrag als „Erzielen“ von Einkünften ansehen würde.

Nachweis: Anknüpfend an die Auslegung des Begriffs „erzielt“ sind als Nachweis alle Beweismittel geeignet, die eine entsprechende aktive wirtschaftliche Tätigkeit im Inland belegen, also zB ein den Anspruchsmonat erfassender Arbeitsvertrag oder Gehaltsnachweis oder eine Rechnung, die belegt, dass im Anspruchsmonat

ein Auftrag als Gewerbetreibender oder selbständig Tätiger durchgeführt wurde. Wird ein EStBescheid vorgelegt, der den gesamten VZ erfasst, werden wegen des Monatsprinzips insbes. dann, wenn der Zuzug erst in dem betreffenden VZ erfolgt ist, weitere Nachweise erforderlich sein, welche die aktive wirtschaftliche Tätigkeit in den einzelnen Anspruchsmonaten nachweisen.

Rechtsfolge: Weist der Anspruchsteller nach, dass er im Dreimonatszeitraum aktiv erwerbstätig war und entsprechende aktive Einkünfte erzielt hat, greift der Anspruchsausschluss nicht. Dies gilt uE aber erst ab dem Monat, in dem erstmals die Einkünfte erzielt werden, dann allerdings auch für die Folgemonate, auch wenn in diesen keine Einkünfte mehr erzielt werden. Das ergibt sich aus einer Zusammenchau des Abs. 1a Satz 2 mit Abs. 1a Satz 3. Denn danach sollen arbeitssuchende Anspruchsteller dann anspruchsberechtigt sein, wenn sie zuvor erwerbstätig waren (s. auch BZSt v. 15.8.2019, www.bzst.de, wonach arbeitssuchende Anspruchsteller, die zuvor erwerbstätig waren, Kindergeld erhalten sollen).

Beispiel:

Der Anspruchsteller begründet am 17.5.2020 seinen Wohnsitz im Inland und erzielt ab 14.6.2020 Einkünfte aus einem im Inland begründeten Arbeitsverhältnis. Am 30.6.2020 wird ihm innerhalb der Probezeit gekündigt, weshalb er im Juli 2020 Bemühungen um ein neues Arbeitsverhältnis aufnimmt. Dann steht ihm zwar für Mai 2020 mangels aktiver Erwerbstätigkeit kein Kindergeldanspruch zu, jedoch für Juni 2020, weil er Einkünfte erzielt, und im Juli 2020, weil er bereits Einkünfte erzielt hat.

IV. Anspruch nach Ablauf des Dreimonatszeitraums (Abs. 1a Satz 3)

Abs. 1a Satz 3 bestimmt, dass neu zugezogene Unions-/EWR-Staatsangehörige nach Ablauf des Dreimonatszeitraums grds. kindergeldberechtigt sind. Hiervon werden jedoch zwei Ausnahmen gemacht. Ausgenommen werden Anspruchsteller, bei denen weder die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 FreizügG/EU noch die des § 2 Abs. 3 FreizügG/EU vorliegen. Zudem wird der Anspruch für solche Personen ausgeschlossen, die sich nach § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU nur zur Arbeitssuche im Inland aufhalten, es sei denn, sie hielten sich zuvor bereits aus einem anderen der in § 2 Abs. 2 FreizügG/EU genannten Gründe im Inland auf.

Nach Ablauf des in Abs. 1a Satz 1 genannten Zeitraums: Der Dreimonatszeitraum beginnt mit der Begr. des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts im Inland und endet nach der gem. § 108 Abs. 1, Abs. 3 AO iVm. § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2, Abs. 3 BGB berechneten Frist.

Freizügigkeitsberechtigung nach § 2 Abs. 2, Abs. 3 FreizügG/EU: Der Kindergeldanspruch setzt allerdings voraus, dass der Anspruchsteller eine bestimmte Form der Freizügigkeitsberechtigung in Anspruch nimmt. Hierunter fallen nach § 2 Abs. 2 FreizügG/EU:

- Unionsbürger, die sich als ArbN oder zur Berufsausbildung aufhalten wollen,
- Unionsbürger, wenn sie zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (niedergelassene selbständige Erwerbstätige),
- Unionsbürger, die ohne sich niederzulassen als selbständige Erwerbstätige Dienstleistungen iSd. Art. 57 AEUV erbringen wollen (Erbringer von Dienstleistungen), wenn sie zur Erbringung der Dienstleistung berechtigt sind,

- Unionsbürger als Empfänger von Dienstleistungen,
- nicht erwerbstätige Unionsbürger unter den Voraussetzungen des § 4 FreizügG/EU (insbes. ausreichender Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel),
- Familienangehörige (insbes. Ehegatten, Lebenspartner, Großeltern) unter den Voraussetzungen des § 3 FreizügG/EU (insbes. Begleitung des oder Nachzug zum Kindergeldberechtigten, aber auch im Falle des Todes des Kindergeldberechtigten oder der Scheidung bzw. Eheaufhebung) und des § 4 FreizügG/EU (insbes. ausreichender Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel),
- Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die ein Daueraufenthaltsrecht erworben haben.

Ferner erweitert § 2 Abs. 3 FreizügG/EU den Kreis der Freizügigkeitsberechtigten auf ArbN und selbständig Erwerbstätige bei:

- vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall,
- unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit oder Einstellung einer selbständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbständige keinen Einfluss hatte, nach mehr als einem Jahr Tätigkeit; bei unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr Beschäftigung bleibt das Freizügigkeitsrecht während der Dauer von sechs Monaten unberührt,
- Aufnahme einer Berufsausbildung, wenn zwischen der Ausbildung und der früheren Erwerbstätigkeit ein Zusammenhang besteht; der Zusammenhang ist nicht erforderlich, wenn der Unionsbürger seinen Arbeitsplatz unfreiwillig verloren hat.

Anspruch auf Kindergeld: Nach Ablauf des Dreimonatszeitraums und Vorliegen eines der vorgenannten Freizügigkeitsrechte besteht ein Kindergeldanspruch wie nach Abs. 1, dh., auch die dort genannten Voraussetzungen der (fiktiven) unbeschränkten StPfllicht müssen weiter vorliegen.

Anspruchsausschluss: Der Anspruch ist allerdings auch nach Ablauf des Dreimonatszeitraums ausgeschlossen, wenn:

- keines der in § 2 Abs. 2, Abs. 3 FreizügG/EU genannten Freizügigkeitsrechte vorliegt. Dabei hat die Familienkasse das Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Abs. 2, Abs. 3 nach Abs. 1a Satz 4 selbständig zu prüfen (Anm. 15). Vom Fehlen der Freizügigkeitsvoraussetzungen kann zudem dann ausgegangen werden, wenn die zuständige Ausländerbehörde nach § 2 Abs. 7 FreizügG/EU das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts festgestellt hat, gem. § 6 FreizügG/EU aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit den Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt festgestellt hat (zur Einschränkung einer solchen Verlustfeststellung s. allerdings BVerwG v. 11.9.2019 – 1 C 48/18, juris; EuGH v. 17.9.2002 – C-413/99 – Baumbast, NJW 2002, 3610, wonach Art. 10 Abs. 1 VO [EU] Nr. 492/2011 den Kindern eines [vormaligen] Wanderarbeitnehmers und deren die tatsächliche Sorge ausübenden Elternteilen ein Recht auf Freizügigkeit iSd. § 2 Abs. 1 FreizügG/EU vermittelt) oder wenn die Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU innerhalb von fünf Jahren nach Begr. des ständigen rechtmäßigen Aufenthalts im

Bundesgebiet entfallen oder diese nicht vorliegen und die Ausländerbehörde nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU den Verlust des Freizügigkeitsrechts feststellt.

- nur die Voraussetzungen eines Freizügigkeitsrechts nach § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU erfüllt sind (Unionsbürger, die sich zur Arbeitsuche aufhalten, für bis zu sechs Monate und darüber hinaus nur, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden), ohne dass vorher eine andere der in § 2 Abs. 2 des FreizügG/EU genannten Voraussetzungen erfüllt war. Dieses allgemeine Freizügigkeitsrecht soll nicht zum Kindergeldbezug berechtigten (BTDrucks. 19/8691, 63).

Einstweilen frei.

14

V. Eigenes Prüfungsrecht der Familienkasse (Abs. 1a Satz 4)

15

Mit dem neuen Abs. 1a Satz 4 will der Gesetzgeber die Rspr. des BFH zur Frage, wie die Freizügigkeitsberechtigung festzustellen ist, aushebeln (BTDrucks. 19/8691, 63 f.). Der BFH hatte entschieden, dass die Feststellung der fehlenden Freizügigkeit auch hinsichtlich der Kindergeldfestsetzung allein den Ausländerbehörden und den Verwaltungsgerichten obliegt, nicht jedoch den Familienkassen (BFH v. 27.4.2015 – III B 127/14, BStBl. II 2015, 901; BFH v. 15.3.2017 – III R 32/15, BStBl. II 2017, 963), denn erst nach einer Feststellung des Nichtbestehens oder des Verlustes des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU benötigt der Unionsbürger gem. § 11 Abs. 2 FreizügG/EU einen Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz, will er sich weiterhin legal in Deutschland aufhalten und Kindergeld beanspruchen. Diese Einschränkung der Prüfungscompetenz der Familienkassen erachtete der Gesetzgeber als ineffektiv, da die Familienkassen erst die Feststellungen der Ausländerbehörde zum Verlust des Freizügigkeitsrechts abwarten mussten, bevor sie die Kindergeldgewährung ablehnen konnten. Stattdessen sollen die Familienkassen nun in begründeten Zweifelsfällen (insbes. wenn Zweifel an der Erwerbstätigkeit des Unionsbürgers bestehen) in eigener Zuständigkeit vom Nichtvorliegen der Freizügigkeitsberechtigung ausgehen und die Kindergeldzahlung einstellen bzw. die Kindergeldgewährung ablehnen können (BTDrucks. 19/8691, 64).

Vorliegen der Voraussetzungen für einen Kindergeldanspruch: Geprüft werden sollen die Voraussetzungen

- nach Abs. 1a Satz 2, also ob der EU-/EWR-Staatsangehörige (oder sein Familienangehöriger) inländ. Einkünfte iSd. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 erzielt (s. Anm. 12) und
- nach Abs. 1a Satz 3, also ob bei dem EU-/EWR-Staatsangehörigen (oder seinem Familienangehörigen) die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 oder Abs. 3 FreizügG/EU vorliegen oder nur die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU erfüllt sind (s. Anm. 13).

Die übrigen Voraussetzungen des Abs. 1 waren ohnehin auch bisher schon von der Familienkasse in eigener Zuständigkeit zu überprüfen.

Prüfung der Familienkasse in eigener Zuständigkeit: Die Familienkassen haben nach dem Gesetzeswortlaut die Kompetenz, in allen Fällen eine Prüfung der Erwerbstätigkeits- und Freizügigkeitsvoraussetzungen nach Abs. 1a Sätze 2 und 3 durchzuführen.

- ▶ *Keine systematische Verifizierung*: Die tatsächliche Prüfung durch die Familienkasse darf entsprechend der Begr. des Gesetzentwurfs und bei europarechtskonformer Auslegung der Vorschrift aber nicht systematisch in allen Fällen, sondern nur in begründeten Zweifelsfällen erfolgen. Insofern kann die Familienkasse zwar in allen Fällen im Antragsformular Angaben dazu verlangen, ob ein Aufenthaltsrecht in Deutschland besteht, und diese Angaben überprüfen, solange sie nur in Einzelfällen von den Antragstellern den Nachweis verlangt, dass sie tatsächlich entsprechend ihrer Angabe im Antragsformular ein Recht besitzen, sich in Deutschland aufzuhalten (EuGH v. 14.6.2016 – C-308/14 – KOM/UK, ZESAR 2017, 37; ebenso *Derksen/Kubicki*, NZS 2019, 651 [656]).
- ▶ *Verhältnis zur Entscheidung der Ausländerbehörde*: Liegt bereits eine Entsch. der Ausländerbehörde zum Nichtbestehen oder Verlust des Freizügigkeitsrechts (§ 2 Abs. 7, § 5 Abs. 4, § 6 FreizügG/EU) vor, ist die Familienkasse nicht gehindert, sich diese zu eigen zu machen und auf eine weitere eigene Prüfung zu verzichten. Hat die Ausländerbehörde keine solche Entsch. getroffen, kann es nach dem Sinn und Zweck der eigenen Prüfungskompetenz der Familienkasse und den Mitteilungspflichten nach Abs. 1a Sätze 5 und 6 nicht darauf ankommen, inwieweit den ausländerrechtl. Entsch. konstitutive (so etwa VG München v. 7.12.2006 – M 24 K 06.2436, juris, rkr.; VG Augsburg v. 6.10.2009 – Au 1 K 09.44, juris, rkr.); oder nur deklaratorische Wirkung (so etwa *Thym*, NZS 2014, 81 [86], unter Berufung auf EuGH-Rspr.) beizumessen ist. Vielmehr ist der Kindergeldanspruch insoweit nur an die materiellen Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts geknüpft, die die Familienkasse ohne Wirkung für das ausländerrechtl. Verfahren in eigener Zuständigkeit zu überprüfen hat. Die Familienkasse muss dann selbst feststellen, auf welchen Grund der Anspruchsteller sein Freizügigkeitsrecht stützt und ob dessen Voraussetzungen vorliegen (aA *Janda*, ZRP 2019, 94 [95], unter Berufung auf die Rspr. in BFH v. 27.4.2015 – III B 127/14, BStBl. II 2015, 901, die der Gesetzgeber gerade aushebeln wollte).
- ▶ *Prüfung durch das Finanzgericht*: Da das FG im finanzgerichtlichen Verfahren die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns der Familienkasse zu überprüfen hat und es sich bei der Kindergeldfestsetzung um eine gebundene Entsch. handelt, hat auch das FG das Recht und die Pflicht, das Vorliegen der Freizügigkeitsvoraussetzungen zu überprüfen. Aufgrund der in Abs. 1a Sätze 5 und 6 vorgesehenen Mitteilungspflicht der Familienkasse gegenüber der Ausländerbehörde wird es sich jedoch anbieten, eine etwaige Entsch. der Ausländerbehörde in die Gesamtwürdigung einzubeziehen.

16 VI. Mitteilungspflicht der Familienkasse gegenüber Ausländerbehörde (Abs. 1a Satz 5)

Nach dem neuen Abs. 1a Satz 5 wird die Familienkasse verpflichtet, die zuständige Ausländerbehörde über die ablehnende Entsch. zu informieren, damit diese daraus Erkenntnisse für etwaige aufenthaltsrechtl. Auswirkungen erzielen kann. Der Gesetzgeber hielt dies für erforderlich, damit die Ausländerbehörde prüfen kann, ob das Nichtbestehen des Rechts auf Einreise und Aufenthalt des Unionsbürgers festzustellen ist, denn die mit aufenthaltsrechtl. Konsequenzen verbundene Feststellung des Nichtbestehens oder des Verlusts des Freizügigkeitsrechts sollte auch

nach der Änderung des § 62 ausschließlich der Ausländerbehörde vorbehalten bleiben (BTDrucks. 19/8691, 64).

Ablehnung der Kindergeldfestsetzung: Da es regelmäßig um die erstmalige Festsetzung von Kindergeld nach Begr. des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts gehen wird, dürfte bei Verneinung der Anspruchsvoraussetzungen des Abs. 1a Satz 2 oder Satz 3 der Ablehnungsbescheid die typische Entscheidungsform sein. Aus dem Sinn und Zweck der Regelung, die Weitergabe von Erkenntnissen der Familienkasse an die Ausländerbehörde zu ermöglichen, ist allerdings zu folgern, dass der Begriff „Lehnt ... ab“ untechnisch gemeint ist und deshalb neben dem Ablehnungsbescheid auch die Nullfestsetzung und den Aufhebungsbescheid umfasst. Letzterer dürfte insbes. auch in Betracht kommen, wenn die erstmalige Festsetzung durch Vortäuschung falscher Tatsachen erreicht wurde.

In diesem Fall: Der Passus „in diesem Fall“ bezieht sich auf Abs. 1a Satz 4 und bringt zum Ausdruck, dass die Mitteilungspflicht nur besteht, wenn die Familienkasse die speziellen Anspruchsvoraussetzungen nach Abs. 1a Satz 2 oder Satz 3 verneint hat.

Mitteilung der Entscheidung an die zuständige Ausländerbehörde: Rechtsfolge des Abs. 1a Satz 5 ist eine Mitteilungspflicht der Familienkasse gegenüber der zuständigen Ausländerbehörde. Welches die zuständige Ausländerbehörde ist, ergibt sich aus § 71 Abs. 1 AufenthG und den darin enthaltenen Verweisungen auf das jeweilige Landesrecht. Dabei ist § 71 Abs. 1 AufenthG trotz der in § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG bestimmten grundsätzlichen Unanwendbarkeit des AufenthG auf Unionsbürger anwendbar, ohne dass es eines ausdrücklichen Rückverweises in § 11 FreizügG/EU auf diese Bestimmung bedarf (BVerwG v. 28.6.2011 – 1 C 18/10, NVwZ 2011, 1466). Mitzuteilen ist nach dem Gesetzeswortlaut nur die Entsch. der Familienkasse. Hierunter wird man den Tenor und die Gründe der Entsch. zu verstehen haben, da nur so der Ausländerbehörde die Tatsachen bekannt werden, aufgrund derer eine weitergehende Prüfung des Freizügigkeitsrechts eingeleitet werden kann. Nicht bestimmt ist hingegen, dass die Familienkasse auch die zur ihrer Entsch. herangezogenen Beweismittel an die Ausländerbehörde weitergeben darf.

VII. Unverzügliche Mitteilungspflicht der Familienkasse bei Rechtsmissbrauch oder Betrug (Abs. 1a Satz 6)

17

Nach dem neuen Abs. 1a Satz 6 wird die Familienkasse zu einer unverzüglichen Mitteilung an die zuständige Ausländerbehörde verpflichtet, wenn das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen durch die Verwendung gefälschter oder verfälschter Dokumente oder durch Vorspiegelung falscher Tatsachen vorgetäuscht wurde. Die Vorschrift steht im Zusammenhang mit § 2 Abs. 7 FreizügG/EU. Danach kann das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU festgestellt werden, wenn feststeht, dass die betreffende Person das Vorliegen einer Voraussetzung für dieses Recht durch die Verwendung von gefälschten oder verfälschten Dokumenten oder durch Vorspiegelung falscher Tatsachen vorgetäuscht hat. Bei einem Familienangehörigen, der nicht Unionsbürger ist, kann das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts außerdem festgestellt werden, wenn feststeht, dass er dem Unionsbürger nicht zur Herstellung oder Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft nachzieht oder ihn nicht zu diesem Zweck begleitet. Einem Familienangehörigen, der nicht Unionsbürger ist, kann in diesen Fällen die Erteilung

der Aufenthaltskarte oder des Visums versagt werden oder seine Aufenthaltskarte kann eingezogen werden. Gedacht hat der Gesetzgeber dabei vor allem an zum Schein erfolgte Eheschließungen, Vaterschaftsanerkennungen, Wohnsitznahmen und Arbeitsverhältnisse (BTD Drucks. 17/10746, 9).

Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen vorgetäuscht: Aus dem Sinnzusammenhang mit Abs. 1a Satz 5 ist zu entnehmen, dass es um das Vorliegen der Voraussetzungen nach Abs. 1a Satz 2 oder Satz 3 geht. Allerdings können insoweit in Bezug auf das Freizügigkeitsrecht auch Tatsachen relevant sein, die sich bereits bei Prüfung der Voraussetzungen nach Abs. 1 ergeben (zB Bestehen eines Wohnsitzes oder einer Erzielung von durch § 1 Abs. 3 erfassten inländ. Einkünften). Es kann sich um äußere Tatsachen handeln, aber auch um innere (zB bestimmte Absichten). Vorgetäuscht sind die Tatsachen, wenn der Anspruchsteller durch sein Verhalten auf das intellektuelle Vorstellungsbild eines – zum Irrtum fähigen – anderen Menschen (hier des Bediensteten der Familienkasse) einzuwirken sucht oder bei bestehender Rechtspflicht (s. insbes. § 68 Abs. 1) einen schon vorhandenen Irrtum oder eine sich bildende Fehlvorstellung nicht beseitigt (vgl. *Perron in Schönkel Schröder*, 30. Aufl. 2019, § 263 StGB Rz. 11).

Verwendung gefälschter oder verfälschter Dokumente: Die Unterscheidung zwischen gefälschten und verfälschten Dokumenten knüpft an die Regelung des § 267 StGB an, die zwischen unechten und echten Urkunden unterscheidet. Dabei stellt eine unechte Urkunde her, wer über die Identität des Ausstellers täuscht (zB indem er mit gefälschter Unterschrift einen Arbeits- oder Mietvertrag mit einem tatsächlich existierenden inländ. ArbG oder Vermieter herstellt, aber auch wenn er eine Bescheinigung einer tatsächlich nicht existierenden ausländ. Behörde erstellt). Dagegen wird eine echte Urkunde verfälscht, wenn ihr Gedankeninhalt nachträglich unbefugt so verändert wird, dass sie etwas anderes als zuvor zum Ausdruck bringt und beweist (BGH v. 21.9.1999 – 4 StR 71/99, NJW 2000, 229; zB wenn in einem Miet- oder Arbeitsvertrag ohne Abstimmung mit dem Vertragspartner die Laufzeitdaten nachträglich manipuliert werden).

Vorspiegelung falscher Tatsachen: Diese Formulierung knüpft – wie der Begriff des Vortäuschens – an die Täuschungshandlung nach § 263 Abs. 1 StGB an.

Unverzügliche Mitteilung an die zuständige Ausländerbehörde: Abweichend von Abs. 1a Satz 5 hat die Familienkasse in Rechtsmissbrauchs- und Betrugsfällen die Mitteilungspflicht „unverzüglich“ zu erfüllen, dh. ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB). Zu weiteren Einzelheiten der Mitteilungspflicht s. Anm. 16.

18–19 Einstweilen frei.

D. Erläuterungen zu Abs. 2: Sondervorschriften für Ausländer

20 I. Vorbemerkung zu den Sondervorschriften für Ausländer

Abs. 2 enthält eine Sonderregelung für nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer. Die Vorschrift entspricht § 1 Abs. 3 BKG idF des Art. 33 WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17).

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 oder einer Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU (Abs. 2 Nr. 1) sein oder
- im Besitz einer Blauen Karte EU, einer ICT-Karte, einer Mobiler-ICT-Karte oder einer Aufenthaltserlaubnis mit Berechtigung zur Erwerbstätigkeit (Abs. 2 Nr. 2) sein oder
- im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis wegen eines Härtefalls, zum vorübergehendem Schutz oder aus humanitären Gründen und im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig, in Elternzeit oder Bezieher laufender Geldleistungen nach dem SGB III (Abs. 2 Nr. 3) sein oder
- im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis wegen eines Härtefalls, zum vorübergehenden Schutz oder aus humanitären Gründen sein und sich seit mindestens 15 Monaten erlaubt, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhalten (Abs. 2 Nr. 4) oder
- im Besitz einer Beschäftigungsduldung nach § 60d AufenthG (Abs. 2 Nr. 5) sein.

Für eine Nichtanwendbarkeit des Abs. 2 auf Anspruchsberechtigte nach Abs. 1 Nr. 2 (dies behauptend *Helmke* in *Helmke/Bauer*, Familienleistungsausgleich, § 62 Rz. 52 [2/2015]) enthält der Wortlaut der Norm keine Ansatzpunkte. Die stl. Freistellung des Kinderexistenzminimums kann in diesen Fällen der unbeschränkten StPflicht nach § 32 Abs. 6 erfolgen. Eine Besserstellung solcher im Ausland wohnender nicht freizügigkeitsberechtigter Anspruchsteller gegenüber den im Inland wohnenden nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern wäre auch im Hinblick auf den Gleichheitssatz nicht unproblematisch.

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

1. Begriff der Freizügigkeitsberechtigung

21

Die Einschränkungen des Abs. 2 gelten nicht für freizügigkeitsberechtigte Ausländer. Sie erhalten Kindergeld nach Abs. 1 und 1a. 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 (§ 1 FreizügG/EU). Unionsbürger benötigen keinen Aufenthaltstitel (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 Aufenthaltsg iVm. § 2 Abs. 1, Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU).

- ▶ **Beschäftigungsverbot:** Freizügigkeitsberechtigt sind auch Staatsangehörige neu der EU beigetretener Mitgliedstaaten, für die die Bundesregierung eine Beschäftigung nach § 284 SGB III von einer Genehmigung der Bundesagentur für Ar-

beit abhängig gemacht hat. Insoweit bewirkt § 13 FreizügG/EU nicht, dass ein Unionsbürger bei fehlender arbeitsrechtl. Genehmigung als nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer zu behandeln ist, denn jeder Unionsbürger hat das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten. Für Angehörige eines Mitgliedstaats gilt gem. Art. 21 Abs. 1 AEUV ein von der ArbN-Freizügigkeit unabhängiges Freizügigkeitsrecht, das allein aus der Unionsbürgerschaft folgt und aus dem sich ein Aufenthaltsrecht ergibt (BFH v. 27.4.2015 – III B 127/14, BStBl. II 2015, 901, für Staatsangehörige Polens; BFH v. 15.3.2017 – III R 32/15, BStBl. II 2017, 963, für Staatsangehörige Rumäniens und Bulgariens). Das Aufenthaltsrecht entfällt auch bei solchen Staatsangehörigen allein durch einen Verwaltungsakt nach § 5 Abs. 5, § 6 und § 7 FreizügG/EU. Zur Einschränkung dieser Rspr. für Anspruchszeiträume ab August 2019 durch den neuen Abs. 1a Satz 4 s. Anm. 15.

► *Koordinierungsregelungen der EU:*

Bis zum 30.4.2010 galten für diesen Personenkreis die VO (EWG) Nr. 1408/71 v. 14.6.1971 (ABl. EG 1971 Nr. L 149, 1) und die Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 v. 21.2.1972 (ABl. EG 1972 Nr. L 74, 1). Siehe dazu § 62 Anm. 11 – Stand 10/2014 –, § 65 Anm. 9 – Stand 10/2014 –, abrufbar im elektronischen HHR-Archiv unter www.ertragsteuerrecht.de/hhr_archiv.htm

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 DVO (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 (EG) Nr. 883/2004 ua. alle Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten, für die die Rechtsvorschriften (Art. 1 Buchst. l VO [EG] Nr. 883/2004) eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten, und deren Familienangehörige. Unverändert bezieht Art. 3 Abs. 1 Buchst. j VO (EG) Nr. 883/2004 die Familienleistungen (zur Definition s. Art. 1 Buchst. z VO [EG] Nr. 883/2004) und damit das stl. Kindergeld in den sachlichen Geltungsbereich der Koordinierungsregelungen ein.

Zu den Anwendungs- und Konkurrenzregelungen s. im Einzelnen Vor §§ 62–78 Anm. 16ff., § 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-Mitgliedstaaten die Staaten Norwegen, Island und Liechtenstein. Auch für Staatsangehörige der EWR-Staaten galten die Einschränkungen der VO (EWG) Nr. 1408/71 und der DVO (EWG) Nr. 574/72. Seit 1.6.2012 gelten auch im Verhältnis zu den EWR-Staaten die VO (EG) Nr. 883/2004 und die DVO (EG) Nr. 987/2009 (Art. 90 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c VO [EG] 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 (EWG) Nr. 1408/71 und die DVO (EWG) 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 (EG) Nr. 883/2004 und die DVO (EG) 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; Vorabentscheidungsersuchen des 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 (EWG) Nr. 1408/71 und der DVO (EWG) 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 (EG) Nr. 883/2004 und die DVO (EU) 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 (bis zum Austrittsdatum 31.1.2020 und ggf. weiterreichendem Übergangszeitraum) weiter die VO (EG) Nr. 859/2003 (s. auch Art. 90 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a VO [EG] Nr. 883/2004). Da sich Dänemark weder an der VO (EG) Nr. 859/2003 noch an der VO (EU) Nr. 1231/2010 beteiligt hat, finden im Verhältnis zu diesem Mitgliedstaat für Drittstaatsangehörige weder die VO (EWG) Nr. 1408/71 noch die VO (EG) 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). Nach Art. 12 Abs. 1 Buchst. e der Richtlinie 2011/98/EU (ABl. EU 2011 Nr. L 343, 1) haben nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer, die über eine kombinierte Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis verfügen, einen Anspruch auf Gleichbehandlung bezüglich der Familienleistungen. Unionsrechtlich ist der Ausschluss von einem solchen Anspruch nach Art. 12 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2011/98/EU lediglich zulässig für Personen, denen die Erlaubnis erteilt wurde, für einen Zeitraum von höchstens sechs Monaten im Hoheitsgebiet des betroffenen Mitgliedstaats zu arbeiten (EuGH v. 21.6.2017 – C 449/16 – Martinez Silva, ABl. EU 2017 Nr. C 277, 19). Sind die Voraussetzungen aber erfüllt, entsteht der Anspruch bereits mit Beginn der Beschäftigung und nicht erst nach einer be-

stimmten Aufenthaltsdauer (BRDrucks. 356/19, 138). Zu weiteren Einzelheiten s. Vor §§ 62–78 Anm. 17 und mit Fallbeispielen auch Rz. 212.24 DA-üzV.

Verfahrensrecht: Die Feststellung der fehlenden Freizügigkeit obliegt allein den Ausländerbehörden und den Verwaltungsgerichten, nicht jedoch den Familienkassen. Erst nach einer Feststellung des Nichtbestehens oder des Verlustes des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU benötigt der Unionsbürger gem. § 11 Abs. 2 FreizügG/EU einen Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz, will er sich weiterhin legal in Deutschland aufhalten und Kindergeld beanspruchen. Sofern eine derartige Entsch. der Ausländerbehörde fehlt, hat die Familienkasse von der Freizügigkeit des Unionsbürgers auszugehen (BFH v. 27.4.2015 – III B 127/14, BStBl. II 2015, 901; BFH v. 15.3.2017 – III R 32/15, BStBl. II 2017, 963). Zur Einschränkung dieser Grundsätze für Anspruchszeiträume ab August 2019 nach dem neuen Abs. 1a Satz 4 s. Anm. 15.

22 2. Begriff des Ausländers

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, 162). 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 Begr. 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 Aufnahmebescheid 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 Rz. A 2.1 Abs. 2 DA-KG 2019). 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, BStBl. II 2009, 918; BFH 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, nachdem ihm das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge die Flüchtlingseigenschaft iSd. § 3 Abs. 1 AsylG oder subsidiärer Schutz nach § 4 Abs. 1 AsylG zuerkannt hat, eine zur Erwerbstätigkeit be-

rechtigende (s. dazu ab 1.3.2020 § 4a Abs. 1 AufenthG) Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 iVm. Abs. 1 AufenthG besitzen (s. Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c) oder einen der Tatbestände des Abs. 2 Nr. 3–5 erfüllen (Rz. A 4.4 DA-KG 2019).

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 Abkommens über Soziale Sicherheit unter Ausschluss der Systeme für den Fall des Alters, der Invalidität und zugunsten der Hinterbliebenen v. 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. Rz. A 4.4 Abs. 1 DA-KG 2019; 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 (EG) Nr. 883/2004 die europarechtl. Vorschriften zur Koordinierung der Sozialleistungen der Mitgliedstaaten zu beachten (s. im Einzelnen *Fuchs*, Europäisches Sozialrecht, 7. Aufl. 2018, Art. 2 VO [EG] Nr. 883/2004 Rz. 2; Rz. 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 einen der Tatbestände des Abs. 2 Nr. 3–5 erfüllen (s. dazu Anm. 28 ff.). Zur Anspruchsberechtigung nach einem sechsmonatigen Aufenthalt im Bundesgebiet s. Rz. A 4.4 Abs. 1 DA-KG 2019.

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; BFH 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 (EG) Nr. 883/2004 die europarechtl. Vorschriften zur Koordinierung der Sozialleistungen der Mitgliedstaaten zu beachten (s. im Einzelnen *Fuchs*, Europäisches Sozialrecht, 7. Aufl. 2018, Art. 2 VO [EG] Nr. 883/2004 Rz. 2, 13; Rz. 212.21 DA-üzV). Dagegen sind heimatlose Ausländer, die dem eingeschränkten persönlichen Geltungsbereich des § 1 HAusG unterfallen, Deutschen gleichgestellt (FG München v. 11.12.2002 – 9 K 5840, EFG 2003, 785, rkr.).

Ausländer aus Staaten mit bilateralem Sozialabkommen: Zwischenstaatliche Sozialabkommen, die Regelungen zum Kindergeld enthalten, hat Deutschland mit den Staaten, für die das deutsch-jugoslawische Abkommen noch fort gilt (Bosnien und Herzegowina, Kosovo, Montenegro, Serbien; (Nord-)Mazedonien bis 1.1.2005, Slowenien bis 1.9.1999, Kroatien bis 1.12.1998, insoweit jeweils nur für Alt-

fälle, da die Nachfolgeabkommen das Kindergeld nicht einbeziehen), sowie mit Marokko, Tunesien und der Türkei geschlossen (sog. Vertragsstaaten; s. Abdruck bei *Helmke/Bauer*, Familienleistungsausgleich, 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; BFH v. 15.3.2007 – III R 93/03, BFH/NV 2007, 1234; BFH v. 21.2.2008 – III R 79/03, BStBl. II 2009, 916, zur geringfügigen Beschäftigung; BFH v. 28.1.2009 – III B 41/08, juris, zu einer früheren ArbN-Eigenschaft; BFH v. 23.4.2009 – III S 61/08 (PKH), juris, zur Arbeitslosenhilfe; BFH v. 30.7.2009 – III R 22/07, BFH/NV 2009, 1983, zur Sozialhilfe; BFH v. 27.10.2011 – III R 14/08, BStBl. II 2012, 737, zur Sperrzeit beim Bezug von Arbeitslosengeld; BFH 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 Rz. A 4.6 Abs. 1 DA-KG 2019). 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 6 keinen Kindergeldanspruch über die Sozialabkommen begründen (BFH v. 27.9.2012 – III R 55/10, BFH/NV 2013, 304; BFH v. 17.12.2015 – V R 13/15, BFH/NV 2016, 534).

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]) 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; Rz. A 4.6 Abs. 2 DA-KG 2019). 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. Rz. A 4.6 Abs. 2 DA-KG 2019; BFH v. 25.10.2007 – III R 90/03, BStBl. II 2009, 908, zum mindestens sechsmonatigen Aufenthalt; BFH 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; BFH 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*, Familienleistungsausgleich, § 62 Rz. 55 ff. [2/2015]; s. auch Rz. A 5 DA-KG 2019; *Hildesheim*, DStZ 2000, 25). Zum Kindergeldanspruch von Ortskräften, die im Besitz eines „gelben Ausweises“ (bzw. jetzt Protokollausweis für Ortskräfte) sind, s. Anm. 26.
- ▶ *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*, Familienleistungsausgleich, § 62 Rz. 58 [2/2015]; s. auch Rz. A 6 DA-KG 2019; *Hildesheim*, DStZ 2000, 25).

III. Besitz eines Aufenthaltstitels oder einer Beschäftigungsduldung (Abs. 2 Nr. 1 bis 5)

1. Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz

23

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 das BVerfG (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 (Aufenthaltserteilung) oder eine Beschäftigungsduldung gem. § 60d AufenthG 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 Kindergeldberechtigung eines nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländers von der tatsächlichen Erteilung eines entsprechenden Aufenthaltstitels zu Beginn des Leistungszeitraums abhängig zu machen, ist verfassungsrechtl. nicht zu beanstanden (BFH v. 5.2.2015 – III R 19/14, BStBl. II 2015, 840; BFH v. 2.9.2015 – V B 1/15, BFH/NV 2015, 1682). 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; BFH 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 idF bis 29.2.2020 nur unter den weiteren Voraussetzungen des Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b idF bis 29.2.2020 Kindergeld erhalten (BFH v. 28.4.2010 – III R 1/08, BStBl. II 2010, 980; BFH 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; BFH v. 28.11.2017 – III B 86/17, BFH/NV 2018, 435; 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 Schindler, NWB 2008, 1741). Der BFH hat Verfahren, in denen die Verfassungsmäßigkeit des § 62 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b in der bis 29.2.2020 geltenden Fassung streitig ist, im Hinblick auf die vom FG Nds. eingeleiteten Normenkontrollverfahren (Az. BVerfG 2 BvL 9-14/14) zum Ruhen gebracht (BFH v. 21.5.2014 – XI R 7/14, BFH/NV 2014, 1225).

Die Fortgeltung vor dem 1.1.2005 erteilter Aufenthaltstitel regelt § 101 Abs. 1 AufenthG (s. auch BFH v. 15.3.2007 – III R 93/03, BStBl. II 2009, 905; BFH 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 der vor dem 1.3.2020 erteilten Aufenthaltstitel regelt § 101 Abs. 4 AufenthG.

2. Besitz

24

Begriff: 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 mW für die Bezugszeit des Kindergeldes zugebilligt worden ist (BFH v. 1.12.1997 – VI B 147/97, BFH/NV 1998, 696; BFH 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 (BFH v. 5.2.2015 – III R 19/14, BStBl. II 2015, 840; BFH v. 7.12.2016 – V B 100/16, BFH/NV 2017, 465). 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. Beantragt ein Ausländer vor Ablauf seines Aufenthaltstitels dessen Verlängerung oder die Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels, gilt der bisherige Aufenthaltstitel allerdings nach § 81 Abs. 4 AufenthG vom Zeitpunkt seines Ablaufs bis zur Entsch. der Ausländerbehörde als fortbestehend (Rz. A 4.1 Abs. 3 DA-KG 2019).

Verfahrensrecht: Die Entsch. der Ausländerbehörde erzeugt eine tatbestandliche Bindungswirkung für das Kindergeldverfahren, nicht hingegen ist sie Grundlagenscheid iSd. §§ 175, 171 Abs. 10 AO (BFH v. 10.6.2015 – V B 136/14, BFH/NV 2015, 1233). 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; BFH v. 25.7.2007 – III R 55/02, BStBl. II 2008, 758). Ein Ablehnungsbescheid, der in der irrigen Annahme eines unzureichenden Aufenthaltstitels ergangen ist, kann nach § 70 Abs. 2 und 3 nur für die Zukunft geändert werden (BFH v. 30.10.2009 – III B 175/08, BFH/NV 2010, 600).

IV. Niederlassungserlaubnis und Erlaubnis zum Daueraufenthalts-EU (Abs. 2 Nr. 1)

25

Niederlassungserlaubnis: Sie ist nach § 9 Abs. 1 AufenthG ein unbefristeter Aufenthaltstitel. Die Berechtigung zur Erwerbstätigkeit ergibt sich bis 29.2.2020 aus § 9 Abs. 1 Satz 2 AufenthG und ab 1.3.2020 aus § 4a Abs. 1 Satz 1 AufenthG. Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis besteht unter den Voraussetzungen des § 9 Abs. 2–4 AufenthG. Weitere Tatbestände der Niederlassungserlaubnis enthält das AufenthG in § 18 Abs. 4a (Beamtenverhältnis über drei Jahre), § 18b (Absolventen deutscher Hochschulen), § 19 (Hochqualifizierte), § 19a Abs. 6 (Inhaber einer Blauen Karte EU), § 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). Siehe auch Rz. A 4.2 DA-KG 2019.

Erlaubnis zum Daueraufenthalts-EU: Abs. 2 Nr. 1 wurde durch Art. 3 Nr. 2 des WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) ab dem 1.3.2020 um den Tatbestand der Erlaubnis zum Daueraufenthalts-EU ergänzt. Die Ergänzung dient allerdings nur zur Klarstellung, da diese Er-

laubnis auch bisher schon nach § 9a AufenthG der Niederlassungserlaubnis gleichzustellen war. Sie ist ebenfalls ein unbefristeter Aufenthaltstitel, der zur Erwerbstätigkeit berechtigt (BRDrucks. 356/19, 137).

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

Abs. 2 Nr. 2 wurde durch Art. 3 Nr. 2 WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) neu strukturiert und um weitere Tatbestände ergänzt. Die Neuregelung trat gem. Art. 39 Abs. 3 WElektroMobFördG („JStG 2019“) am 1.3.2020 in Kraft und ist gem. § 52 Abs. 49a Satz 2 idF des Art. 3 Nr. 1 WElektroMobFördG („JStG 2019“) für Kindergeldfestsetzungen anzuwenden, die Zeiträume betreffen, die nach dem 29.2.2020 beginnen. Dadurch sollte sichergestellt werden, dass die Änderungen des Abs. 2 ab dem Monat des Inkrafttretens des Fachkräfteeinwanderungsgesetzes (FKrEinwG) v. 15.8.2019 (BGBl. I 2019, 1307) Anwendung finden (BRDrucks. 356/19, 136). Die Tatbestände der Blauen Karte EU, der ICT-Karte und der Mobiler-ICT-Karte wurden zur Klarstellung hinzugefügt, da es sich bei diesen Aufenthaltstiteln nicht um Aufenthaltserlaubnisse handelt.

Blaue Karte EU: Nach § 19a Abs. 1 AufenthG wird einem Ausländer eine Blaue Karte EU zum Zweck einer seiner Qualifikation angemessenen Beschäftigung erteilt, wenn er einen deutschen, einen anerkannten ausländ. oder einen einem deutschen Hochschulabschluss vergleichbaren ausländ. Hochschulabschluss oder eine durch eine mindestens fünfjährige Berufserfahrung nachgewiesene vergleichbare Qualifikation besitzt.

ICT-Karte: Eine ICT-Karte ist ein Aufenthaltstitel zum Zweck eines unternehmensinternen Transfers eines Ausländers, dh. für eine vorübergehende Abordnung eines Ausländers in eine inländ. Niederlassung des Unternehmens, dem der Ausländer angehört, wenn das Unternehmen seinen Sitz außerhalb der EU hat, oder in eine inländ. Niederlassung eines anderen Unternehmens der Unternehmensgruppe, zu der auch dasjenige Unternehmen mit Sitz außerhalb der EU gehört, dem der Ausländer angehört (§ 19b Abs. 1 AufenthG). Die Erteilungsvoraussetzungen ergeben sich aus § 19b Abs. 2 AufenthG.

Mobiler-ICT-Karte: Nach § 19b Abs. 2 AufenthG wird einem Ausländer die Mobiler-ICT-Karte erteilt, wenn er als Führungskraft, Spezialist oder Trainee tätig wird, der unternehmensinterne Transfer mehr als 90 Tage dauert und er einen für die Dauer des Transfers gültigen Arbeitsvertrag und erforderlichenfalls ein Abordnungsschreiben vorweist, die inhaltlichen Mindestanforderungen entsprechen. Ein doppelter Leistungsanspruch (im Inland und im anderen EU-Mitgliedstaat) soll nach § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 durch Versagung des inländ. Kindergeldanspruchs ausgeschlossen werden (BRDrucks. 356/19, 138).

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

Eine Aufenthaltserlaubnis kann erteilt werden zum Zweck der Ausbildung (§§ 16–17b AufenthG), zum Zweck der Erwerbstätigkeit (§§ 18, 18a, 18c, 21 AufenthG), zum Zwecke der Teilnahme am europäischen Freiwilligendienst (§ 18d AufenthG), zum Zweck der (mobilen) Forschung (§§ 18f, 20, 20b AufenthG), aus völkerrechtl., humanitären oder politischen Gründen (§§ 22–26 AufenthG), aus familiären Gründen (§§ 27–36a AufenthG) und aus besonderen Aufenthaltsgründen (§§ 37–38a AufenthG). Bei mobilen Forschern (§ 18f AufenthG) soll ein doppelter Leistungsanspruch (im Inland und im anderen EU-Mitgliedstaat) nach § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 durch Versagung des inländ. Kindergeldanspruchs ausgeschlossen werden (BRDrucks. 356/19, 138). Siehe auch Rz. 4.3 DA-KG 2019.

Berechtigung zur Erwerbstätigkeit: Erwerbstätigkeit ist nach § 2 Abs. 2 AufenthG die selbständige Tätigkeit, die nichtselbständige Beschäftigung iSd. § 7 SGB IV und die Tätigkeit als Beamter. Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt nach § 4 Abs. 2 Satz 1 AufenthG idF bis 29.2.2020 zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, sofern dies nach dem AufenthG allg. bestimmt ist oder die Aufenthaltserlaubnis es im Einzelfall erlaubt (s. BFH v. 26.8.2010 – III R 47/09, BStBl. II 2011, 589; BFH v. 27.1.2011 – III R 45/09, BStBl. II 2011, 720). 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.). Ab 1.3.2020 sieht § 4a Abs. 1 AufenthG vor, dass Ausländer, die einen Aufenthaltstitel besitzen, eine Erwerbstätigkeit ausüben dürfen, es sei denn, ein Gesetz bestimmt ein Verbot. Jede Aufenthaltserlaubnis muss erkennen lassen, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt ist (§ 4 Abs. 2 Satz 2 AufenthG idF bis 29.2.2020; § 4a Abs. 3 Satz 1 AufenthG idF ab 1.3.2020). Bei allg. 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.

- ▶ *Berechtig haben:* Es reicht aus, dass die Aufenthaltserlaubnisse zur Erwerbstätigkeit „berechtigt haben“. 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 idF bis 29.2.2020) und dieses Arbeitsverhältnis beendet wird.
- ▶ *Erlauben:* Die Ergänzung des Einleitungssatzes des Abs. 2 Nr. 2 um die Begriffe „... diese erlauben ...“ diente nur der Klarstellung und sollte eine Angleichung an § 32 BeschV herbeiführen (BRDrucks. 356/19, 138).
- ▶ *Nicht zur Erwerbstätigkeit berechtigen* insbes. Aufenthaltstitel nach § 16f AufenthG (Sprachkurse und Schulbesuch) und nach § 17 AufenthG (Sonstige Ausbildungszwecke).

Analoge Anwendung findet Abs. 2 Nr. 2 auf ausl. 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 (bzw. jetzt Protokollausweis für Ortskräfte) besitzen und hinsichtlich der Sozialversicherungs- sowie der EStPflicht als ständig ansässig behandelt worden sind (BFH v. 25.7.2007 – III R 55/02, BStBl. II 2008, 758; BFH 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 Sozial-

versicherungssystem nach dem deutsch-türkischen Sozialabkommen). Zur analogen Anwendung des Abs. 2 Nr. 2 auf einen nicht freizügigkeitsberechtigten 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.

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

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

Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a: Aufenthaltserlaubnisse zu Zwecken der vorübergehenden Beschäftigung oder der Arbeitsplatzsuche:

- § 16e AufenthG (Studienbezogenes Praktikum EU).
- § 19c Abs. 1 AufenthG (Au-Pair oder Saisonbeschäftigte). Diese Ausnahme entspricht Art. 3 Abs. 2 Buchst. e der Richtlinie 2011/98/EU (ABl. EU 2011 Nr. L 343, 1).
- § 19e AufenthG (Europäischer Freiwilligendienst).
- § 20 Abs. 1 und 2 AufenthG (Arbeitsplatzsuche).

Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b: Aufenthaltserlaubnisse zu Zwecken der Ausbildung oder der Arbeitsplatzsuche

- § 16b AufenthG (Vollzeitstudium an einer staatlichen Hochschule, an einer staatlich anerkannten Hochschule oder an einer vergleichbaren Bildungseinrichtung),
- § 16d AufenthG (Maßnahmen zur Anerkennung ausländ. Berufsqualifikationen),
- § 20 Abs. 3 AufenthG (Arbeitsplatzsuche).

Die Ausnahmen nach Buchst. b werden allerdings dadurch eingeschränkt, dass ein Kindergeldanspruch gleichwohl besteht, wenn der nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer zwar nur eine entsprechende Aufenthaltserlaubnis nach §§ 16b, 16d, 20 Abs. 3 AufenthG besitzt, aber erwerbstätig ist, Elterngeld nach § 15 BEEG oder laufende Geldleistungen nach dem SGB III in Anspruch nimmt (zu den Begriffsbestimmungen s. Anm. 28). Der bisher unabhängig von der Ausübung einer Erwerbstätigkeit geltende Ausschluss vom Kindergeldbezug wurde zum Zweck der Fachkräftegewinnung aufgegeben (BRDrucks. 356/19, 139).

Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c: Aufenthaltserlaubnisse aus völkerrechtl. oder humanitären Gründen

- § 23 Abs. 1 AufenthG (Krieg im Heimatland),
- § 23a AufenthG (Härtefall),
- § 24 AufenthG (zum vorübergehenden Schutz),

- § 25 Abs. 3–5 AufenthG (Abschiebungshindernisse, dringende persönliche oder humanitäre Gründe, Opfer einer Straftat, Ausreise aus rechtl. oder tatsächlichen Gründen unmöglich).

Für die in Buchst. c genannten Aufenthaltserlaubnisse bestehen allerdings Rückausnahmen, unter deren in Abs. 2 Nr. 3 und 4 genannten Voraussetzungen gleichwohl ein Kindergeldanspruch besteht (s. Anm. 28).

VII. Rückausnahme zu Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c bei Erwerbstätigkeit 28 (Abs. 2 Nr. 3)

In den in Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c genannten Fällen einer Aufenthaltserlaubnis aus völkerrechtl. oder humanitären Gründen (§ 23 Abs. 1, § 23a AufenthG, § 24 oder § 25 Abs. 3–5 AufenthG) besteht ausnahmsweise dann eine Anspruchsberechtigung, wenn eine Erwerbstätigkeit oder ein der Erwerbstätigkeit gleichzusetzender Tatbestand vorliegt. Für diese Personengruppe wurde die Kindergeldberechtigung aufgrund des WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) nicht mehr von einer Mindestaufenthaltsdauer von drei Jahren abhängig gemacht. Mit der Erweiterung der Anspruchsberechtigung soll ein Beitrag gegen den in bestimmten Bereichen bestehenden Arbeitskräftemangel geleistet werden. Da die Erwerbstätigkeit idR mit Steuern und Sozialabgaben verbunden ist, hielt der Gesetzgeber eine Wartezeit nicht mehr für angezeigt (BRDrucks. 356/19, 139).

Eine der alternativen Voraussetzungen muss innerhalb des Bundesgebiets erfüllt werden (zur Vorgängerfassung s. jedoch Vorlagebeschluss des Nds. FG v. 19.8.2013 – 7 K 111/13, juris, Az. 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 vorliegt (s. auch Rz. A 4.3.2 Abs. 2–4 DA-KG 2019).

Berechtigt erwerbstätig ist, wer eine selbständige Tätigkeit oder nichtselbständige Beschäftigung iSd. § 2 Abs. 2 AufenthG iVm. § 7 SGB IV ausübt, die durch Rechtsvorschrift allg. zugelassen ist oder ihm im Einzelfall erlaubt wurde (vgl. Anm. 26; Asylbewerber, die sich seit drei Monaten gestattet im Bundesgebiet aufhalten, kann nach § 61 Abs. 2 AsylverfahrensG iVm. § 4a Abs. 4 AufenthG die Ausübung einer 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 – 10 K 1690/07, 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.), ebenso ein Ausbildungsdienstverhältnis; 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 III R 63/12; aA Rz. A 4.3.2 Abs. 4 Satz 2 DA-KG 2019). Anders als nach Abs. 2 Nr. 2 reicht eine frühere berechtigte Erwerbstätigkeit nicht aus.

Laufende Geldleistungen nach dem SGB III bezieht, wer iSd. § 3 Abs. 1 SGB III insbes. Berufsausbildungsbeihilfe (§§ 56 ff. SGB III), berufliche Weiterbildungskosten (§§ 81 ff. SGB III), Ausbildungsgeld (§§ 122 ff. SGB III), Arbeitslosengeld

(§§ 136 ff. SGB III) oder Übergangsgeld (§§ 119 ff. SGB III) erhält. Der Begriff der laufenden Geldleistungen bestimmt sich nach den ab Inkrafttreten des AuslansprG geltenden Fassungen des SGB III. Daher ist auch in Fällen der rückwirkenden Anwendung des Abs. 2 Nr. 3 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. § 136 SGB III und stellt daher eine laufende Geldleistung nach dem SGB III dar. Der Bezug von sog. 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). Siehe auch Rz. A 4.3.2 Abs. 4 DA-KG 2019.

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. Siehe auch Rz. A 4.3.2 Abs. 4 DA-KG 2019.

29 VIII. Rückausnahme zu Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c wegen Aufenthaltsdauer (Abs. 2 Nr. 4)

In den in Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c genannten Fällen einer Aufenthaltserlaubnis aus völkerrechtl. oder humanitären Gründen (§ 23 Abs. 1, § 23a AufenthG, § 24 oder § 25 Abs. 3–5 AufenthG) besteht ausnahmsweise auch dann eine Anspruchsberechtigung, wenn der Anspruchsteller sich seit mindestens 15 Monaten erlaubt, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält. Insoweit wurde durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) zum einen das Erfordernis einer Erwerbstätigkeit oder eines gleichgestellten Tatbestandes gestrichen. Damit wollte der Gesetzgeber verfassungsrechtl. Anforderungen entsprechen, die das BVerfG (BVerfG v. 10.7.2012 – 1 BvL 2-4/10 und 1 BvL 3/11, BGBl. I 2012, 1898) für das Elterngeld gestellt hatte (BRDrucks. 356/19, 139). Zum anderen wurde die Aufenthaltsdauer von drei Jahren auf 15 Monate herabgesetzt, wodurch ein Gleichlauf mit § 8 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 2a BaföG und § 52 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB III erreicht und berücksichtigt werden sollte, dass der Aufenthalt trotz fehlender Bleibeperspektive meist nicht nur vorübergehender Natur ist (BRDrucks. 356/19, 139).

Aufenthalt: Der Aufenthalt muss im Bundesgebiet stattgefunden haben. Das Fristerfordernis setzt einen mindestens 15-monatigen zusammenhängenden Aufenthalt voraus. Nach BFH (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 Mindestzeitraum noch nicht abgelaufen, besteht ein Kindergeldanspruch erst ab dem Ablauf des Mindestzeitraums; eine Unterbrechung des rechtmäßigen, gestatteten oder geduldeten Aufenthalts ist an-

spruchsschädlich und lässt den Mindestzeitraum jeweils neu beginnen (BFH v. 24.5.2012 – III R 20/10, BStBl. II 2014, 27).

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. Die Gestattung besteht ab Ausstellung des Ankunftsnachweises gem. § 63a Abs. 1 AsylverfahrensG oder in den Fällen, in denen kein Ankunftsnachweis ausgestellt wird, ab der Stellung des Asylantrags. Im Fall der unerlaubten Einreise aus einem sicheren Drittstaat (§ 26a AsylverfahrensG) erwirbt der Ausländer die Aufenthaltsgestattung mit der Stellung eines Asylantrags.

Geduldet werden kann 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. Spezielle Duldungsgründe bestehen nach § 60b AufenthG für Personen mit ungeklärter Identität, nach § 60c AufenthG zum Zwecke der Ausbildung und nach § 60d AufenthG zum Zwecke der Beschäftigung. Für die letztgenannte Beschäftigungsduldung sieht Abs. 2 Nr. 5 aber einen speziellen Berücksichtigungstatbestand vor, nach dem auf die Mindestaufenthaltsdauer verzichtet wird (s. Anm. 30). 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; BFH v. 24.5.2012 – III R 20/10, BStBl. II 2014, 27).

IX. Rückausnahme zu Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c wegen Beschäftigungsduldung (Abs. 2 Nr. 5)

30

In den in Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c genannten Fällen einer Aufenthaltserlaubnis aus völkerrechtl. oder humanitären Gründen (§ 23 Abs. 1, § 23a AufenthG, § 24 oder § 25 Abs. 3–5 AufenthG) besteht ausnahmsweise auch dann eine Anspruchsberechtigung, wenn der Anspruchsteller eine Beschäftigungsduldung nach § 60d AufenthG iVm. § 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG besitzt. Dieser Berücksichtigungstatbestand wurde durch Art. 2 Nr. 28 WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) zunächst als neue Nr. 4 in Abs. 2 eingefügt. Die Regelung trat nach Art. 39 Abs. 2 am 1.1.2020 in Kraft und ist nach § 52 Abs. 49a Satz 2 idF des Art. 2 Nr. 26 Buchst. j WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 für Kindergeldfestsetzungen anzuwenden, die Zeiträume betreffen, die nach dem 31.12.2019 beginnen. Durch Art. 3 Nr. 2 WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 wurde die Bestimmung dann ab 1.3.2020 unverändert zur neuen Nr. 5.

Der Verzicht des Gesetzgebers auf das kindergeldrechtl. Erfordernis einer Mindestaufenthaltsdauer hängt damit zusammen, dass bereits das Aufenthaltsrecht enge Voraussetzungen für die Erteilung einer Beschäftigungsduldung aufstellt, die ua. einen längeren Aufenthalt im Bundesgebiet umfassen.

Beschäftigungsduldung: Nach § 60d Abs. 1 AufenthG ist einem ausreisepflichtigen Ausländer und seinem Ehegatten oder seinem Lebenspartner, die bis zum 1.1. 2018 in das Bundesgebiet eingereist sind, idR eine Duldung nach § 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG für 30 Monate zu erteilen, wenn verschiedene Voraussetzungen erfüllt sind. Unter anderem muss die Identität geklärt sein und der Drittstaatsangehörige muss bereits seit mindestens 18 Monaten eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung mit einer regelmäßigen Arbeitszeit von mindestens 35 Stunden pro Woche (20 Wochenstunden bei Alleinerziehenden) ausgeübt und dadurch seinen Lebensunterhalt innerhalb der letzten zwölf Monate gesichert haben sowie aktuell weiter sichern. Die Beschäftigungsduldung führt perspektivisch zu einer Aufenthaltserlaubnis gem. § 19d oder § 25b AufenthG und ist damit geeignet, auf eine erleichterte Fachkräftegewinnung hinzuwirken (BRDrucks. 356/19, 140).