

## **Infoblatt zur Anspruchsberechtigung von Ausländern beim Kindergeld, beim Erziehungs- bzw. Elterngeld und beim Unterhaltsvorschuss**

---

**Hinweis:** Wichtige aktuelle Ergänzung zum Landeserziehungsgeld Baden-Württemberg vom August 2012 finden Sie unter 1.3. beim Landeserziehungsgeld. Aktuelle Ergänzungen zum Urteil des BVerfGs zum Elterngeld vom 29.08.2012.

Ausländer sind von den wichtigen Familienleistungen wie Kindergeld, Erziehungsgeld, Elterngeld und Unterhaltsvorschuss – je nach Aufenthaltsstatus – teilweise ausgeschlossen. Die 1993 eingeführten Einschränkungen wurden 2004 durch zwei Grundsatzentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts für verfassungswidrig erklärt, da sie gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 3 GG) verstoßen<sup>1</sup>. Mit dem Anspruchsberechtigungsgesetz<sup>2</sup> wurde die Regelung über die Anspruchsberechtigung von Ausländern im Kindergeldrecht, Bundeserziehungsgeldgesetz und im Unterhaltsvorschussgesetz neu gefasst. Gleichzeitig wurde eine inhaltsgleiche Regelung im Hinblick auf das Elterngeld<sup>3</sup> eingeführt, das zum 1.1.2007 das Bundeserziehungsgeld abgelöst hat. Die wichtigen Veränderungen und Rechtsschutzmöglichkeiten werden in diesem Infoblatt dargestellt.

### **Beachten Sie:**

Dieses Informationsblatt kann eine Einzelfallberatung nicht ersetzen. Ausländer/innen sollten unbedingt rechtzeitig eine Beratungsstelle oder einen – im Asyl- und Ausländerrecht erfahrenen – Rechtsanwalt aufsuchen.

## **1. Die Anspruchsberechtigung im Bezug auf Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss ab dem 1.1.2006 und beim Elterngeld ab dem 1.1.2007**

### **1.1. Kindergeld und Kindergeldzuschlag**

#### **1.1.1 Die Anspruchsberechtigung von EU-Bürgern, EWR-Staatern, Schweizern**

Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten – einschließlich der neuen osteuropäischen EU-Staaten) und EWR-Staater (Norwegen, Island, Liechtenstein) sowie Staatsangehörige der Schweiz unterliegen dem Freizügigkeitsrecht der EU. Im Hinblick auf den Bezug von Familienleistungen gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz (Diskriminierungsverbot). Nach der Neuformulierung in § 1 Abs. 3 BKGG bzw. in § 62 Abs. 2 EStG betrifft der Ausschluss vom Kindergeldbezug allenfalls „nicht-freizügigkeitsberechtigten Ausländer“ (dazu unter 1.1.2). Durch diese Formulierung wollte der Gesetzgeber offenbar klarstellen, dass der Ausschluss in § 1 Abs. 3 BKGG

---

<sup>1</sup> BVerfG, 1 BvL 4/97 vom 6.7.2004, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/1s20040706\\_1bvl000497.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/1s20040706_1bvl000497.html); BVerfG, 1 BvR 2515/95 vom 6.7.2004, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20040706\\_1bvr251595.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20040706_1bvr251595.html)

<sup>2</sup> zu finden unter <http://www.ekiba.de/referat-5>, unter „Migration u. Islam“, „Informationen für die Beratung“, „Gesetzestexte“; der Bundestag hat das Gesetz am 19.10.2006 verabschiedet, der Bundesrat hat diesem am 24.11.2006 zugestimmt.

<sup>3</sup> zu finden unter <http://www.ekiba.de/referat-5>, unter „Migration u. Islam“, „Informationen für die Beratung“, „Gesetzestexte“; der Bundestag hat das Gesetz am 29.09.2006 verabschiedet, der Bundesrat hat diesem am 3.11.2006 zugestimmt, es müsste in Kürze im BGBl. veröffentlicht werden.

bzw. in § 62 Abs. 2 EStG Unionsbürger, EWR-Staater und Schweizer überhaupt nicht betreffen soll.<sup>4</sup> Sofern die Auffassung vertreten wird, dass der Ausschluss nur solche Unionsbürger/EWR-Staater/Schweizer betrifft, die freizügigkeitsberechtigt sind, ist zu beachten, dass ein/e Unionsbürger/in, ein EWR-Staater oder ein/e Schweizer/in, solange freizügigkeitsberechtigt ist, bis nicht durch die Ausländerbehörde das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts durch Bescheid bestandskräftig festgestellt wurde (vgl. § 5 Abs. 5 FreizügG).

### 1.1.2 Anspruchsberechtigung von Drittstaatsangehörigen (Nicht-EU-Bürger; Nicht-EWR-Staater, nicht Schweizer)

Nach § 62 Abs. 2 EStG bzw. nach § 1 Abs. 3 BKGG erhält ein/e nicht-freizügigkeitsberechtigte/r Ausländer/in Kindergeld unter folgenden Voraussetzungen:

- Besitz einer Niederlassungserlaubnis oder Aufenthaltserlaubnis
- Im Falle des Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis:  
Diese muss zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigen oder berechtigt haben (siehe dazu Infoblatt „Zugang zur Erwerbstätigkeit“<sup>5</sup>).
- Keine Aufenthaltserlaubnis nach § 16 oder § 17 AufenthG (zum Zwecke der Ausbildung)
- Keine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 18 Abs. 2 AufenthG, bei der die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit nach der Beschäftigungsverordnung nur für einen bestimmten Höchstzeitraum erteilt werden darf (also Ausschluss einer AE für eine nur vorübergehende Beschäftigung in Deutschland)
- Keine Aufenthaltserlaubnis nach den §§ 23a AufenthG (AE aufgrund eines Ersuchens der Härtefallkommission) oder nach § 24 AufenthG (vorübergehender Schutz, derzeit keine Anwendung) oder nach § 25 Abs. 3 bis 5 des AufenthG; Keine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 23 Abs. 1 AufenthG, die wegen eines Krieges im Heimatland erteilt worden ist; Aufenthaltserlaubnissen gemäß § 23 Abs. 1 AufenthG liegt immer ein Beschluss der Innenministerkonferenz zu Grunde. Wird dieser Beschluss nicht wegen eines Krieges im Herkunftsland getroffen – wie z.B. bei Altfallregelungen – dann fällt die Aufenthaltserlaubnis von vorneherein nicht unter den Ausschluss, die Rückausnahme ist dann gar nicht mehr zu prüfen! Ansonsten ist bei den humanitären Aufenthaltserlaubnissen die **Rückausnahme** zu prüfen:

Bei den humanitären Aufenthaltserlaubnissen (nicht §§ 16 und 17 AufenthG), die eigentlich unter den Ausschluss fallen, besteht dennoch ein Anspruch auf Kindergeld, wenn der/die Ausländerin

- a. sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und
- b. im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist oder laufende Geldleistungen nach dem SGB III bezieht (Arbeitslosengeld I nicht Arbeitslosengeld II („Hartz IV-Leistungen“) oder Elternzeit in Anspruch nimmt

---

<sup>4</sup> Hierfür spricht die Gesetzesbegründung. Diese erläutert, weshalb bei Drittstaatsangehörigen eine Differenzierung nach der voraussichtlichen Aufenthaltsdauer erforderlich sei. Dass durch § 1 Abs. 3 BKGG auch bei Unionsbürgern eine Differenzierung eingeführt werden soll, ist dieser nicht zu entnehmen. Zudem wäre auch fraglich, ob eine solche nach europäischem Gemeinschaftsrecht zulässig wäre.

<sup>5</sup> <http://www.ekiba.de/referat-5> unter „Migration und Islam“, dort bei „Für die Beratung“

Sofern nach dieser Regelung kein Kindergeldanspruch besteht, obwohl der Ausländer im Besitz einer humanitären Aufenthaltserlaubnis ist, könnte sich erneut die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses vom Kindergeldbezug stellen. In solchen Fällen wird häufig davon auszugehen sein, dass ein nicht nur vorübergehender Aufenthalt vorliegt. Sofern der/die Kindergeldberechtigte keiner Erwerbstätigkeit nachgeht und Leistungen nach dem SGB II/XII bzw. AsylbLG bezieht, wäre im Einzelfall zu prüfen, ob ein Widerspruchsverfahren/Gerichtsverfahren Sinn macht.<sup>6</sup> Mit **Urteil vom 10.07.2012** (1 BvL 2/10) hat das **Bundesverfassungsgericht** § 1 Abs. 7 Nr. 3 b) BEEG (für das Elterngeld!) wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG für nichtig erklärt. Zu prüfen ist, ob die Entscheidungsgründe auf die gleichlautende Ausschlussregelung im Kindergeldrecht übertragbar ist und auch hier von einer Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses auszugehen ist. Sofern die Voraufenthaltszeit von 3 Jahren nach § 62 Abs. 2 Nr. 3 a) EstG vorliegt, darf es demnach nicht darauf ankommen, ob der Antragssteller erwerbstätig ist, SGB III-Leistungen bezieht oder er/sie in Elternzeit ist.

### **Hinweis: Ist der richtige Aufenthaltstitel erteilt?**

Der Ausschluss vom Kindergeldbezug betrifft Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis gemäß §§ 16-17 AufenthG und im humanitären Bereich Aufenthaltserlaubnisse gemäß § 23 Abs. 1 (nicht Bleiberechtsregelung!), §§ 23a AufenthG, 24 AufenthG oder 25 Abs. 3 bis 5 des AufenthG. Die Ehegatten von Inhabern einer solchen Aufenthaltserlaubnis, die nicht selbst die Voraussetzungen des § 25 Abs. 3 AufenthG erfüllen, müssten nach der Systematik des Aufenthaltsgesetzes richtigerweise eine Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen gemäß § 30 AufenthG erhalten. Besitzt der Ehegatte eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 30 AufenthG, kann über diesen Ehepartner der Kindergeldanspruch geltend gemacht werden. Im Ergebnis verstärken sich dadurch die Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Regelung, weil z.B. ein Ehepaar, bei dem beide Ehepartner selbst Abschiebungsschutz nach § 60 Abs. 2-7 AufenthG zuerkannt bekommen haben und deshalb beide eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG besitzen, schlechter gestellt ist als Ehepartner, bei denen nur ein Partner Abschiebeschutz gemäß § 60 II bis 7 AufenthG besitzt und deshalb die § 25 Abs. 3 – Aufenthaltserlaubnis hat, der andere Ehepartner von diesem abgeleitet aber eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 30 AufenthG erhält.

### **1.1.3 Sonderregelungen durch Diskriminierungsverbote im Europäischen Gemeinschaftsrecht, türkische, marokkanische, algerische und tunesische Staatsangehörige**

Soweit nach der Regelung in § 62 Abs. 2 EStG bzw. nach § 1 Abs. 3 BKGG kein Kindergeldanspruch besteht (siehe 1.1.2.), ist zu prüfen, ob es sich um Staatsangehörige handelt, in denen nach Europäischem Gemeinschaftsrecht eine Gleichbehandlung mit deutschen Staatsangehörigen zwingend ist. Dies ist gemäß Art. 3 des Assoziationsratsbeschlusses 3/80 der Fall bei türkischen Familien, in denen ein Elternteil in einem Zweig der sozialen Sicherheit versichert ist. Ein Gleichbehandlungsgebot enthalten auch die Europaabkommen mit Marokko, Algerien und Tunesien.

---

<sup>6</sup> Da Kindergeld als anrechenbares Einkommen zu einer Minderung der Leistungen nach dem SGB II/SGB XII/AsylbLG führt, dürfte ein Verfahren insbesondere aus Sicht der betroffenen Familie in solchen Fällen sinnvoll sein, in denen es aus ausländerrechtlicher Sicht wichtig ist, den Lebensunterhalt (weitestgehend) durch eigene Mittel bestreiten zu können. Gem. § 2 AufenthG sind das Kindergeld und Erziehungsgeld Mittel, die nicht dazu führen, dass der Lebensunterhalt nicht gesichert ist.

Eine Person fällt unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status unter das Gleichbehandlungsgebot, d.h. auch Asylbewerber (im Asylverfahren) und Geduldete können davon erfasst sein. Zum vorläufigen Europäische Abkommen über Soziale Sicherheit siehe unter 1.1.4.

#### **1.1.4 Sonderregelungen durch Sozialabkommen (insbes. ehem. Jugoslawien, Türkei)**

Kindergeldberechtigt sind auch Familien, die unter das deutsch-jugoslawische Sozialabkommen fallen. Dies gilt für Serbien (einschl. Kosovo), Montenegro. Eine Person fällt unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status unter das Gleichbehandlungsgebot, d.h. auch Asylbewerber (im Asylverfahren) und Geduldete können davon erfasst sein. Allerdings muss die Person Arbeitnehmer, Empfänger von Arbeitslosengeld I-Leistungen (SGB III) sein oder Krankengeld beziehen.

Für türkische Familien, die nicht selbst Arbeitnehmer im Sinne des Assoziationsrechts sind (siehe oben) ist das vorläufige Europäische Abkommen über Soziale Sicherheit von 1953 von Bedeutung.<sup>7</sup> Ausländer aus der **Türkei**, die wenigsten sechs Monate in Deutschland "gewohnt" haben, auch wenn sie *keine* Arbeitnehmer sind, haben danach ebenfalls – unabhängig von ihrem Status – einen Anspruch auf Kindergeld. Nach Auffassung der Agentur für Arbeit erfordert der im Abkommen genannte Begriff "Wohnen" ("has been resident"/"qu'ils resident") das Bewohnen einer Mietwohnung, die Unterbringung in einer Gemeinschaftsunterkunft genüge nicht. Mit dem Kindergeldantrag ist daher eine Kopie des **Mietvertrags** vorzulegen.<sup>8</sup> Mittlerweile hat der BfH festgestellt, dass allein ein sechsmonatiger Aufenthalt genügt, um in den Anwendungsbereich dieses Abkommen zu fallen, auch das Wohnen in einer Gemeinschaftsunterkunft falle darunter.<sup>9</sup>

#### **1.1.5 Kindergeldzuschlag**

Sofern das Einkommen so niedrig ist, dass bei der Gewährung von Kindergeld noch ein ergänzender SGB-II-Anspruch besteht, sollte neben Kindergeld auch der Kindergeldzuschlag beantragt werden.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Abkommen vom 11.12.1953, BGBl. II 1956, 508, online über <http://conventions.coe.int>

<sup>8</sup> so das Merkblatt der Agentur für Arbeit zum Kindergeld für türkische Staatsangehörige

<sup>9</sup> BFH, GB. v. 17.06.2010 – III R 42/09

<sup>10</sup> Siehe dazu Merkblatt Kindergeldzuschlag unter <http://www.familienkasse.de>

## 1.2. Bundeserziehungsgeld/Elterngeld/Unterhaltsvorschuss

Das Bundeserziehungsgeld wird zum 1.1.2007 durch das Bundeselterngeld abgelöst.

### 1.2.1. Die Anspruchsberechtigung von EU-Bürgern, EWR-Staatern, Schweizern

Diese haben einen Anspruch auf Bundeserziehungsgeld, da sich der Ausschluss in § 1 Abs. 6 BErzGG auf nicht-freizügigkeitsberechtigte Ausländer bezieht (siehe 1.1.1.). Die identische Regelung findet sich in § 1 Abs. 7 des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes (BEEG) wie in § 1 Abs. 2a Unterhaltsvorschussgesetz.

### 1.2.2. Die Anspruchsberechtigung von Drittstaatsangehörigen

§ 1 Abs. 6 BErzGG, § 1 Abs. 7 BEEG u. § 1 Abs. 2a Unterhaltsvorschussgesetz sind identisch mit § 1 BKGG bzw. § 62 EstG, so dass vom Kindergeld ausgeschlossene Drittstaatsangehörige auch kein Bundeserziehungsgeld/Elterngeld wie auch keinen Unterhaltsvorschuss erhalten können (vgl. 1.1.2).

Im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz stellt sich beim Erziehungsgeld/Elterngeld eine besondere Problematik: Beim Erziehungs- wie auch beim Elterngeld ist entscheidend, dass der Elternteil die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, der nicht voll erwerbstätig ist, also dessen wöchentliche Arbeitszeit 30 Wochenstunden im Durchschnitt des Monats nicht übersteigt (vgl. § 1 Abs. 6 BEEG). Ist dieser nicht voll erwerbstätige Elternteil nicht im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig und bezieht er kein Arbeitslosengeld I und nimmt er auch nicht Elternzeit in Anspruch, dann kann er auch, wenn er länger als 3 Jahre im Bundesgebiet ist, als Inhaber einer humanitären Aufenthaltserlaubnis, die nicht den Flüchtlingsstatus vermittelt, kein Elterngeld erhalten. In anderen Worten: die Rückausnahme greift nicht, wenn dieser Elternteil zuvor nicht erwerbstätig war. Damit kommt es zu einer Ungleichbehandlung von Ausländerfamilien mit einem humanitärem Aufenthaltstitel, deren Aufenthalt nicht nur von vorneherein vorübergehender Natur ist, wenn nur ein Elternteil bisher für das Familieneinkommen gesorgt hat. Ein sachlich nachvollziehbarer Grund für eine solche Differenzierung besteht nicht. Es spricht daher einiges dafür, dass in solchen Fallkonstellationen der Ausschluss vom Elterngeldbezug mit Art. 3 GG nicht vereinbar ist. Das Bundessozialgericht hat mit Entscheidung vom 30.9.2010, B 10 EG 9/09 R, dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorgelegt, ob § 1 Abs. 7 Nr. 2 Buchstabe c in Verbindung mit Nr. 3 Buchstabe b Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz in der Fassung des Art. 1 des Gesetzes zur Einführung des Elterngeldes vom 5. Dezember 2006 (BGBl. I 2748) insoweit mit Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz vereinbar ist, als danach Ausländern, denen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 Aufenthaltsgesetz wegen eines Krieges in ihrem Heimatland oder nach §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 Aufenthaltsgesetz erteilt wurde, ein Anspruch auf Elterngeld nur dann zusteht, wenn sie im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig sind, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch beziehen oder Elternzeit in Anspruch nehmen. Mit **Urteil vom 10.07.2012** (1 BvL 2/10) hat das **Bundesverfassungsgericht** § 1 Abs. 7 Nr. 3 b) BEEG wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG für nichtig erklärt. Sofern die Voraufenthaltszeit von 3 Jahren nach § 62 Abs. 2 Nr. 3 a) EstG vorliegt, darf es demnach nicht darauf ankommen, ob der Antragssteller erwerbstätig ist, SGB III-Leistungen bezieht oder er/sie in Elternzeit ist.

### **1.2.3. Diskriminierungsverbote nach Gemeinschaftsrecht**

Die Gleichbehandlungsgebote gem. Art. 3 ARB 3/80 u. den Europaabkommen mit Marokko, Algerien und Tunesien gelten auch für das Erziehungsgeld, da auch dieses eine Familienleistung darstellt.

### **1.2.4. Sozialabkommen**

Das Erziehungsgeld ist von den Sozialabkommen nicht erfasst.

## **1.3. Landeserziehungsgeld Baden-Württemberg**

Landeserziehungsgeld gewähren nur wenige Bundesländer im Anschluss an das Elterngeld, so z.B. Bayern und Baden-Württemberg. Nach den baden-württembergischen Richtlinien wurde Landeserziehungsgeld bisher nur EU-Bürgern, EWR-Staatern, Schweizern und assoziationsberechtigten türkischen Staatsangehörigen gewährt (bzw. über die Gleichbehandlungsgebote in den EU-Kooperationsabkommen auch Staatsangehörigen von Marokko, Algerien und Tunesien). Andere Drittstaatsangehörige waren vom Bezug des Landeserziehungsgelds ausgeschlossen.

Mit Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Februar 2012 (1 BvL 14/07) wurde das bayerische Landeserziehungsgeld insoweit für verfassungswidrig erklärt, als es Personen, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum besitzen, generell vom Anspruch auf Landeserziehungsgeld ausschließt. Da das Landeserziehungsgeld in Baden-Württemberg hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen zur Staatsangehörigkeit teilweise vergleichbare Regelungen enthält, hat das Sozialministerium Baden-Württemberg eine Umsetzungsregelung für das Landeserziehungsgeld Baden-Württemberg getroffen, die in von der L-Bank BW in die Hinweise zum Antragsformular aufgenommen wurde. Dort heißt es:

„1.6 Die Voraussetzung zur Gewährung von Landeserziehungsgeld erfüllt, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EU-/EWR-Bürger) oder eines Drittstaates besitzt, sofern sich aus einem zwischen diesem Drittstaat und der Europäischen Union abgeschlossenen Abkommen oder daraus abgeleiteten Rechtsakten ein Anspruch auf Familienleistungen ergibt. Dies gilt auch als erfüllt, wenn sie beim Ehegatten oder dem anderen, im gleichen Haushalt lebenden Elternteil oder beim leistungsberechtigenden Kind der antragstellenden Person vorliegt.

Der Ehegatte/Lebenspartner eines Mitglieds der Truppe oder des zivilen Gefolges eines NATO-Mitgliedstaates ist ebenfalls anspruchsberechtigt, soweit er EU-/EWR-Bürger ist.

Die Voraussetzung zur Gewährung von Landeserziehungsgeld erfüllt auch, wer als Staatsangehöriger eines anderen Landes oder als Staatenloser eine Niederlassungserlaubnis oder eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, die zur Ausübung einer Er-

werbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat. Diese Erlaubnis darf jedoch nicht ausgestellt sein

- zum Zwecke der Ausbildung (zur Aufnahme eines Studiums, eines Sprachkurses oder eines Schulbesuchs, zur betrieblichen Ausbildung und Weiterbildung) nach §§ 16, 17 des Aufenthaltsgesetzes,
- zur Aufnahme einer Beschäftigung nach § 18 Absatz 2 Aufenthaltsgesetz, wobei die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit nach der Beschäftigungsverordnung nur für einen bestimmten Höchstzeitraum gilt oder
- im Rahmen der Altfallregelung des § 104a Absatz 1 Satz 1 Aufenthaltsgesetzes für einen geduldeten Ausländer.

Wurde die Aufenthaltserlaubnis wegen eines Krieges im Heimatland nach § 23 Absatz 1 Aufenthaltsgesetz, aufgrund der Annahme eines Härtefalls nach § 23a Aufenthaltsgesetz, zum vorübergehenden Schutz nach § 24 Aufenthaltsgesetz oder aus humanitären Gründen nach § 25 Absätze 3 bis 5 Aufenthaltsgesetz erteilt, dann ist Voraussetzung für den Bezug von Landeserziehungsgeld, dass

- Sie sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhalten und
- Sie im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig sind, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch beziehen oder Elternzeit in Anspruch nehmen.

Das Bundesverfassungsgericht stellt in seinem Beschluss unter Verweis auf § 79 Abs. 2 S. 1 BVerfGG allerdings klar, dass Bescheide, die im Zeitpunkt der Bekanntgabe seiner Entscheidung bereits bestandskräftig waren, von ihr unberührt bleiben.“

Mit **Urteil vom 10.07.2012** (1 BvL 2/10) hat das **Bundesverfassungsgericht** § 1 Abs. 7 Nr. 3 b) BEEG (für das Elterngeld!) wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG für nichtig erklärt. Somit kann es auch beim Landeserziehungsgeld - sofern die Voraufenthaltszeit von 3 Jahren nach § 62 Abs. 2 Nr. 3 a) EstG vorliegt - nicht darauf ankommen, ob der Antragssteller erwerbstätig ist, SGB III-Leistungen bezieht oder er/sie in Elternzeit ist.

## **2. Rückwirkende Antragsstellung**

### **2.1. Beim Kindergeld nach dem EStG**

#### **2.1.1. Zeitraum rückwirkend zum 1.1.2006**

Die Änderung der Anspruchsberechtigung von Ausländern durch das Anspruchsberechtigungsgesetz ist rückwirkend zum 1.1.2006 geändert worden. Unproblematisch müsste das Kindergeld für diesen Zeitraum rückwirkend gewährt werden können. Dies gilt selbst dann, wenn es für diesen Zeitraum bestandskräftig abgelehnt worden sein sollte, da hier eine Änderung der Rechtslage eingetreten ist, die es rechtfertigt, auch einen bestandskräftig gewordenen Ablehnungsbescheid aufzuheben und Kindergeld zu gewähren.<sup>11</sup> Aus der rückwirkenden Inkraftsetzung des Gesetzes ergibt sich, dass dies vom Gesetzgeber ausdrücklich so gewollt ist.

---

<sup>11</sup> Ein bestandskräftiger Steuerbescheid ist gemäß § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO zu ändern, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel nachträglich bekannt werden. Hierunter fällt – anders als eine andere rechtliche Beurteilung einer

## 2.1.2. Noch nicht bestandskräftig abgeschlossene Verfahren

§ 52 Abs. 61a EStG (neu) bestimmt, dass § 62 Abs. 2 in der Neufassung in allen Fällen anzuwenden ist, in denen das Kindergeld noch nicht bestandskräftig festgesetzt ist. In diesen Fällen müsste seit Antragsstellung rückwirkend Kindergeld nachbezahlt werden, auch wenn der Antrag schon sehr lange zurückliegt. Nicht bestandskräftig festgesetzt ist das Kindergeld

- wenn ein Antrag gestellt wurde, über den noch nicht entschieden ist
- wenn ein Bescheid erging, gegen den Einspruch/Widerspruch eingelegt wurde, über den noch nicht entschieden ist (Achtung: teilweise ergingen auf Widersprüche hin Schreiben, in denen angefragt wurde, ob der Widerspruch zurückgenommen wird; wurde daraufhin der Widerspruch nicht zurückgenommen, bzw. darauf überhaupt nicht reagiert und erging dann kein förmlicher Widerspruchsbescheid, ist das Widerspruchsverfahren noch anhängig; in solchen Fällen kann dann beantragt werden, dass aufgrund der neuen Rechtslage über den eingelegten Widerspruch entschieden wird und das Kindergeld seit Antragsstellung nachbezahlt wird).
- wenn ein Bescheid erging, gegen den Widerspruch eingelegt wurde und gegen den Widerspruchsbescheid Klage erhoben wurde und das gerichtliche Verfahren noch nicht abgeschlossen ist.

In diesen Zeiten, in denen der Kindergeldanspruch anhängig war (also ein Antrag gestellt wurde über den noch nicht bestandskräftig entschieden ist) ist die rückwirkende Antragstellung auch nicht durch die Verjährungsvorschrift (siehe 2.1.3) gehindert. Ein geltend gemachter Anspruch verjährt nicht.

## 2.1.3. Bisher kein Kindergeldantrag gestellt

Das Kindergeld nach EStG kann rückwirkend für das laufende sowie vier abgelaufene Kalenderjahre beansprucht werden (§ 169 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 170 Abs. 1 Abgabenordnung). Für Zeiten davor gilt die sog. Festsetzungsverjährung.<sup>12</sup> Es war daher **wichtig**, den Antrag auf Kindergeld unbedingt nachweislich **noch vor dem 31.12.2006** zu stellen für das laufende Kalenderjahr und rückwirkend für die Jahre 2002-2005. Die Übergangsbestimmung in § 52 Abs. 61a EStG bestimmt, dass die Neufassung von § 62 Abs. 2 EStG auch auf alle Fälle vor dem 1.1.2006 anzuwenden ist, in denen das Kindergeld noch nicht bestandskräftig festgesetzt wurde. Wurde Kindergeld gar nicht beantragt, ist es auch nicht bestandskräftig festgesetzt worden.<sup>13</sup>

## 2.1.4. Kindergeld beantragt, aber bestandskräftig abgelehnt

Eine Festsetzung des Kindergeldes rückwirkend ist nicht möglich, soweit die Bestandskraft des Ablehnungsbescheides einer Neufestsetzung im Wege steht. Die Bestandskraft bezieht sich auf die Zeiträume, für die die Familienkasse nach sachli-

---

Norm durch das BVerfG - auch eine gesetzliche Neuregelung (vgl. Nds. FG, Urt.v. 15.12.2005 – 11 K 50/05 - , juris).

<sup>12</sup> § 170 Abs. 3 AO ist auf die erstmalige Festsetzung von Kindergeld nicht anwendbar, vgl. FG Köln, Urt. V. 7.6.2006 – 10 K 4484/05, juris.

<sup>13</sup> VG Münster, Urt. v. 10.5.2006 - 1 K 6891/03 Kg, www.asyl.net

cher Prüfung das Bestehen eines Kindergeldanspruchs verneint hat, weil die Anspruchsvoraussetzungen nicht vorliegen.<sup>14</sup> Der Regelungsinhalt eines die Kindergeldfestsetzung aufhebenden oder ablehnenden Bescheids reicht im Gegensatz zu dem das Kindergeld festsetzenden Bescheid nicht in die Zukunft, sondern nur bis zu dem Zeitpunkt, in dem die ablehnende Entscheidung getroffen wird. Die Bindungswirkung eines bestandskräftigen Ablehnungsbescheides bezieht sich bis zum Ende des Monats seiner Bekanntgabe.<sup>15</sup> Folglich könnte für den nach diesem Zeitpunkt liegenden Zeitraum noch Kindergeld beansprucht werden, soweit dieser nicht festsetzungsverjährt ist (vgl. 2.1.3).

Soweit Bestandskraft eingetreten ist, dürfte kein Kindergeldanspruch realisiert werden können. Wichtig ist in diesem Kontext, dass die inhaltsgleiche Regelung in § 1 Abs. 3 BKG vom BVerfG in seiner Entscheidung vom 6.7.2004 nur für unvereinbar mit dem GG erklärt wurde und der Gesetzgeber aufgefordert wurde, eine verfassungskonforme Regelung zu treffen. In analoger Anwendung von § 79 Abs. 2 BVerfGG kann der Gesetzgeber auch die Neuregelung auf noch nicht bestandskräftig abgeschlossene Verfahren beschränken.

Die Bestandskraft kann bei einer fehlerhaften Rechtsanwendung auch nicht auf Grundlage des § 70 Abs. 2 EStG, des § 173 AO oder des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO durchbrochen werden.<sup>16</sup>

## **2.2. Rückwirkende Beantragung von Bundeserziehungsgeld/Elterngeld**

Nach § 4 Abs. 2 BErzGG war das Erziehungsgeld (das gewährt wurde, bevor die Regelung über das Elterngeld in Kraft getreten ist) schriftlich für jeweils ein Lebensjahr zu beantragen, also zunächst für das 1. Lebensjahr u. dann für das 2. Lebensjahr des Kindes. Der Antrag für das zweite Lebensjahr konnte frühestens ab dem neunten Lebensmonat des Kindes gestellt werden. Rückwirkend wurde Erziehungsgeld höchstens für sechs Monate vor der Antragstellung bewilligt.

Wurde für das 1. Lebensjahr Erziehungsgeld beantragt u. ist dieser Antrag noch nicht bestandskräftig abgelehnt, so war § 24 Abs. 3 BErzGG (neu) zu beachten. Es war dann auf Grundlage der Neuregelung über den Erziehungsgeldantrag zu entscheiden. Gleiches galt für einen Antrag für Erziehungsgeld für das 2. Lebensjahr des Kindes.

Wurde noch kein Antrag auf Erziehungsgeld gestellt, konnte das Erziehungsgeld höchstens rückwirkend für einen Zeitraum von 6 Monaten beantragt werden.

---

<sup>14</sup> vgl. BFH, Urt. v. 23.11.2001 – VI R 125/00, juris

<sup>15</sup> FG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 28.08.2001 - 2 K 1557/01, www.asyl.net, BFH, Urt. v. 28.1.2004 – VIII R 12/03, juris; BFH, Urt. v. 25.7.2001, VI R 78/98, juris.

<sup>16</sup> vgl. BFH, Urt. v. 28.06.2006 - III R 13/06, juris. (allerdings zu einer and. Frage des Kindergeldrechts), das FG Schleswig-Holstein, Urt. v. 25.8.2006 – 1 K 78/02, ANA-ZAR 5/2006 (ZAR 10/2006), S. 35 wendet in einem Kindergeldfall, in dem es um die Arbeitnehmerschaft nach dem dt.-jugoslawischen Sozialabkommen ging, § 175 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 der AO an.

### **3. Verfahren im Falle der Ablehnung**

#### **3.1. Kindergeld nach EStG oder Kindergeld nach dem BKGG**

Für die Frage, bei welcher Stelle das Kindergeld zu beantragen ist und wie gegen einen Ablehnungsbescheid vorzugehen ist, ist entscheidend, ob der Kindergeldanspruch auf §§ 62ff Einkommenssteuergesetz (EStG) oder dem Bundeskindergeldgesetz beruht (BKGG).

Kindergeld nach § 62ff EStG erhalten Personen, die unbeschränkt in Deutschland steuerpflichtig sind. Dies ist gemäß § 1 Abs. 1 EStG der Fall, wenn sie im Inland einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Kindergeld nach dem BKGG erhält, wer nach § 1 Abs. 1 und 2 des Einkommensteuergesetzes nicht unbeschränkt steuerpflichtig ist und auch nicht nach § 1 Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes als unbeschränkt steuerpflichtig behandelt wird.

#### **3.2. Antrag, Einspruchs- und Klageverfahren beim Kindergeld nach § 62 EStG**

Kindergeld muss schriftlich bei der zuständigen Familienkasse beantragt werden.

Wird das Kindergeld gemäß § 62 EStG nicht gewährt, obwohl es nach der Rechtslage gewährt werden müsste, empfiehlt es sich, innerhalb der Einspruchsfrist von einem Monat<sup>17</sup> gegen den Bescheid Einspruch einzulegen. Bitte unbedingt die Rechtsbehelfsbelehrung des Bescheides beachten. Der Einspruch ist nur fristgerecht eingelegt, wenn er vor Fristende bei der in der Rechtsbehelfsbelehrung angegebenen Behörde eingeht (in Nachbriefkästen vor 24.00 h oder per Fax; Achtung: per E-Mail genügt nicht!). Im Zweifelsfall empfiehlt es sich nachweisen/glaubhaft machen zu können, dass der Einspruch rechtzeitig eingegangen ist. Das Einspruchsverfahren ist gebührenfrei.

Ergeht die Entscheidung über den Einspruch und wird dem Einspruch nicht abgeholfen, kann innerhalb der 1-monatigen Klagefrist<sup>18</sup> beim zuständigen Finanzgericht Klage eingereicht werden (siehe hierzu die Rechtsbehelfsbelehrung des Einspruchsbescheides). Auch hier muss die Klage innerhalb der Frist beim Gericht eingegangen sein. Die Klage kann der Betroffene auch selbst erheben, er benötigt dafür keine anwaltliche Vertretung.

**Das Verfahren ist nicht gerichtskostenfrei.** Bei bedürftigen Antragstellern empfiehlt es sich, für das Verfahren Prozesskostenhilfe zu beantragen.<sup>19</sup> Neben der Be-

---

<sup>17</sup> § 355 AO

<sup>18</sup> § 47 FGO

<sup>19</sup> Nach § 142 Abs. 1 FGO i. V. m. § 114 der Zivilprozessordnung (ZPO) erhält ein Beteiligter Prozesskostenhilfe (PKH), wenn er nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet sowie nicht mutwillig erscheint. Die Rechtsverfolgung verspricht hinreichende Aussicht auf Erfolg, wenn für seinen Eintritt bei summarischer Prüfung eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht (Beschluss des Bundesfinanzhofs - BFH - vom 08.06.1995 IX B 168/94, BFH/NV 1996, 64). Dies ist anzunehmen, wenn das Gericht den Rechtsstandpunkt des Antragstellers auf Grund seiner Sachdarstellung und der vorhandenen Unterlagen zumindest für vertretbar hält und in tatsächlicher Hinsicht von der Möglichkeit der Beweisführung überzeugt ist (z. B. BFH-Beschlüsse vom 26. April 1993 VI B 162/92, BFH/NV

antragung der Prozesskostenhilfe sollte angegeben werden, welcher Rechtsanwalt/welche Rechtsanwältin beigeordnet werden soll. Es empfiehlt sich zu begründen, weshalb das Verfahren aus Sicht des Antragsstellers Erfolgsaussichten hat. Dem Antrag auf Prozesskostenhilfe ist die ausgefüllte Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse beizufügen. Die Einlegung der Klage kann auch davon abhängig gemacht werden, dass Prozesskostenhilfe gewährt wird.

Wird das Kindergeld auf der Grundlage des BKGG abgelehnt, dann kann gegen die Entscheidung der Familienkasse fristgerecht Widerspruch eingelegt werden. Gegen den Widerspruchsbescheid muss innerhalb der Frist Klage beim Sozialgericht eingelegt werden.

Sofern vieles dafür spricht, dass ein Anspruch auf Kindergeld besteht und ohne baldige Zahlung des Kindergeldes dem Antragsteller ein schwerer Nachteil droht, kann auch ein Antrag auf einstweilige Anordnung beim Gericht gestellt werden. Der drohende Nachteil, der eine Vornahme der Hauptsachentscheidung erfordert, ist glaubhaft zu machen. Ein solcher schwerer Nachteil könnte z.B. darin begründet liegen, dass es für das Aufenthaltsrecht des Antragstellers darauf ankommt, dass der Lebensunterhalt der Familie aus eigenen Mitteln gesichert ist. Hierfür ist zu beachten, dass bei dieser Frage gemäß § 2 Abs. 3 S. 2 Aufenthaltsgesetz Kindergeld und Erziehungsgeld außer Betracht bleiben, also als eigene Mittel zum Familieneinkommen mitgerechnet werden müssen, ohne dass dies für die Frage der Lebensunterhaltssicherung schädlich wäre. Muss die Familie jedoch wegen verweigerter Zahlung von Kindergeld bzw. Erziehungsgeld SGB II-/XII- Leistungen bzw. AsylbLG-Leistungen beziehen, wäre der Lebensunterhalt nicht mehr gesichert, was – soweit keine Sonderregelungen in den §§ 16-38 AufenthG greifen – gemäß § 5 AufenthG die Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels (vgl. § 8 AufenthG) generell hindert.

### **3.3. Antrags-, Widerspruchs- und Klageverfahren beim Kindergeld nach dem BKGG, dem Bundeserziehungsgeld, dem Elterngeld und dem Unterhaltsvorschuss**

Bei diesen Leistungen handelt es sich um Sozialleistungen, auf die das SGB I und SGB X und das Sozialgerichtsgesetz Anwendung finden. Im Gegensatz zum Kindergeld nach dem EStG ist auch hier gegen die Ablehnungsbescheide innerhalb der Rechtsbehelfsfrist Widerspruch einzulegen. Gegen den Widerspruchsbescheid ist ggf. innerhalb der Frist Klage bei dem örtlich zuständigen Sozialgericht zu erheben.

### **3.4. Parallel: Antrag auf den richtigen Aufenthaltstitel und ggf. ausländerrechtliches Verfahren?**

Wie unter 1.1.2. (unter „Hinweis“) dargestellt, kann es vorkommen, dass die Ausländerbehörde einem/r Ausländer/in eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 23 Abs. 1, § 23 a, § 24, § 25 Abs. 3-5 AufenthG erteilt hat, der eigentlich als Familienangehöriger eine Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen gemäß § 27ff AufenthG hätte er-

---

1993, 682, m. w. N. und vom 12.04.1994 VII B 93/94 BFH/NV 1995, 62). Hinreichende Erfolgsaussichten können zu bejahen sein, wenn es bei der Hauptsache um schwierige Fragen geht, über die im Prozesskostenhilfverfahren eine abschließende Beurteilung nicht möglich ist, und wenn die Einwände des Klägers nicht von vornherein aussichtslos erscheinen. Eine abschließende Prüfung der Erfolgsaussichten ist im Verfahren der Prozesskostenhilfe unzulässig (Gräber, Komm. zur FGO, § 142, Anm. 7 m. w. N.; bei § 62 EStG a.F. wg. der Frage bejaht u.a. durch FG Thüringen, Beschl. v. 25.8.2006 - III 447/06 (PKH)).

halten müssen. Dann kann sich das negativ auf den Anspruch auf Kindergeld/Erziehungsgeld/Elterngeld/Unterhaltsvorschuss auswirken<sup>20</sup>. In diesen Fällen kann es ratsam sein zweigleisig zu fahren:

- a) Antrag bei der Ausländerbehörde auf den richtigen Aufenthaltstitel, bei Ablehnung fristgerecht Widerspruch, gegen den Widerspruchsbescheid ggf. fristgerecht Verpflichtungsklage auf rückwirkende Erteilung des Aufenthaltstitels ab dem Zeitpunkt der Beantragung.
- b) Antrag auf die jeweilige Familienleistung, auf die eigentlich ein Anspruch bestehen würde unter Hinweis darauf, dass wenn der richtige Aufenthaltstitel erteilt worden wäre, diese Familienleistung erteilt werden müsste und parallel auf die verfassungsrechtliche Problematik. Gegen die Ablehnung ggf. fristgerecht Einspruch/Widerspruch und gegen den Einspruchs-/ Widerspruchsbescheid ggf. fristgerecht Klageerhebung.

In der Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit wurde immer wieder vertreten, dass die Sozialbehörden an den erteilten Titel gebunden sind und nicht selbstständig prüfen dürfen, ob dieser durch die Ausländerbehörde hätte erteilt werden müssen. Dies ist Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Deshalb ist es in solchen Fällen dringend angeraten, ein Verfahren gegen die Ausländerbehörde auf Erteilung des richtigen Aufenthaltstitels zu betreiben und gleichzeitig ein Verfahren wegen der Nicht-Gewährung des Kindergeldes bzw. Erziehungs-/Elterngeldes, damit dieser Bescheid nicht in Bestandskraft erwächst.

**Bitte beachten Sie – Wichtig:**

*Dieses Informationsblatt ist auf der Grundlage von Diskussionen unter Rechtsanwälten/innen und Sozialarbeiter/innen erstellt worden. Viele Fragen der Neuregelung lassen sich noch nicht klar beantworten. In dem Informationsblatt ist unser derzeitiger Erkenntnisstand wiedergegeben. Eine Haftung für Druck- und inhaltliche Fehler ist ausgeschlossen. **Dieses Informationsblatt kann eine individuelle, persönliche Beratung nicht ersetzen.** Bitte beachten Sie unbedingt die Aktualisierungen dieses Informationsblattes unter <http://www.ekiba.de/referat-5> unter „Migration und Islamfragen“, „Weitere Informationen“. Dort finden Sie auch eine Übersicht der Beratungsstellen in Baden in Ihrer Nähe.*

*Jürgen Blechinger*

*Jurist im Fachbereich Migration des EOK*

*Referent für Migration und Flüchtlinge im Diakonischen Werk Baden*

<sup>20</sup> wenn man die Verfassungsgemäßheit der Anspruchsberechtigungsregelung bejaht