Migration und Familienleistungen

Constanze Janda

Das Bekenntnis zur Familie fehlt in keinem parteipolitischen Programm. Bei genauerer Betrachtung der bestehenden Rechtslage wie der rechtspolitischen Vorschläge zu ihrer Änderung lassen sich aber erhebliche Unterschiede feststellen, welche familiären Lebensformen als schützenswert angesehen werden und in welchem Umfang zugewanderten Familien Schutz zuteil werden soll. Die aktuelle Debatte um die Aussetzung des Familiennachzugs für Bürgerkriegsflüchtlinge[1] belegt dies eindrücklich. Über die Frage nach dem Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen hinaus stellt sich die Frage, ob „fremden"[2] Familien auch Leistungen der Familienförderung zu gewähren sind.

Der folgende Beitrag geht dem am Beispiel des Kindergeldes nach. Er erörtert zunächst die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Familienleistungsausgleichs (I.), zeigt sodann die Grundprinzipien der Koordinierung von Familienleistungen nach der VO (EG) 883/2004 auf (II.), geht im Anschluss daran auf die Leistungsberechtigung von drittstaatsangehörigen Familien im nationalen Kindergeldrecht ein (III.) und unterzieht diese einer verfassungsrechtlichen Bewertung. Das Fazit (IV.) widmet sich der übergeordneten Frage, welche Stellung zugewanderte Familien in der Inlandsgesellschaft einnehmen und welche allgemeinen Folgerungen daraus zu ziehen sind.

I. Familienleistungen und der „besondere Schutz" aus Art. 6 I GG

Familien stehen gemäß Art. 6 I GG unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Damit ist freilich nichts darüber gesagt, wie dieser Schutz konkret auszugestalten ist, noch welche Familien sich auf diesen berufen können.

---

1 „Familiennachzug bleibt vorerst ausgesetzt", Die Zeit Online v. 1.2.2018, http://www.zeit.de/news/2018-02/01/familiennachzug-bleibt-vorerst-ausgesetzt-180131-99-882214.

2 Zum Begriff der Fremdheit als Rechtskategorie des Völkerrechts *Mimentza Martin*, Die sozialrechtliche Stellung von Ausländern mit fehlendem Aufenthaltsrecht, S. 53 f.

1. Begriff der Familie

Unter dem Begriff der „Familie" wurde herkömmlich die „durch Abstammung [begründete] Lebensgemeinschaft von Eltern und Kindern"[3] verstanden. Der in der Verfassung offen gefasste Begriff bedarf jedoch der kontinuierlichen Anpassung an die gesellschaftlichen Vorstellungen von familiären Lebensformen. Er wird inzwischen weiter verstanden und schließt jedwede Gemeinschaft von – verheirateten wie unverheirateten, zusammen- oder getrenntlebenden – Eltern und Kindern ein, ohne dass es auf die biologische Abstammung der Kinder ankommt.[4] Auf den Schutz des Art. 6 I GG können sich Deutsche, Ausländer und Staatenlose gleichermaßen berufen: Es handelt sich um ein Menschenrecht.[5]

2. Grundlagen und Ziele des Familienleistungsausgleichs

Die Bedeutung des Familiengrundrechts geht über die klassische Abwehrdimension der Grundrechte hinaus. Es vermittelt sich nicht lediglich ein Recht auf Abwehr gegen Eingriffe in die innere Struktur der Familie, sondern weist zusätzlich eine Gewährleistungsdimension auf,[6] die den Staat zum Ausgleich der wirtschaftlichen wie auch persönlichen Lasten bei der Pflege, Betreuung und Erziehung von Kindern sowie zur Förderung von Familien verpflichtet.[7] Diese staatliche Förderpflicht wird mit der Gemeinwohlrelevanz der familiären Aufgaben begründet: Geburt, Pflege und Erziehung von Kindern liegen im allgemeinen Interesse, da sie die Reproduktion der Bevölkerung sichern und auf diese Weise zur Funktionsfähigkeit von Staat und Gesellschaft beitragen.[8] Vereinzelt werden Familienleistungen auch aus bevölkerungspolitischen Motiven gewährt, um einen Anreiz zur Erhöhung der Geburtenrate zu bieten.[9]

---

3 *Badura* in Maunz/Dürig, GG, Art. 6, Rn. 60.

4 *Will*, Familienförderung im Sozialrecht, S. 10 f.

5 BVerfGE 76, 1, 48; 111, 160, 169; *Brosius-Gersdorf* in Dreier, GG, Art. 6, Rn. 146; *Felix*, ZAR 1994, 124, 130; *Schnath* in Barwig/Sieveking/Brinkmann/Lörcher/Röseler, Sozialer Schutz von Ausländern in Deutschland, S. 379.

6 *Brosius-Gersdorf* in Dreier, GG, Art. 6, Rn. 126.

7 BVerfGE 22, 163, 169; 23, 258, 263; 82, 60, 78.

8 *Brosius-Gersdorf* in Dreier, GG, Art. 6, Rn. 129; *Eichenhofer*, Sozialrecht, Rn. 498 f.; *Mimentza Martin*, Die sozialrechtliche Stellung von Ausländern mit fehlendem Aufenthaltsrecht, S. 184; *Will*, Familienförderung im Sozialrecht, S. 62 ff.; ausführlich aus politikwissenschaftlicher Sicht *Grasnick*, Paradigmenwandel in der Migrations- und Familienpolitik, S. 94 ff.

9 Dazu *Eichenhofer*, Sozialrecht, Rn. 498 f.

a) *Familienlastenausgleich vs. Familienleistungsausgleich*

Ursprünglich unter dem Begriff des Familienlastenausgleichs zusammengefasst – und damit verengt auf Leistungen, mit denen die Unterhaltslast von Eltern vermindert (nicht aber völlig ausgeglichen[10]) werden sollen – werden die Geld-, Sach- und Dienstleistungen zur Förderung von Familien nunmehr als Familienleistungsausgleich bezeichnet. Damit wird deutlich, dass die von Eltern für die Gesellschaft erbrachten Leistungen im Zusammenhang mit der Geburt, Pflege und Erziehung von Kindern honoriert werden sollen.[11]

Eine genauere Betrachtung der Gesetzessystematik legt jedoch den Schluss nahe, dass das Kindergeld weiterhin schwerpunktmäßig dem Familienlastenausgleich dient. Gemäß § 1612b I 2 BGB mindert das Kindergeld den unterhaltsrechtlichen Barbedarf des Kindes. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist das Kindergeld als „zweckgebundene, *existenzsichernde* [Hervorhebung d. Verf.] Leistung für dieses [das Kind] zu verwenden."[12] Es ist dem Kind also in Geld oder Naturalleistungen durch die Eltern zur Verfügung zu stellen.[13] Das Kindergeld bewirkt damit die Steigerung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit von Eltern bzw. anderer Personen – wie Großeltern (vgl. §§ 32 I, 63 I EStG), die dem Kind tatsächlich Unterhalt gewähren.[14] Für die Bedarfsgemeinschaften im Grundsicherungsrecht ist das Kindergeld als Einkommen des Kindes gemäß § 11 II 5 SGB II in vollem Umfang auf die Regelleistung anzurechnen. Es wird also nicht zusätzlich zu den zur Deckung der existenziellen Bedarfe erforderlichen Geldleistungen gewährt. Auch diese Regelung macht deutlich, dass dem Kindergeld die Funktion zukommt, monetäre Lasten für die Erziehung und Pflege von Kindern zu mindern. Überdies ist die steuerrechtliche Leistung nach § 62 EStG in das Gesetz aufgenommen worden, weil das BVerfG aus Art. 6 I, 3 I GG die Steuerfreiheit des Existenzminimums[15] jedes Familienmitglieds abgeleitet hatte.[16] Folglich darf nur der Anteil des tatsächlichen Einkommens besteuert werden, der über das Existenzminimum[17] der ganzen Familie – nicht lediglich der steuerpflichtigen Eltern – hinausgeht. Damit wird sichergestellt,

10 *Seewald/Felix*, VSSR 1991, 157, 169.

11 *Will*, Familienförderung im Sozialrecht, S. 13 f.; *Brosius-Gersdorf* in Dreier, GG, Art. 6, Rn. 130; *Sopp*, Drittstaatsangehörige und Sozialrecht, S. 78.

12 BT-Drs. 16/1830, S. 30.

13 So bereits BGHZ 164, 375.

14 *Eichenhofer*, Sozialrecht, Rn. 504; *Selder* in Blümich, EStG, § 31, Rn. 21.

15 Diese ist aufgrund Art. 1 I i.V.m. 20 I GG geboten, denn das zur Deckung elementarer Bedarfe erforderliche Einkommen darf nicht durch staatliche Eingriffe wie die Besteuerung vermindert werden, *Seewald/Felix*, VSSR 1991, 157, 161.

16 BVerfGE 82, 60; 82, 198.

17 Dazu zählt auch der Betreuungsbedarf der Kinder, und zwar unabhängig vom Familienstand der Eltern, BVerfGE 99, 216.

dass die Besteuerung von Familien und Kinderlosen gleichermaßen am tatsächlich verfügbaren Einkommen – also abzüglich der Unterhaltslasten nach § 1602 BGB – ausgerichtet ist.[18] Der Gesetzgeber könne dies einerseits durch die Kinderfreibeträge nach § 32 VI EStG,[19] andererseits auch durch die Gewährung eines monatlich auszuzahlenden Kindergeldes sicherstellen. Gewähre der Gesetzgeber Sozialleistungen, um die geminderte steuerliche Leistungsfähigkeit auszugleichen, seien diese so zu bemessen, dass eine vergleichbare Entlastung eintritt.[20] Ein Fördereffekt kommt dem Kindergeld infolge dessen nur zu, soweit es zur steuerlichen Freistellung des Existenzminimums nicht erforderlich ist.[21]

Nach alldem wird das Kindergeld vor allem deshalb gewährt, um Familien ausreichend Geld für die Bestreitung des Lebensunterhalts ihrer Kinder zur Verfügung zu stellen. Zumindest für hilfebedürftige Familien i.S.v. § 9 SGB II läuft die Anerkennungsfunktion des Kindergeldes ins Leere, da sie über das sozialrechtlich geschuldete Existenzminimum hinaus keinen wirtschaftlichen Vorteil daraus ziehen können. Mit der Anrechnung des Kindergeldes auf existenzsichernde Leistungen wird übrigens der Leistungsausschluss nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer von Familienleistungen gerechtfertigt: sie benötigten die Leistung nicht, da sie sich wirtschaftlich für sie ohnehin nicht auswirke.[22] Die Argumentation erscheint wenig konsistent, wenn für inländische Familien weiter auf die Anerkennung ihrer Leistungen für die Gesellschaft verwiesen wird, selbst wenn diese wirtschaftlich in einer vergleichbaren Situation sind.

b) Recht auf Familienleistungsausgleich

Aus dem Fördergebot des Art. 6 I GG folgt keine konkrete Vorgabe zur Ausgestaltung der Familienleistungen. Weder sind bestimmte Leistungen zwingend vorzusehen, noch sind sämtliche mit der Pflege und Erziehung von Kindern zusammenhängenden Belastungen vollständig auszugleichen. Der Gesetzgeber verfügt über einen weiten Gestaltungsspielraum, namentlich wenn die Leistungen der Familienförderungen über die bloße Existenzsicherung hinausgehen.[23]

---

18 *Eichenhofer*, Sozialrecht, Rn. 503, *Waltermann*, Sozialrecht, Rn. 602.

19 Nach *Selder* in Blümich, EStG, § 31, Rn. 22 kommt den Kinderfreibeträgen ausschließlich die Funktion der Entlastung von Familien zu.

20 BVerfGE 82, 60, 2. Leitsatz.

21 *Selder* in Blümich, EStG, § 31, Rn. 40 sowie das Berechnungsbeispiel Rn. 42.

22 BSG, SozR 3-5870 § 1 Nr. 6, Rn. 23; BFHE 229, 262, 265.

23 BVerfGE 43, 108; 75, 348; 82, 60; 112, 164; *Brosius-Gersdorf* in Dreier, GG, Art. 6, Rn. 130; *Selder* in Blümich, EStG, § 31, Rn. 24; *Seewald/Felix*, VSSR 1991, 157, 169; *Will*, Familienförderung im Sozialrecht, S. 49.

Das Recht auf Familienleistungsausgleich ist in § 6 SGB I einfachgesetzlich normiert. Danach hat jeder, der Kindern Unterhalt leistet oder zu leisten hat, ein Recht auf „Minderung der dadurch entstehenden wirtschaftlichen Belastungen". Diese Norm bezieht Deutsche gleichermaßen wie Ausländer in ihren Anwendungsbereich ein und setzt – im Zusammenspiel mit § 30 I SGB I – lediglich den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet als Zugangsvoraussetzung voraus. Familienleistungen sind somit denen vorbehalten, die sich unter Umständen in der Bundesrepublik aufhalten, die darauf schließen lassen, dass der Aufenthalt nicht lediglich vorübergehender Natur ist, vgl. § 30 III SGB I.[24]

Das Kindergeld wird seit dem 1.1.1996[25] als steuerrechtliche Leistung nach § 62 EStG erbracht. Lediglich für Waisen sowie für Eltern, die in Deutschland nur beschränkt steuerpflichtig sind, richtet sich die Leistungsberechtigung nach § 1 BKGG. Die Erbringung des Kindergeldes als „echte" sozialrechtliche Geldleistung ist seither der Ausnahmefall, die steuerrechtliche Familienförderung über Kinderfreibeträge steht dieser nicht komplementär gegenüber, sondern beide Systeme schließen sich gegenseitig aus.[26]

Die in § 6 SGB I vorgesehene Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt wird spezialgesetzlich konkretisiert, wobei eine Differenzierung zwischen freizügigkeitsberechtigten und nichtfreizügigkeitsberechtigten Ausländern erfolgt, vgl. § 62 I, II EStG, § 1 II, III BKGG. Der Gesetzgeber enummeriert verschiedene Aufenthaltsstatus, an die die Leistungsberechtigung anknüpft. Diesen ist gemeinsam, dass sie das Recht auf Arbeitsmarktzugang voraussetzen. Die Teilhabe am Erwerbsleben wird also als Indiz für einen voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt in der Bundesrepublik angesehen.[27] Die Erwerbstätigkeit allein ist jedoch keine hinreichende Bedingung für die Leistungsberechtigung.

II. Zugang von Unionsbürgern zu den Familienleistungen

Ob Unionsbürger freizügigkeitsberechtigt sind, ist unter Heranziehung der Regelungen des FreizügG/EU zu klären.[28] Dieses basiert auf der Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG und knüpft das Freizügigkeitsrecht für Aufenthalte über drei Monate

---

24 BT-Drs. 16/1889, S. 19.

25 Jahressteuergesetz (JStG) 1996 vom 11.10.1995, BGBl. I 1250.

26 *Eichenhofer*, Sozialrecht, Rn. 501.

27 Womöglich lässt sich die Anknüpfung an die Erwerbstätigkeit aber auch damit erklären, dass das Kindergeld unmittelbar nach seiner Einführung in den 1950er Jahren noch durch die Beiträge der Arbeitnehmer finanziert worden ist, vgl. *Eichenhofer*, Sozialrecht, Rn. 500.

28 *Avvento* in: Kirchhof, Einkommensteuergesetz, § 62, Rn. 3.

an die Ausübung einer Erwerbstätigkeit[29] oder das Vorhandensein hinreichender Mittel zur eigenständigen Sicherung des Lebensunterhalts. Sollte sich danach ein Leistungsausschluss für nicht erwerbstätige Unionsbürger ergeben,[30] wird dieser jedoch durch die Vorgaben des europäischen koordinierenden Sozialrechts überlagert. Dieses ist immer anwendbar, wenn nur eines der Familienmitglieder die Unionsbürgerschaft innehat, Art. 2 I VO (EG) 883/2004. Darüber hinaus gilt die Koordinierungsverordnung für Drittstaatsangehörige, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, Art. 1 VO (EU) 1231/2010.[31]

1. Begriff der Familienleistungen

Als Familienleistungen gelten nach Art. 1 lit. z) VO (EG) 883/2004 alle „Sach- und Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen". Der Begriff ist weit und am Leistungszweck orientiert auszulegen.[32] Das Kindergeld ist dieser Definition zuzuordnen, egal ob es als steuerrechtliche Leistung nach dem EStG oder als sozialrechtliche Leistung nach dem BKGG erbracht wird.

2. Bestimmung des zuständigen Staates

Ein wichtiges Ziel der Sozialrechtskoordinierung ist sicherzustellen, dass für jede Person stets ein, aber auch nur ein Mitgliedstaat zuständig ist. Auf diese Weise werden Sicherungslücken ebenso vermieden wie Doppelsicherungen. Art. 11 III lit. a) VO (EG) 883/2004 etabliert die lex loci laboris; für Arbeitnehmer und Selbstständige ist folglich der Staat zuständig, in dem sie ihrer Beschäftigung nachgehen. Für Nichterwerbstätige gilt dagegen die lex loci domicilii; sie sind an ihrem Wohnort[33] abgesichert, Art. 11 III lit. e) VO (EG) 883/2004.

---

29 Für Wanderarbeitnehmer ist der gleichberechtigte Zugang zu sozialen und steuerrechtlichen Vergünstigungen zudem in Art. 7 VO (EU) 942/2011 gewährleistet, dazu auch *Manger*, Sozialrecht aktuell, Sonderheft 2015, 68, 68 f.

30 Dem Wortlaut nach sind die Sonderregelungen zur Anspruchsberechtigung von Ausländern in § 62 II EStG, § 1 III EStG auch auf Unionsbürger anwendbar, *Hillmoth* in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 62 EStG, Rn. 15.

31 *Pennings*, European Social Security Law, p. 36 et seq.

32 *Vießmann/Merkel*, NZS 2012, 572, 572; *Manger*, Sozialrecht aktuell, Sonderheft 2015, 68, 69; *Kahil-Wolff*, ZESAR 2017, 381, 381; *Devetzi* in *Eichenhofer*, 50 Jahre nach ihrem Beginn – Neue Regeln für die Koordinierung sozialer Sicherheit, S. 292 f.; *Kahil-Wolff* in *Fuchs*, Europäisches Sozialrecht, Art. 1, Rn. 41.

33 Der Begriff des Wohnorts bezeichnet den Lebensmittelpunkt, i.e. den „gewöhnlichen Mittelpunkt der Interessen des Betroffenen", EuGH, C-90/97 (*Swaddling*), ZFSH/SGB 1999, 293.

3. Antikumulierungsvorschriften

Leben Familien in internationalen Biografien, ist es angesichts der höchst unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen im nationalen Sozialrecht nicht ausgeschlossen, dass für ein und dasselbe Kind in mehreren Staaten Anspruch auf Familienleistungen besteht. Dies ist der Fall, wenn Elternteile und Kind in unterschiedlichen Staaten leben, von denen einer an die Ausübung einer Erwerbstätigkeit, einer an den Wohnsitz anknüpft oder wenn beide Eltern in unterschiedlichen Staaten erwerbstätig sind.

Um ungerechtfertigte Vorteile zu vermeiden, soll ausgeschlossen werden, dass solche mobilen Familien Leistungen kumulativ beziehen können. Art. 68 I VO (EG) 883/2004 ordnet zu diesem Zweck verschiedene Prioritätsregeln an. Nach lit. a) stehen bei Leistungsansprüchen aus verschiedenen Rechtsgründen die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche an erster, die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche an zweiter und die an den Wohnort anknüpfenden Ansprüche an letzter Stelle. Bei Leistungsansprüchen aus demselben Rechtsgrund ist nach lit. b) der Wohnort der Kinder maßgeblich. Beruht der Anspruch auf der Beschäftigung oder dem Rentenbezug eines Elternteils soll jedoch subsidiär die nach allen in Betracht kommenden Rechtsordnungen höchste Leistung gewährt werden.

Eine durch koordinierendes Sozialrecht zu vermeidende Kongruenz liegt jedoch nur vor, wenn in verschiedenen Staaten Anspruch auf gleichartige Leistungen besteht. Dies setzt voraus, dass sowohl der Inhaber des Anspruchs als auch der Leistungsgrund und die Leistungsperiode übereinstimmen.[34] Die Anwendung der Antikumulierungsvorschriften führt daher nicht zur vollständigen Verdrängung der Ansprüche aus dem nachrangig zuständigen Staat.[35] Sind nach dem Recht des nachrangigen Staates höhere Leistungen zu erbringen, ist dieser gemäß Art. 68 II VO (EG) 883/2004 zur Leistung des Differenzbetrags verpflichtet.

Der EuGH hat überdies in ständiger Rechtsprechung klargestellt, dass trotz der Zuständigkeit des Beschäftigungsstaats auch im Wohnstaat Leistungen gewährt werden können, wenn die Anspruchsvoraussetzungen nach dessen nationalem Recht er-

---

34 *Devetzi* in *Eichenhofer*, 50 Jahre nach ihrem Beginn – Neue Regeln für die Koordinierung sozialer Sicherheit, S. 295; *Manger*, Sozialrecht aktuell, Sonderheft 2015, 68, 71; *Kahil-Wolff*, ZESAR 2017, 381, 382.

35 Dies ist dem Umstand geschuldet, dass es sich bei den Antikumulierungsregeln gerade nicht um Kollisionsnormen handelt, welche die Zuständigkeit eines Mitgliedstaats regeln, *Vießmann/Merkel*, NZS 2012, 572, 575; *Janda*, Migranten im Sozialstaat, S. 337; *Marhold* in *Fuchs*, Europäisches Sozialrecht, Art. 68, Rn. 1 ff.

füllt sind.[36] Der EuGH hat damit eine weitere, gleichsam ungeschriebene Antikumulierungsregel geschaffen:[37] auch der unzuständige Staat soll – aufgrund der Bindung an das nationale Recht – Familienleistungen erbringen, sofern sie höher sind als die nach dem Recht des zuständigen Staates zu gewährenden Leistungen.

4. Grundsatz der Inländergleichbehandlung

Als allgemeiner Grundsatz ist das Prinzip der Inländergleichbehandlung in Art. 4 VO (EG) 883/2004 enthalten. Danach dürfen für Angehörige anderer Mitgliedstaaten im nationalen Recht des zuständigen Staates keine strengeren Anspruchsvoraussetzungen etabliert werden als für eigene Staatsangehörige.[38]

a) Rechtmäßigkeit des Aufenthalts als zulässiges Anknüpfungskriterium?

Im Vereinigten Königreich ist die Gewährung von Kindergeld an den gewöhnlichen und rechtmäßigen Inlandsaufenthalt geknüpft, was unter anderem voraussetzt, dass der Antragsteller über hinreichende Mittel zur eigenständigen Sicherung des Lebensunterhalts verfügt. Dies hatte die Kommission in einem Vertragsverletzungsverfahren als Verstoß gegen den Grundsatz der Inländergleichbehandlung gewertet, da die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts bei eigenen Staatsangehörigen per se als erfüllt gilt.[39] Der EuGH war jedoch der Auffassung, dass das koordinierende Sozialrecht die Mitgliedstaaten nicht daran hindere, den Bezug von Familienleistungen an die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts i.S.d. RL 2004/38/EG zu knüpfen.[40] Das Fehlen des Aufenthaltsrechts unterscheide sich nicht davon, dass der Antragsteller andere Leistungsvoraussetzungen für die Gewährung des Kindergeldes nicht erfülle. Seine Schutzlücke resultiere nicht aus der fehlenden Anwendbarkeit nationalen Rechts, sondern auf Nichterfüllung der im anwendbaren Sachrecht etablierten Voraussetzungen. Zudem sei die mittelbar diskriminierende Anknüpfung an den

---

36 EuGH, C-302/02 (*Laurin Effing*), Slg. 2005, I-553; C-352/06 (*Bosmann*), Slg. 2008, I-3827; C-611/10 (*Hudzinsky und Wawrzyniak*), ZESAR 2012, 475; C-382/13 (*Franzen, Giesen, van den Berg*), ZESAR 2016, 124.

37 *Devetzi* in *Eichenhofer*, 50 Jahre nach ihrem Beginn – Neue Regeln für die Koordinierung sozialer Sicherheit, S. 299 f.; *Devetzi*, NZS 2017, 881, 884; vgl. auch *Jorens*, ZIAS 2016, 67, 69, demzufolge durch diese Rechtsprechung ein „neues paralleles Koordinierungssystem geschaffen worden ist".

38 *Pennings*, European Social Security Law, p. 129; *Fuchs/Kahil-Wolff* in *Fuchs*, Europäisches Sozialrecht, Art. 4, Rn. 2.

39 EuGH, C-308/14 (*Kommission/Vereinigtes Königreich*), ZESAR 2017, 37.

40 So bereits zur Ausgleichszulage nach österreichischem Recht EuGH, C-140/12 (*Brey*), ZESAR 2014, 36; zur Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II EuGH, C-333/13 (*Dano*), NVwZ 2014, 1648.

rechtmäßigen Aufenthalt durch das allgemeine Interesse an der Aufrechterhaltung des Niveaus dieser steuerfinanzierten Sozialleistung gerechtfertigt.

Die Entscheidung ist harsch kritisiert worden, u.a. wurde sie als Versuch gedeutet, eine auf Furcht vor „Sozialtourismus" gegründete Stimmung für den Brexit abzuwehren.[41] Die Unionsbürgerrichtlinie, die der EuGH zur Begründung seiner Auffassung heranzog, ordnet die sozialrechtliche Gleichbehandlung aller Unionsbürger an und erlaubt es den Mitgliedstaaten lediglich, bei der Gewährung von Sozialhilfe und Studienbeihilfen Personen ohne Aufenthaltsrecht auszuschließen, Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG. Knüpft der zuständige Staat die Leistungsberechtigung an die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts, geht er damit über die in seiner Zuständigkeit liegende Ausgestaltung der Leistungsanforderungen und -höhe hinaus, denn die Frage der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts stellt sich bei eigenen Staatsangehörigen schlichtweg nicht. Tatsächlich bestimmt die Regelung über den internationalen Anwendungsbereich des britischen Kindergeldes. Sie führt zu Schutzlücken, da der Herkunftsstaat nicht zur Leistung berufen ist, wenn sich die Leistungsberechtigten nicht dort aufhalten.[42] Auch das fiskalische Argument verfängt nicht, fordert der EuGH insofern doch nachvollziehbare Belege für die Gefährdung der finanziellen Stabilität des sozialen Sicherungssystems.[43] Davon abgesehen besteht die Sozialrechtskoordinierung frei von finanziellen Erwägungen allein um der Sicherstellung der Freizügigkeit Willen. Auch aus diesem Grund ist die Heranziehung der in Brey, Dano und Alimanovic entwickelten Grundsätze systemwidrig.[44]

b) Geplante Neufassung der Koordinierungsverordnung

Die Rechtsprechung wird trotz aller Kritik im Kommissionsentwurf zur Reform der Koordinierungsverordnung[45] aufgenommen. Art. 4 VO (EG) 883/2004 soll danach einen zweiten Absatz erhalten, der es erlaubt, den Zugang nicht erwerbstätiger Einwohner zu den Leistungen sozialer Sicherheit von der Rechtmäßigkeit des Auf-

41 *Wallrabenstein*, ZESAR 2016, 349, 349.

42 Kritisch daher *Eichenhofer*, ZESAR 2017, 46, 47; zustimmend dagegen *Behrend*, jurisPR-SozR 17/2016, Anm. 1.

43 Dazu *Thüsing/Hütter*, NZS 2016, 411, 413 im Zusammenhang mit der Frage nach der Zulässigkeit der Indexierung von Familienleistungen.

44 *Bokeloh*, FamRZ 2016, 1569, 1571; *Eichenhofer*, ZESAR 2017, 46, 48; *Meissnitzer*, SozSich Öst 2016, 396,396.

45 COM(2016) 815: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 vom 13.12.2016.

enthalts abhängig zu machen. Die weite Formulierung dürfte – über Art. 24 II RL 2004/38/EG hinaus – auch Familienleistungen erfassen.[46]

Die geplante Neuregelung klammert das seit langem diskutierte Problem aus, ob bereits das bloße Nichtvorliegen der Voraussetzungen nach der Unionsbürgerrichtlinie zum Wegfall des Aufenthaltsrecht führt oder ob hierfür eine Verlustfeststellung durch die Ausländerbehörden notwendig ist.[47] In seiner Entscheidung in der Rechtssache Martínez-Sala,[48] in der es um die Gewährung des bayerischen Landeserziehungsgeldes an eine spanische Staatsangehörige mit langjährigem Inlandsaufenthalt ging, hatte der EuGH noch entschieden, dass eine Vermutung für das Bestehen des Aufenthaltsrechts eines Unionsbürgers besteht, bis dessen Wegfall formell durch eine behördliche Entscheidung festgestellt worden ist. Von dieser Entscheidung hat sich der EuGH bislang nicht explizit distanziert.

5. Zulässigkeit der Indexierung des Kindergeldes?

Art. 67 VO (EG) 883/2004 vermittelt einen Anspruch auf Leistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates, und zwar so als würden die Kinder in diesem Staat leben. Dies gilt sowohl für das „Ob" als auch für das „Wie" der Anspruchsberechtigung.[49] Anders als im nationalen Recht wirkt es sich also nicht negativ auf den Kindergeldanspruch aus, wenn Eltern und Kind in unterschiedlichen Mitgliedstaaten leben.

In jüngerer Zeit wurden Forderungen laut, das Kindergeld zu indexieren,[50] d.h. in den Fällen, in denen die Kinder in einem anderen als dem zuständigen Staat wohnen, der Höhe nach auf die im Wohnstaat geltenden Sätze der Familienleistungen oder gar die dort üblichen Lebenshaltungskosten zu beschränken.

Dieses Ansinnen läuft dem eindeutigen Wortlaut des Art. 67 VO (EG) 883/2004 zuwider, denn es ist danach ausgeschlossen, im Leistungsrecht nach dem Wohnort der Kinder zu differenzieren.[51] Versuchen, das koordinierende Sozialrecht entsprechend zu ändern, hat die Kommission bereits eine Absage erteilt.[52] Hinzu kommt der erhebliche Verwaltungsaufwand, der mit der Indexierung verbunden wäre: die

46 Kritisch *Kahil-Wolff*, ZESAR 2017, 381, 383 f.

47 Dazu *Bokeloh*, FamRZ 2016, 1569, 1570.

48 EuGH, C-85/96 (*Martínez Sala*), Slg 1998, I-2691.

49 *Devetzi*, NZS 2017, 881, 882; *Kahil-Wolff*, ZESAR 2017, 381, 381.

50 „Deutschland will Kindergeld für EU-Ausländer kürzen", Die Zeit vom 4.3.2017, http://www.zeit.de/politik/deutschland/2017-03/eu-kindergeld-bundesregierung-kuerzung.

51 *Pennings*, European Social Security Law, p. 255.

52 *Kahil-Wolff*, ZESAR 2017, 381, 382.

Leistungsträger hätten entweder zu ermitteln, wie hoch die Kindergeldsätze oder aber die durchschnittlichen und als angemessenen zu erachtenden Lebenshaltungskosten im Wohnstaat des Kindes sind. Eine Aufspaltung der Leistungshöhe hätte überdies bei getrennten Elternpaaren erhebliche Schwierigkeiten zur Folge, etwa wenn die Familien das sogenannte Wechselmodell praktizieren, bei dem das Kind abwechselnd von beiden Eltern in gleichem zeitlichen Umfang an deren Wohnort betreut wird.

Eine in Art. 73 II VO (EWG) 1408/71 enthaltene Sonderregelung, nach der Frankreich zur Indexierung der Familienleistungen berechtigt war, hatte der EuGH bereits in den 1980er-Jahren verworfen. Sie sei mit dem Gebot der Gleichbehandlung von Personen, die von ihrem Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch machen (Art. 45 II AEUV), nicht vereinbar, bewirke sie doch eine mittelbare Diskriminierung von Wanderarbeitnehmern.[53] Es wäre daher überaus fraglich, was eine Änderung des Sekundärrechts bei unveränderter Primärrechtslage[54] bewirken würde. Eine neuerliche Entscheidung à la Pinna I wäre unausweichlich, zumal für eine Ungleichbehandlung je nach dem Wohnsitz der Kinder keine Gründe des allgemeinen Interesses ersichtlich sind.[55]

III. Familienleistungen für Drittstaatsangehörige

Sofern Drittstaatsangehörige Familienangehörige von Unionsbürgern sind, sind sie diesen kraft Europarechts gleichgestellt. Im Übrigen liegt die Ausgestaltung des Leistungszugangs für Drittstaatsangehörige in der alleinigen Kompetenz der Mitgliedstaaten. Grundvoraussetzung ist stets der gewöhnliche Aufenthalt des Elternteils bzw. des Kindes, § 62 I 1 Nr. 1 EStG, § 1 II 1 Nr. 1 BKGG.[56] Für nichtfreizügigkeitsberechtigte Ausländer knüpft die Kindergeldberechtigung zusätzlich an den voraussichtlichen Daueraufenthalt der Familie im Inland an. Die Regelungen differenzieren nach der Art des Aufenthaltstitels[57] und fordern die Ausübung, zumindest aber die Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit und sehen überdies eine Wartefrist für die Inhaber verschiedener humanitärer Aufenthaltstitel vor.

---

53 EuGH, C-41/84 (*Pinna I*), Slg 1986, 1.

54 *Thüsing/Hütter*, NZS 2016, 411, 413, die offenbar eine entsprechende Änderung des Primärrechts für geboten halten.

55 Kritisch daher auch *Devetzi*, NZS 2017, 881, 886. Das BVerwG, 18.12.2017, 5 C 36.16 hält jedoch Abschläge beim Export von Unterhaltsvorschussleistungen für möglich, wenn die Lebenshaltungskosten im Wohnstaat geringer sind als die in Deutschland, da die Leistungshöhe auf diese bezogen sei. Leistungen nach dem UVG fallen allerdings nicht in den Anwendungsbereich des koordinierenden Sozialrechts.

56 Dazu bereits BVerfGE 23, 258.

1. Leistungsberechtigung nicht-freizügigkeitsberechtigter Ausländer

Nach § 62 II EStG erhalten nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer nur dann Kindergeld, wenn sie

- eine Niederlassungserlaubnis haben,
- eine Aufenthaltserlaubnis haben, die sie zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt, sofern diese nicht nach §§ 16, 17 AufenthG oder nach § 18 II AufenthG erteilt worden ist oder
- eine Aufenthaltserlaubnis nach §§ 23 I, 23a, 24, 25 III bis V AufenthG haben und darüber hinaus sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Inland aufhalten sowie rechtmäßig einer Erwerbstätigkeit nachgehen oder laufende Geldleistungen nach dem SGB III beziehen oder Elternzeit in Anspruch nehmen.

Ausgeschlossen sind nach dieser Systematik also drittstaatsangehörige Auszubildende, Studierende sowie Personen, die nur für einen bestimmten Zeitraum in Deutschland arbeiten dürfen (beispielsweise Au-Pairs nach § 12 BeschV, Saisonarbeitnehmer nach § 15a BeschV oder Haushaltshilfen nach § 15c BeschV) sowie Asylsuchende oder Inhaber einer Duldung. Gleichberechtigter Zugang zu den Familienleistungen ist dagegen anerkannten Flüchtlingen und Asylberechtigten eröffnet (§ 25 I, II AufenthG), nachgezogenen Familienangehörigen (§§ 27 ff. AufenthG), Hochqualifizierten und Inhabern der Blue-Card (§ 2 BeschV), Führungskräften (§ 3 BeschV) oder Wissenschaftlern (§ 5 BeschV).

Der Ausübung einer längerfristigen Erwerbstätigkeit wird dabei Indizwirkung für den Daueraufenthalt zugemessen. Im Übrigen ist sie irrelevant, namentlich im Hinblick darauf, dass Erwerbstätige auf ihr Einkommen Steuern entrichten und damit zur Finanzierung der von ihnen in Anspruch genommenen Leistungen beitragen, steht die Leistungsberechtigung – anders als in der Sozialversicherung – doch gerade nicht unter der Voraussetzung, eigene Anwartschaften finanziert zu haben.[58]

[57] Die Entscheidung der Ausländerbehörde entfaltet Tatbestandswirkung, *Treiber* in Blümich, EStG, § 62, Rn. 40.

[58] *Becker*, ZESAR 2017, 101, 103 f.

2. Teleologische Reduktion für Leistungsansprüche unbegleiteter minderjähriger Ausländer

Für unbegleitete minderjährige Ausländer (UMA) ergibt sich die Leistungsberechtigung aus § 1 II 1 BKGG. § 1 III BKGG beinhaltet die gleichen Leistungsausschlüsse wie § 62 II EStG, fordert also einen voraussichtlichen Daueraufenthalt, der durch bestimmte Arten von Aufenthaltstiteln und die Ausübung einer Erwerbstätigkeit indiziert wird.

Das BSG hat die Anknüpfung an die Ausübung einer Erwerbstätigkeit nach § 1 III Nr. 3 lit. b) BKGG bei unbegleiteten Minderjährigen, denen ein Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen erteilt worden ist, für unzulässig erachtet. Zum einen sei minderjährigen Kindern unter 15 Jahren die Ausübung einer Erwerbstätigkeit untersagt; zum anderen könne bei diesen anhand anderer Kriterien auf den voraussichtlichen Daueraufenthalt geschlossen werden – etwa wenn das Kind bereits in jungen Jahren in die Bundesrepublik eingereist ist und keine Verwandten im Herkunftsstaat hat. § 1 III BKGG sei daher teleologisch zu reduzieren, sodass § 1 III Nr. 3 lit. b) nicht auf die Gruppe der UMA anzuwenden ist.[59]

3. Zulässigkeit von Ungleichbehandlungen

Wegen des weiten Gestaltungsspielraums ist es dem Gesetzgeber grundsätzlich zugestanden, Familienleistungen auf bestimmte Gruppen zu beschränken. Die Zulässigkeit der Ausgestaltung im Einzelnen ist folglich nur ungenau an Art. 6 I GG zu messen; Maßstab ist vielmehr der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 I GG.

Ungleichbehandlungen sind nach der vom BVerfG entwickelten „neuen Formel" nur zulässig, wenn sie durch Sachgründe legitimiert sind. Zwischen verschiedenen Gruppen darf nur differenziert werden, wenn sie sich derart substanziell unterscheiden, dass die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist.[60] Der Spielraum des Gesetzgebers ist jedoch umso geringer, je weniger der Einzelne individuell über das Vorliegen des gewählten Unterscheidungskriteriums verfügen kann. Im Hinblick auf die Staatsangehörigkeit ist die Verfügungsmacht des Einzelnen überaus beschränkt, sodass Ungleichbehandlungen zwischen Inländern und Ausländern kritisch zu betrachten sind.[61]

---

59 BSGE 119, 33 mit zustimmender Anmerkung *Janda*, SGb 2016, 117 ff.; *Huber*, NVwZ 2016, 559 ff.

60 St. Rspr., BVerfGE 22, 287, 415; 52, 277, 280; 55, 72, 88; 88, 87, 96; 112, 368, 401; 129, 49, 68. Vgl. auch *Kirchhof* in Maunz/Dürig, GG, Art. 3, Rn. 383 ff. sowie *Osterloh/Nußberger* in Sachs, GG, Art. 3, Rn. 8 ff. m.w.N.

61 *Britz*, ZAR 2014, 56, 58.

a) Differenzierungsziel vs. Leistungszweck

Die Differenzierung nach der Aufenthaltsdauer ist von Art. 3 I GG nur dann gedeckt, wenn diese in spezifischem Zusammenhang zum Zweck der Familienleistung steht, dieser also nicht erreicht werden kann, wenn die Familie sich lediglich kurzfristig im Inland aufhält oder aber Bedarfe deckt, die bei vorübergehenden Aufenthalten nicht bestehen.[62] Die Ungleichbehandlung zwischen Personen mit voraussichtlich dauerhaftem und solchen mit lediglich vorübergehendem Inlandsaufenthalt muss daher zunächst schlüssig aus dem Ziel der Kindergeldgewährung abgeleitet sein.

Reduzierte sich der Zweck auf die Minderung der Unterhaltslasten von Familien, ist jedwede Unterscheidung unzulässig, da diese Lasten im Geltungsbereich des bürgerlich-rechtlichen Unterhaltsrechts allen Familien ungeachtet ihres aufenthaltsrechtlichen Status gleichermaßen obliegen.[63] Der Barbedarf eines Kindes besteht völlig unabhängig von dessen Bleibeperspektive. Betont man dagegen den Fördergedanken, also die Anerkennung der besonderen gesellschaftlichen Leistungen von Eltern, kommt eine Differenzierung zwischen In- und Ausländern durchaus in Betracht. Es ist legitim, Kindergeld für solche Kinder zu gewähren, die sich langfristig – und rechtmäßig – in Deutschland aufhalten und dadurch in die hiesige Solidargemeinschaft eingegliedert sind.[64] Die Auswahl der kindergeldberechtigten Gruppen muss erkennen lassen, wer einen förderungswürdigen Beitrag zur „politischen, wirtschaftlichen und sozialen Existenz der Gesellschaft“[65] geleistet hat. Dass dieser Beitrag mehr Anerkennung und Würdigung verdient, je länger sich eine Familie im Inland aufhält, dürfte außer Zweifel stehen.[66] Dies wirft jedoch die keineswegs leicht zu beantwortende Frage auf, wann die Schwelle von der Fremdheit zur Zugehörigkeit zur Gesellschaft überschritten wird.

In die gleiche Richtung, wenngleich argumentativ weitaus heikler, weist die bevölkerungspolitische Dimension. Werden Familienleistungen gewährt, um einen Anreiz zur Erhöhung der Geburtenrate zu setzen, hat sich der Gesetzgeber zu vergewissern, welche Bevölkerungsgruppen sich bevorzugt fortpflanzen sollen.[67] Diese Debatte beschränkt sich freilich nicht auf die Unterscheidung zwischen In- und

62 *Britz*, ZAR 2014, 56, 59.

63 BVerfGE 111, 160, 174.

64 BFHE 217, 443, 448; 236, 16; so auch BVerfG, NVwZ 2010, 441, 442; BVerfGE 111, 160, 173 f.

65 Vgl. BSGE 53, 294.

66 *Sopp*, Drittstaatsangehörige und Sozialrecht, S. 78.

67 Vgl. BVerfGE 132, 72, 83 zur Beschränkung des Elterngeldes auf Personen mit voraussichtlichem Daueraufenthalt, die durch das Anliegen der Förderung der „nachhaltigen Bevölkerungsentwicklung“ gerechtfertigt sei.

Ausländern – die Diskussion um die Einführung des Elterngeldes als Anreiz zur Familiengründung für Akademiker und Gutverdiener belegt dies eindrücklich.

b) *Verknüpfung von Familienförderung und Aufenthaltsstatus sowie -dauer*

Dass allein das Vorliegen eines bestimmten Aufenthaltstitels nicht schematisch auf eine bestimmte Aufenthaltsdauer schließen lässt, wurde höchstrichterlich mehrfach bestätigt.[68] Auch der Umstand, dass ein Aufenthaltstitel befristet ist, deutet nicht auf einen lediglich vorübergehenden Inlandsaufenthalt hin. Jeder befristete Titel kann aufgrund der Verlängerungsmöglichkeiten (§ 8 AufenthG) grundsätzlich in ein Daueraufenthaltsrecht (§ 9 AufenthG) münden.[69] Dies gilt insbesondere bei den aus humanitären Gründen erteilten Titeln, die bei Fortdauer des Erteilungsgrundes beliebig oft verlängerbar sind und nach Ablauf von sieben Jahren in eine Niederlassungserlaubnis münden können, vgl. § 26 IV AufenthG. Die § 62 II Nr. 3 EStG bzw. § 1 III Nr. 3 BKGG vergleichbare Regelung in § 1 VI Nr. 3 lit. b) BErzGG bzw. § 1 VII Nr. 3 lit. b) BEEG hat das BVerfG daher als verfassungswidrig gewertet.[70]

Die vom Gesetzgeber gewählten Differenzierungskriterien müssen eine verlässliche Prognose[71] über die Aufenthaltsdauer erlauben. Die Anknüpfungsregeln für die Kindergeldberechtigung sind insofern jedoch nicht konsistent. Beispielsweise setzt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 V AufenthG voraus, dass der Aufenthalt aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen in absehbarer Zeit nicht beendet werden kann.[72] Es fragt sich daher, warum die Inhaber eines solchen Titels nach § 62 II Nr. 3 EStG, § 1 III Nr. 3 BKGG zusätzlich eine dreijährige Wartefrist absolvieren und während des Leistungsbezugs eine Erwerbstätigkeit ausüben müssen. Zwar mag die Ausübung einer Beschäftigung auf einen voraussichtlichen Daueraufenthalt schließen lassen; umgekehrt ist aber die fehlende Arbeitsmarktintegra-

---

68 BVerfG, NVwZ-RR 2012, 825, 826; BVerfGE 111, 176, 185; BVerfGE 111, 160, 174; 132, 72, 83 so auch der EGMR NVwZ 2006, 917 (Rs. Okpisz).

69 BVerfGE 111, 160, 174 f.; 111, 176, 185; 132, 360, 368 f.; dazu auch *Britz*, ZAR 2014, 56, 60.

70 BVerfGE 132, 72.

71 Allgemein zu den Schwierigkeiten fundierter Prognosen durch den Gesetzgeber, die Verwaltung oder die Gerichtsbarkeit *Brunn*, NJOZ 2014, 361.

72 Aus diesem Grund hatte das BSG gefordert, dass auch Geduldeten und Asylsuchenden Elterngeld zu gewähren sei, wenn mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse nicht zeitnah zu rechnen sei, BSG, SozR 7833 § 1 Nr. 4, Rn. 18; BSGE 65, 84; 72, 8. Der Gesetzgeber nahm diese großzügige Rechtsprechung zum Anlass, das Erfordernis des voraussichtlichen Daueraufenthalts als Anknüpfungskriterium zu etablieren, BT-Drs. 11/4776, S. 2; dazu *Felix*, ZAR 1994, 124, 127; *Janda*, Migranten im Sozialstaat, S. 327.

tion kein Indiz für einen lediglich vorübergehenden Aufenthalt.[73] Zudem überzeugt es kaum, dass der Gesetzgeber dieses Indiz nur bei Inhabern bestimmter Titel als gegeben erachtet, bei anderen Erwerbstätigen jedoch nicht.

Dass die gesetzgeberischen Maßstäbe wenig reflektiert und inkonsistent sind, zeigt ein Blick in das Recht der Ausbildungsförderung. Nach § 8 IIa BAföG[74] haben Inhaber einer Duldung mit ständigem Wohnsitz in der Bundesrepublik einen Anspruch auf Ausbildungsförderung, wenn sie sich seit mindestens 15 Monaten ununterbrochen rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhalten. Gleiche Anforderungen gelten nach § 59 II SGB III für die Gewährung der Berufsausbildungsbeihilfe. Die Bemessung der Wartezeit hat der Gesetzgeber damit begründet, dass „jedenfalls nach Ablauf einer Wartefrist von 15 Monaten typischerweise davon ausgegangen werden [kann], dass der Aufenthalt im Bundesgebiet nicht mehr kurzfristiger oder vorübergehender Natur ist."[75] Freilich ist diese Rechtsänderung auch vor dem Hintergrund zu werten, dass die betreffenden Personengruppen nicht länger vor die Wahl gestellt sein sollten, eine einmal begonnene Ausbildung aus finanziellen Gründen abzubrechen, was der Integration in die inländischen Lebensverhältnisse hinderlich wäre. Jedoch ist auch die integrative Wirkung des Zusammenlebens als Familie und deren Anerkennung und Förderung nicht zu unterschätzen. Eine Öffnung der Anknüpfungskriterien im Kindergeldrecht würde auch den Beitrag der neu zugewanderten Familien zur Inlandsgesellschaft honorieren.

c) *Notwendigkeit der Vermeidung von Fehlanreizen?*

Leistungsausschlüsse für Ausländer werden auch mit dem Argument gerechtfertigt, dass Fehlanreize zu vermeiden seien. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass eine großzügige Ausgestaltung der Anspruchsvoraussetzungen Migrationsentscheidungen auslösen oder zumindest die Wahl des Zielstaats steuern würde.[76] Diese sogenannte *Welfare Magnet Thesis* ist durch die Migrationssoziologie bislang nicht überzeugend belegt. Die Möglichkeit des Leistungsbezugs bildet allenfalls eine Facette eines ganzen Bündels von Migrationsmotiven.[77]

---

73 BVerfGE 132, 72; BSGE 107, 1.

74 Eingefügt durch das 25. Gesetz zur Änderung des Bundesausbildungsförderungsgesetzes (25. BAföGÄndG) vom 23.12.2014, BGBl. I S. 2475.

75 BT-Drs. 18/2663, S. 39.

76 So die Stellungnahme der Bundesregierung in BVerfGE 111, 160, 167.

77 *Oswald*, Migrationssoziologie, S. 69 ff. Armut ist in aller Regel sogar ein Hemmnis für Migration, *Oltmer* in *Oppelland*, Das Recht auf Asyl im Spannungsfeld von Menschenrechtsschutz und Migrationsdynamik, S. 106 f.

Bei Familienleistungen werden Fehlanreize oftmals auch unter dem Aspekt der Kinderzahl diskutiert: vor allem ärmeren Familien wird unterstellt, dass sie sich durch eine große Zahl von Kindern über das Kindergeld ein hinreichendes Auskommen verschaffen würden, um ohne einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, ein bequemes Leben zu führen. Dies freilich wäre – sofern überhaupt rechtlich relevant – ein Umstand, der sich nicht auf zugewanderte Familien beschränkt, sondern inländische Familien gleichermaßen beträfe und somit einer Differenzierung nach Aufenthaltsstatus nicht zugänglich wäre – es sei denn, man mäße dem Kindergeld doch eine gewisse bevölkerungspolitische Funktion zu, welche Bevölkerungswachstum nur aus bestimmten Familienkonstellationen fördert. Die politische Absicht, Größe und Zusammensetzung der Bevölkerung zu steuern, ist in Bezug auf die Zuwanderung jedoch bereits den Instrumenten des Migrationsrechts – seien sie auf Abwehr oder auch auf Erleichterung von Zuwanderung gerichtet – immanent.[78] Es bedarf insofern daher keiner weiteren sozialrechtlichen Instrumente.

Hinzu kommt, dass auch das Bedürfnis nach Migrationssteuerung dann ein unzulässiges Differenzierungskriterium wird, wenn die Sicherung des Existenzminimums in Rede steht, ist dieses doch nach der Rechtsprechung des BVerfG „migrationspolitisch nicht zu relativieren".[79] Das Kindergeld stellt zwar keine Sozialhilfeleistung dar. Sein Beitrag zur Existenzsicherung von Familien ist indes nicht völlig vernachlässigbar, weist der Gesetzgeber doch selbst auf diese Funktion hin.[80]

IV. Schlussfolgerungen

Auch inter- und supranationale Verbürgungen vermitteln Familien ein Recht auf Unterstützung: Familienleistungen sind vom weiten Begriff der sozialen Sicherheit in Art. 22 AEMR und Art. 34 I EuGRCh umfasst.[81] Daraus folgen freilich keine konkreten Ansprüche auf bestimmte Leistungen, jedoch wird die Bedeutung familiärer Bindungen und der damit einhergehenden besonderen finanziellen Lasten auch in diesem Kontext deutlich. Sie durch staatliche Leistungen zu kompensieren ist geboten, da die Familie – wie es Art. 10 IPwskR[82] eindrücklich formuliert – als „natürliche Kernzelle der Gesellschaft" anzusehen ist. Dies wirft wiederum die Frage nach dem Referenzbegriff der „Gesellschaft" aus: Wer formt die Gesellschaft? Welche Familien gehören ihr an? Weder das Völkerrecht noch das Verfassungsrecht halten eindeutige Antworten darauf bereit. Die Staatsangehörigkeit ist

78 *Grasnick*, Paradigmenwandel in der Migrations- und Familienpolitik, S. 88.

79 BVerfGE 132, 134, 173.

80 BT-Drs. 16/1830, S. 30.

81 *Eichenhofer*, Soziale Menschenrechte im Völker-, europäischen und deutschen Recht, S. 134.

ein wichtiges,[83] aber nicht das einzige Kriterium, das Zugehörigkeit zur Gesellschaft zu vermitteln vermag.[84] Berücksichtigt man den Gedanken, dass soziale Sicherheit auch der Wahrung des sozialen Zusammenhalts und des sozialen Friedens dient,[85] spricht einiges dafür, das Wohnen oder die Beschäftigung im betreffenden Staat hinreichen zu lassen, um die aus den Menschenrechten folgenden Schutzansprüche einzulösen.[86]

Die Anknüpfungskriterien des Kindergeldrechts sind folglich neu zu ordnen. Die einfachste Möglichkeit wäre sicherlich das Erfordernis des gewöhnlichen Aufenthalts i.S.v. § 30 III 2 SGB I sowie – im Geltungsbereich des EStG – die unbegrenzte Steuerpflicht. Die „Umstände …, die erkennen lassen, dass [der Leistungsberechtigte] an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt", wären dann vom Leistungsträger zu bewerten, der sich im Einzelfall ein genaueres Bild von den individuellen Lebensumständen verschaffen kann, als die vom Gesetzgeber gebildeten Fallgruppen wiederspiegeln. Mit zunehmender Aufenthaltsdauer verfestigt sich die Bindung an den Aufenthaltsstaat und sollte damit eine Integration in die Aufnahmegesellschaft und eine Angleichung an die Rechtspositionen der eigenen Staatsangehörigen ermöglicht werden.[87] Die wahrscheinliche Dauer des Aufenthalts zählt gerade zu den Umständen, die im Rahmen des § 30 III 2 SGB I relevant sind. Wer – um dem wenig überzeugenden Argument der Vermeidung von „Sozialtourismus" auch in diesem Kontext noch einmal zu begegnen – lediglich einreist, um Familienleistungen in Anspruch zu nehmen, begründet nicht zwangsläufig einen gewöhnlichen Aufenthalt, denn dieser ist anhand objektiver Kriterien zu ermitteln.

Die Öffnung der Kindergeldberechtigung würde auch die Kosten für die Existenzsicherung zugewanderter Familien zumindest teilweise von den Kommunen auf den Bund verlagern und so den Steuerungsmöglichkeiten[88] besser entsprechen, ist es doch der Bund, der durch die aufenthaltsrechtliche Gesetzgebung den Zugang zum Inlandsaufenthalt reguliert.

---

82 Der Pakt vermittelt keine individuellen Rechte, *Mimentza Martin*, Die sozialrechtliche Stellung von Ausländern mit fehlendem Aufenthaltsrecht, S. 77.

83 Dazu *Müller-Török/Faßrainer/Schenk*, ZAR 2017, 397, 398.

84 Vgl. *Bast,* ZAR 2013, 353 ff. zur *denizenship* als rechtliche Form der Inklusion.

85 *International Labour Conference*, Social Security and the Rule of Law, p. 7: „… social security [is] recognized as a basic human right and a fundamental means for creating social cohesion and strengthening social peace and social inclusion."

86 *Eichenhofer*, Soziale Menschenrechte im Völker-, europäischen und deutschen Recht, S. 135; *Janda*, Migranten im Sozialstaat, S. 399 f.

87 *Becker*, ZESAR 2017, 101, 104.

88 Dazu *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, Tübingen 2011 (passim).

Es ist auch Aufgabe des Rechts, den Willen, füreinander einzustehen, „zu verfestigen und auszuformen“[89] und damit die Bereitschaft zur Solidarität unter verschiedenen Bevölkerungsgruppen zu fördern. Der Gesetzgeber muss anerkennen, dass die „Gesellschaft“, für die beizutragen Eltern honoriert werden sollen, keine Abstammungsgesellschaft ist. Sie ist weder homogen noch unveränderlich. Diese Dynamik muss auch das Recht der Familienleistungen widerspiegeln, sollen sie ein echter Bestandteil des Familienleistungsausgleichs sein.

89 *Becker*, ZESAR 2017, 101, 103.

Migration und Sozialstaat

Sozialrechtslehrertagung 2018

28. Februar 2018 bis 1. März 2018 in Speyer

ERICH SCHMIDT VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter
ESV.info/978-3-503-18226-8

ISBN 978-3-503-18226-8
ISSN 1864-015X

Alle Rechte vorbehalten
© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2018
www.ESV.info

Druck und Bindung: Strauss, Mörlenbach

Vorwort

Im dreijährigen Rhythmus findet an wechselnden Orten die Sozialrechtslehrertagung statt. „Migration und Sozialstaat" war 2018 angesichts der Entwicklungen der vorangegangenen Jahre das Thema der Wahl. Frau Professorin *Dr. Constanze Janda*, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften, mit dem Thema durch ihre Habilitationsschrift selbst bestens vertraut, war so freundlich, die im Deutschen Sozialrechtsverband organisierten Professorinnen und Professoren nach Speyer einzuladen, wo die Tagung am 28. Februar und 1. März 2018 stattfand.

Die sechs Vorträge spannen einen weiten Bogen von den menschenrechtlichen Grundlagen (*Ulrike Davy*) über unionsrechtliche Aspekte der Freizügigkeit (*Astrid Wallrabenstein*) und den Arbeitsbedingungen für Wanderarbeitnehmer (*Olaf Deinert* und *Richard Giesen*) bis hin zu sozialen Rechten auf und im Aufenthalt (*Thorsten Kingreen*) sowie Familienleistungen für Migrantinnen und Migranten (*Constanze Janda*).

Mit dieser Schwerpunktsetzung konnte die Tagung die spezifisch sozialrechtlichen Themen des 72. Deutschen Juristentages 2018 in Leipzig vorbereiten, der sich in den Abteilungen Öffentliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht ebenfalls der Migration und ihren Folgen sowie der Frage beschäftigt hat, wie das Recht Zuwanderung und Integration in Gesellschaft, Arbeitsmarkt und Sozialordnung steuern kann.

Köln, im August 2018 Christian Rolfs

Inhaltsverzeichnis

Seite

Vorwort 5

Sozialleistungen für Nicht-Deutsche: Zugang durch globale Gleichheitsrechte
Ulrike Davy 9

Sozialrechtliche Heimat – Soziale Rechte auf und im Aufenthalt
Thorsten Kingreen 39

Migration und Familienleistungen
Constanze Janda 55

Sozial- und arbeitsrechtliche Fragen der Entsendung
Olaf Deinert 75

Grenzüberschreitende Tätigkeiten und Regelungen der Arbeitsbedingungen
Richard Giesen 111

Primärrechtliche Freizügigkeit und sekundärrechtliches Sozialrecht in der EU
Astrid Wallrabenstein 149

Namensverzeichnis 175