

Münster, 18.12.2018

**GZ: II A 3 – SV 3010/18/10016**  
**DOK: 2018/0936635**

**Stellungnahme zum Referent\*innenentwurf zu einem „Gesetz zur Bekämpfung von Missständen am Arbeitsmarkt, illegaler Beschäftigung sowie von Kindergeld- und Sozialleistungsmissbrauch“**

Sehr geehrte Damen und Herren,

das Bundesfinanzministerium hat einen Referent\*innenentwurf zu einem „Gesetz zur Bekämpfung von Missständen am Arbeitsmarkt, illegaler Beschäftigung sowie von Kindergeld- und Sozialleistungsmissbrauch“ (Stand: 3. Dezember 2018) vorgelegt. Zur Stellungnahme sind nur Arbeitgeber\*innen- und Berufsverbände, Gewerkschaften, kommunale Spitzenverbände sowie Behörden aufgefordert worden. Da es sich um sozialpolitisch gravierende Pläne handelt, sollten auch die Wohlfahrtsverbände und andere sozial- und migrationspolitische Akteure angehört werden. Daher erlauben wir uns, als Trägerin der Migrationsberatung und als bundesweit im Feld der freizügigkeitsrechtlichen Qualifizierungen tätige Organisation ebenfalls eine Stellungnahme abzugeben. Mit der Veröffentlichung einschließlich der angegebenen personenbezogenen Daten sind wir ausdrücklich einverstanden.

Der vorliegende Referent\*innenentwurf sieht neben der Erweiterung der Befugnisse der Zollbehörden zur Ahndung von Arbeitsausbeutung unter anderem vor,

- das Anbieten und Nachfragen von Arbeitskraft als „**Tagelöhner im öffentlichen Raum**“ (der so genannte „Arbeiterstrich“) zu verbieten und für Arbeitgeber\*in wie Arbeitnehmer\*in mit Platzverweis und mit Bußgeld bis zu 5.000 Euro belegen zu können,
- die **Übermittlungsbefugnisse und -pflichten** zwischen Zoll, Sozialbehörden, Ausländerbehörde und Familienkassen stark auszuweiten,
- dem Zoll bei „einer dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung“ das Betreten von **betrieblichen Wohnunterkünften** jederzeit zu erlauben.

Zudem wird im Anschreiben zum Referent\*innenentwurf angekündigt, den Anspruch auf Leistungen der **Sozialhilfe nach einem fünfjährigen Aufenthalt** (§ 23 Abs. 3 Satz 7 bis 10 SGB XII) für ansonsten nicht leistungsberechtigte Unionsbürger\*innen wieder zu **streichen** – nachdem dieser erst Ende 2016 nach eindeutiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts eingeführt worden war. Diese Rechtsänderung findet sich im Referent\*innenentwurf (noch) nicht wieder.

Die Pläne der Bundesregierung bedeuten – abgesehen von einigen sinnvollen Maßnahmen zur Bekämpfung von Arbeitsausbeutung – vor allem ein Kriminalisieren von Armut. Dass viele Betroffene gezwungen sind, sich als Tagelöhner zu verdingen, hat seine Ursache auch darin, dass sie von jeglichen Leistungen zur Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums und damit vielfach auch von arbeitsfördernden Integrationsmaßnahmen nach dem SGB II ausgeschlossen sind.

Der Ausschluss von jeder sozialen Teilhabe für wirtschaftlich nicht verwertbare Unionsbürger\*innen soll durch den vorliegenden Referent\*innenentwurf noch weiter verschärft werden, indem Kindergeldansprüche für bestimmte Unionsbürger\*innen gestrichen werden. Die geplante Kindergeldstreichung ist nach unserer Überzeugung in mehrfacher Hinsicht rechtlich nicht haltbar und sozialpolitisch fatal. Hierauf soll im Folgenden eingegangen werden. Auf die weiteren Aspekte des Gesetzentwurfs wird nur am Rande eingegangen.

### **Vorgesehene Änderung von § 62 Abs. 2 EStG**

#### **Worum geht es?**

Nach der geplanten Änderung von § 62 Abs. 2 EStG sollen im Fall von neuen Kindergeldfestsetzungen (§ 52 Abs. 49a EStG-neu) Unionsbürger\*innen keinen Kindergeldanspruch mehr haben

- **innerhalb der ersten drei Monate** ab Begründung des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts in Deutschland. In diesem Fall soll nur dann ein Anspruch bestehen, wenn die Berechtigte „nachweist“, dass bereits innerhalb der ersten drei Monate inländische Einkünfte erzielt werden (aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb sowie selbstständiger oder nichtselbstständiger Arbeit) sowie
- nach den ersten drei Monaten, wenn das Freizügigkeitsrecht nur zum Zweck der **Arbeitsuche** besteht.
- Vom Wortlaut her ebenfalls ausgeschlossen wären Familien, die ein Aufenthaltsrecht nach **Art. 10 der Verordnung 492/2011** besitzen (Kinder ehemaliger Arbeitnehmer\*innen bis zum Abschluss ihrer Ausbildung inkl. der Eltern), da es sich hierbei zwar um einen rechtmäßigen Aufenthalt, nicht aber um ein Freizügigkeitsrecht nach § 2 Abs. 2 und 3 FreizügG handelt.
- Außerdem sollen ausgeschlossen sein Unionsbürger\*innen, die über kein (materielles) Freizügigkeitsrecht verfügen – etwa **Nicht-Erwerbstätige** nach Ablauf des sechsmonatigen Aufenthalt zur Arbeitsuche, sofern sie nicht über ausreichende Existenzmittel verfügen. Dieser Ausschluss galt zwar auch schon nach der alten Rechtslage („*nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer*“). Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs kam dieser Ausschluss jedoch nur

nach einer formalen Verlustfeststellung durch die Ausländerbehörde zur Anwendung (Bundesfinanzhof, Urteil vom 15.3.2017, III R 32/15).

Die Familienkassen sollen die Voraussetzungen künftig ausdrücklich in **eigener Zuständigkeit** – unabhängig von formalen Entscheidungen der Ausländerbehörde – prüfen. Dies wird zur Folge haben, dass in sehr viel mehr Fällen als bisher der Kindergeldanspruch verweigert werden wird.

Falls das Kindergeld verweigert wird, soll die Familienkasse verpflichtet werden, dies der Ausländerbehörde mitzuteilen, *„damit diese daraus Erkenntnisse für etwaige aufenthaltsrechtliche Auswirkungen erzielen kann. (...) Dies ist erforderlich, damit die Ausländerbehörde das Nichtbestehen des Rechts auf Einreise und Aufenthalt des Unionsbürgers feststellen kann.“* (Gesetzesbegründung).

Nachdem dies bereits jetzt bei Anträgen auf SGB II- und XII-Leistungen der Fall ist, soll also künftig auch der Antrag auf Kindergeld unmittelbar dazu führen, den betroffenen Menschen den ausländerrechtlichen Boden unter den Füßen wegzuziehen. Der Versuch, ein Grundrecht in Anspruch zu nehmen, führt zum vollständigen Verlust der physischen Existenz in Deutschland – im Sozialrecht hält ein Regime von Angst und Schrecken Einzug. Dies ist umso gravierender, als nach Unionsrecht nur bei „begründetem Zweifel“ (Art. 14 UnionsRL) der Verlust der Freizügigkeit geprüft werden darf. Eine „systematische Prüfung“ ist nicht zulässig. Unter Umgehung dieser unionsrechtlichen Vorgaben wird nun ein flächendeckendes System zur Identifikation „begründeter Zweifel“ zwecks Aberkennung der Freizügigkeit geschaffen, das in seiner Intensität einer unzulässigen systematischen Prüfung gleichkommt.

### **Wie ist das zu bewerten?**

Die geplante Verweigerung von Kindergeld an bestimmte Unionsbürger\*innen ist nach unserer Überzeugung

- **unionsrechtlich unzulässig,**
- **verfassungsrechtlich fragwürdig,**
- **verwaltungstechnisch absurd und**
- **sozialpolitisch fatal.**

Dazu im Folgenden eine detaillierte Bewertung.

#### **1. Der Ausschluss vom Kindergeld ist unionsrechtlich unzulässig.**

Dies gilt jedenfalls eindeutig für die Konstellationen, in denen die Betroffenen über einen „rechtmäßigen“ Aufenthalt verfügen – also in allen Fällen innerhalb der ersten drei Monate sowie bei einem Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche oder nach Art. 10 VO 492/2011.

Der EuGH hat in der Rechtssache C-308/14 (Urteil vom 14. Juni 2016) in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Großbritannien festgestellt, dass die Mitgliedsstaaten das Kriterium des „*rechtmäßigen Aufenthalts*“ für den Kindergeldanspruch verlangen dürfen.

Die Prüfung, ob der Aufenthalt rechtmäßig ist, ist *„als eine Prüfung der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts von Unionsbürgern nach der Richtlinie 2004/38 anzusehen, auf die sich deren Art. 14 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie bezieht, und sie muss daher auch den dort genannten Anforderungen genügen.“*

Im Umkehrschluss heißt das: Jedenfalls bei einem nach UnionsRL materiell rechtmäßigen Aufenthalt besteht ein Anspruch auf Gleichbehandlung wie die eigenen Staatsangehörigen gem. Art. 24 UnionsRL. Damit ist auch eine Diskriminierung beim Zugang zum Kindergeld nicht zulässig.

## **Aufenthalt in den ersten drei Monaten und zum Zweck der Arbeitsuche**

Es dürfte unstrittig sein, dass jedenfalls alle Unionsbürger\*innen in den ersten drei Monaten (und zwar unabhängig davon, ob sie inländische Einkünfte erzielen oder nicht) sowie Personen, die sich zum Zweck der Arbeitsuche aufhalten (zumindest sechs Monate lang), über einen rechtmäßigen Aufenthalt im Sinne der Unionsbürgerrichtlinie verfügen. Bei einem Aufenthalt innerhalb der ersten drei Monate ergibt sich die Rechtmäßigkeit aus Art. 6 UnionsRL, bei einem Aufenthalt zur Arbeitsuche aus Art. 14 Abs. 4 UnionsRL i. V. m. Art. 45 AEUV.

Eine Diskriminierung gegenüber den eigenen Staatsangehörigen wäre in diesen Fällen allein unter der Voraussetzung des Art. 24 Abs. 2 UnionsRL zulässig: Die Mitgliedsstaaten dürfen danach innerhalb der ersten drei Monate des Aufenthalts sowie während des möglichen längeren Zeitraums zur Arbeitsuche die Erbringung von „Sozialhilfe“ verweigern – soweit die Betroffenen nicht bereits Arbeitnehmer\*innen, Selbstständige oder deren Familienangehörige sind oder der Status nach unfreiwilligem Arbeitsplatzverlust fortbesteht. Der EuGH hat in den Verfahren Alimanovic, Dano und Garcia-Niéto bekräftigt, dass sich der Begriff der „Sozialhilfe“ auch auf die deutsche Leistung des SGB II bezieht und auch hierfür eine Ungleichbehandlung zulässig ist. Das Kindergeld ist indes in der Öffnungsklausel nicht genannt.

Um eine vermeintliche Europarechtskonformität zu konstruieren, vollzieht die Bundesregierung nun ein überaus gewagtes Manöver: Sie deutet das Kindergeld schlicht in eine Leistung der „Sozialhilfe“ um, da es bei wirtschaftlich inaktiven Personen *„wie eine Sozialleistung wirkt“*. Hierbei handelt es sich um einen beherzten Griff in die Trickkiste, der rechtlich jedoch ins Absurde abdriftet: Das Kindergeld ist nämlich nicht nur europarechtlich nach VO 883/2004 sowie nach der Rechtsprechung des EuGH ausdrücklich *keine* Leistung der Sozialhilfe, sondern eine Leistung der *sozialen Sicherheit*. Dies hat der EuGH in der auch von der Bundesregierung zur Rechtfertigung herangezogenen Entscheidung C-308/14 klar formuliert: Es sei eindeutig, dass die Kindergeldleistungen *„als „Leistungen der sozialen Sicherheit“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. j in Verbindung mit Art. 1 Buchst. z der Verordnung Nr. 883/2004 einzuordnen sind.“* Für Leistungen der sozialen Sicherheit sieht jedoch Art. 24 Abs. 2 UnionsRL kein Abweichen vom Gleichbehandlungsgrundsatz vor.

Auch nach nationalem Recht ist das Kindergeld keineswegs als Sozialhilfe zu kategorisieren: Es gründet nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (2 BvL 42/93) auf Art. 6 GG i. V. m. Art. 20 GG (und nicht, wie die Sozialhilfe, auf Art. 1 GG i. V. m. Art. 20 GG). Es hat die Aufgabe, das Existenzminimum der Kinder steuerrechtlich

*freizustellen* und nicht, das Existenzminimum der Kinder zu *decken* (dann müsste es nämlich wesentlich höher ausfallen) sowie daneben die Familie zu fördern. Somit soll es Lasten, die durch die Existenz von Kindern entstehen, ausgleichen. Anders als Sozialhilfe wird Kindergeld in Deutschland einkommens- und bedarfsunabhängig geleistet – bei hohem Einkommen und entsprechend hohem Steuersatz fällt es höher aus als bei Geringverdienenden. Zusammengefasst: Das Kindergeld ist das Gegenteil einer Sozialhilfeleistung.

Für Unionsbürger\*innen mit rechtmäßigem Aufenthalt nach UnionsRL ist eine Ungleichbehandlung bezogen auf das Kindergeld daher europarechtlich unzulässig.

**Anmerkung 1:** Für Personen innerhalb der ersten drei Monate wäre übrigens der Gesetzeswortlaut noch nicht einmal dann europarechtskonform, wenn man der gewagten Umdeutung des Kindergeldes in Sozialhilfe folgen würde. Denn in den ersten drei Monaten soll nur dann ein Kindergeldanspruch bestehen, wenn Einkünfte aus Erwerbstätigkeit erzielt werden. Wenn aber eine (kurzfristige) Arbeit unfreiwillig bereits innerhalb der ersten drei Monate verloren geht, werden zwar keine Einkünfte mehr erzielt, aber der Arbeitnehmer\*innenstatus würde fortbestehen. Nach dem geplanten Wortlaut würde aber dann kein Anspruch mehr auf Kindergeld bestehen, obwohl Art. 24 Abs. 2 UnionsRL eine solche Diskriminierung für Personen, deren Arbeitnehmer\*innenstatus fortbesteht, ausdrücklich sogar für Leistungen der Sozialhilfe verbietet. Ähnlich sieht es aus für Personen, die zwar in den ersten drei Monaten selbst keine Einkünfte erzielen, aber als Familienangehörige eine\*r Arbeitnehmer\*in über ein familiäres Freizügigkeitsrecht verfügen: Sie sind vom Kindergeld ausgeschlossen, obwohl dies nach Art. 24 Abs. 2 UnionsRL sogar bezogen auf Sozialhilfeleistungen unzulässig ist.

**Anmerkung 2:** Falls die Bundesregierung tatsächlich davon ausgeht, dass das Kindergeld eine Sozialhilfeleistung (also eine „Fürsorgeleistung“) ist, wäre die Folge, dass nach dem Europäischen Fürsorgeabkommen (EFA) zumindest Unionsbürger\*innen aus den EFA-Unterzeichnerstaaten unabhängig von einer Erwerbstätigkeit oder einer Voraufenthaltsdauer einen Anspruch nach Art. 1 EFA geltend machen können. Für sie würden die Einschränkungen keine Anwendung finden.

### **Aufenthalt nach Art. 10 VO 492/2011**

Art. 10 VO 492/2011 begründet ein eigenständiges Aufenthaltsrecht für die Kinder ehemaliger Wanderarbeitnehmer\*innen bis zum Abschluss einer Schul- oder Berufsausbildung. Das Aufenthaltsrecht erstreckt sich auch auf die tatsächlich personensorgenden Eltern (z. B. EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010, C-310/08). Dieses Aufenthaltsrecht ergibt sich unmittelbar aus Art. 10 VO 492/2011, nicht jedoch aus der Unionsbürgerrichtlinie und nicht aus dem Freizügigkeitsgesetz. Nach der geplanten Fassung des § 61 Abs. 2 EStG wären auch diese Familien daher künftig vom Kindergeld – trotz eines rechtmäßigen Aufenthalts – ausgeschlossen.

Auch dies ist europarechtlich nicht haltbar: Da es sich hierbei nicht um ein Aufenthaltsrecht nach der UnionsRL handelt, ist auch die „Diskriminierungsermächtigung“ des Art. 24 Abs. 2 UnionsRL nicht anwendbar. Vielmehr gilt für die Betroffenen unmittelbar das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO 883/2004. Aus diesem Grund sehen zahlreiche Sozialgerichte sogar den seit 2016 bestehenden Leistungsausschluss

vom SGB II in diesen Fällen als europarechtswidrig und daher nichtig an. So hat etwa das Landessozialgericht NRW festgestellt, dass es sich hierbei „*um eine offene, unmittelbare Diskriminierung (handelt), denn das entscheidende Unterscheidungskriterium ist die Staatsangehörigkeit. In der VO (EG) 883/2004 selbst findet sich keine (ausdrückliche) Regelung, die eine solche unterschiedliche Behandlung zulässt*“ (LSG NRW; Beschluss vom 10. November 2017; L 6 AS 1256/17 B ER).

Nichts anderes kann für das Kindergeld gelten: Der Leistungsausschluss für Personen mit einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 ist europarechtswidrig.

### **Drittstaatsangehörige, freizügigkeitsberechtigte Familienangehörige freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger\*innen**

Bemerkens- wie begrüßenswert ist, dass der Referent\*innenentwurf der Bundesregierung die drittstaatsangehörigen Familienangehörigen, die ihr Freizügigkeitsrecht gem. § 3 FreizügG von den freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger\*innen ableiten, nicht vom Kindergeldanspruch ausschließt. Denn der geplante § 62 Absatz 2 EStG-neu regelt die Ausschlüsse nur für „*Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates der Europäischen Union*“ oder eines EWR-Staats, nicht aber für deren drittstaatsangehörige und ebenfalls freizügigkeitsberechtigte Familienangehörige. Auch der künftige § 62 Abs. 3 EStG-neu ist auf diese Personen nicht anwendbar, da es sich ja um freizügigkeitsberechtigte Personen handelt und der künftige Absatz 3 nur die Ansprüche *nicht* freizügigkeitsberechtigter Ausländer\*innen regelt. Dies hat zur Folge, dass die drittstaatsangehörigen Familienangehörigen allein nach § 62 Abs. 1 EStG zu behandeln sind: Die Begründung des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts reicht für diese erfreulicherweise weiterhin aus, das Erwerbstätigkeitserfordernis gilt nicht.

Im Klartext: Die nicht-erwerbstätige, freizügigkeitsberechtigte finnische Ehefrau hat innerhalb der ersten drei Monate bzw. während des Aufenthalts zur Arbeitsuche keinen Anspruch auf Kindergeld für ihr (gemeinsames) Kind, ihr mit ihr einreisender, ebenfalls freizügigkeitsberechtigter und gleichfalls nicht-erwerbstätiger marokkanischer Ehemann jedoch schon.

Es ist ausdrücklich zu begrüßen, dass die Bundesregierung zumindest in diesen Fällen keinen Leistungsausschluss plant. Nachvollziehbar innerhalb der Gesetzeslogik ist dies indes ebenso wenig, wie es mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu vereinbaren ist.

## **2. Der Ausschluss vom Kindergeld ist verfassungsrechtlich fragwürdig.**

Das Bundesverfassungsgericht hat im Jahr 2004 Grundsätze für die Ungleichbehandlung von ausländischen Staatsangehörigen gegenüber Deutschen bezogen auf das Kindergeld aufgestellt (BVerfG, Beschluss vom 06. Juli 2004; 1 BvL 4/97). Danach ist eine Ungleichbehandlung unter anderem nur dann zulässig, wenn diese auch tatsächlich nur diejenigen ausländischen Staatsangehörigen trifft, bei denen ein dauerhafter Aufenthalt nicht zu erwarten ist. Dies ist jedoch in den von der Bundesregierung vorgesehenen Konstellationen nicht erfüllt:

Personen mit einem Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche nehmen nicht nur ein primärrechtlich verankertes Grundrecht wahr, sondern es liegt in der Natur der Sache,

dass sie gerade für einen voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt nach Deutschland gekommen sind und kommen durften. In der großen Mehrzahl der Fälle dürfte diese Arbeitsuche nämlich (nach einiger Zeit) erfolgreich sein und unmittelbar in einen langfristigen Aufenthalt münden. Die Gegenargumentation der Bundesregierung in der Gesetzesbegründung ist nicht ansatzweise nachvollziehbar: *„Nicht begünstigt werden sollen Personen, die für eine Erwerbstätigkeit nicht zur Verfügung stehen und deshalb kaum ausreichend integriert werden können.“* Es ist nicht ersichtlich, warum Personen mit einem Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche oder in den ersten drei Monaten des voraussetzungslosen Aufenthalts „für eine Erwerbstätigkeit nicht zur Verfügung stehen“ und daher „kaum ausreichend integriert werden können“. Das Gegenteil ist der Fall! Der Aufenthalt zur Arbeitsuche ist naturgemäß der erste Schritt auf dem Weg zu einer umfassenden Teilhabe am Arbeitsmarkt und gelingender Integration.

Das Bundesverfassungsgericht hat zudem das Erfordernis einer bestehenden Erwerbstätigkeit für Personen mit bestimmten humanitären Aufenthaltstiteln im eng verwandten Rechtskreis des Elterngeldgesetzes im Jahr 2012 unter anderem deswegen für verfassungswidrig erklärt, *„weil sich die Aufenthaltsdauer der Betroffenen nicht mittels der verwendeten Kriterien vorhersagen lässt. Die beschäftigungsbezogenen Voraussetzungen (...) bilden weder für sich genommen noch zusammen mit dem Umstand, dass alle Betroffenen ihr Aufenthaltsrecht aus einer humanitären Aufenthaltserlaubnis ableiten (...), eine hinreichende Grundlage für eine Prognose über die Dauer des Aufenthalts in Deutschland und eignen sich damit nicht als Abgrenzungskriterien für den Bezug der hier in Rede stehenden Leistungen.“* (BVerfG, Beschluss vom 10. Juli 2012 - 1 BvL 2/10)

In dem genannten Beschluss hat das Bundesverfassungsgericht zudem festgestellt dass das Erwerbstätigkeitserfordernis eine unzulässige Diskriminierung von Frauen im Sinne des Art. 3 GG darstellt, da sie – insbesondere kurz nach der Geburt oder als Alleinerziehende – die Voraussetzung einer bestehenden Erwerbstätigkeit schwerer erfüllen können als Männer. Nichts Anderes gilt für die Frage des Kindergeldanspruchs, der künftig ebenfalls an eine bestehende Erwerbstätigkeit anknüpfen soll.

Das Finanzgericht Niedersachsen hat unter anderem aus diesen Gründen in sechs Verfahren das Bundesverfassungsgericht angerufen, da es der Überzeugung ist, dass die Ausschlüsse bzw. das Erwerbstätigkeitserfordernis für ausländische Staatsangehörige mit Duldung, Aufenthaltsgestattung, bestimmten Aufenthaltserlaubnissen verfassungswidrig sind (Beschlüsse vom 19. und 21. August 2013). Nach Überzeugung des Finanzgerichts Niedersachsen widersprechen die Kindergeldausschlüsse auch Art. 8 der EMRK sowie der UN-Kinderrechtskonvention. Laut Terminplan des Bundesverfassungsgerichts sollten diese Verfahren im Jahr 2018 verhandelt werden, was bislang jedoch noch nicht erfolgt ist.

Die Einführung von Kindergeldausschlüssen und Erwerbstätigkeitserfordernissen für bestimmte Unionsbürger\*innen ist daher verfassungsrechtlich zumindest fragwürdig.

### **3. Der Ausschluss vom Kindergeld ist verwaltungstechnisch absurd.**

Laut Referent\*innen-Entwurf sollen die Familienkassen künftig in eigener Zuständigkeit die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen – also das Bestehen des materiellen,

individuellen Freizügigkeitsrechts – prüfen. Das wird nicht nur zur Folge haben, dass die Familienkassen sich zu Ersatz-Ausländerbehörden entwickeln, sondern es wird praktisch kaum umsetzbar sein.

Denn das Freizügigkeitsrecht begründet sich – anders als die Bundesregierung und viele Behörden dies immer wieder behaupten – nicht nur auf einer bestehenden Erwerbstätigkeit. Daneben existieren viele andere Grundlagen für das Bestehen eines materiellen Freizügigkeitsrechts, die künftig durchgehend von den Familienkassen zu prüfen sein werden. Dies sind zum Beispiel:

- **Die Arbeitnehmer\*inneneigenschaft:** Die Familienkassen werden künftig in eigener Zuständigkeit zu prüfen haben, ob eine tatsächliche und echte Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, die nicht so untergeordnet ist, dass sie nicht ins Gewicht fällt. Feste Untergrenzen bei Arbeitszeit und Gehalt gibt es nicht, so dass die Familienkasse in jedem Einzelfall eine Beurteilung vornehmen muss.
- **Das Fortbestehen des Arbeitnehmer\*innenstatus.** Die Familienkassen werden prüfen müssen, ob eine Arbeitsstelle unfreiwillig oder freiwillig verloren gegangen ist, wie lange diese bestanden hatte, wie Unterbrechungszeiten zu bewerten sind und wie lange daraufhin der Arbeitnehmer\*innenstatus fortbesteht.
- **Das familiäre Aufenthaltsrecht.** Sie werden bei Familienangehörigen, die älter sind als 20 Jahre prüfen müssen, ob diesen von einer Unionsbürger\*in in aufsteigender oder absteigender Linie oder dessen Ehegatten Unterhaltsleistungen gezahlt werden, wie hoch diese sind und ob diese ausreichen, um das materielle Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer\*in zu erfüllen. Auch hier gibt es keine festen Beträge, sondern jeder Einzelfall ist individuell zu würdigen.
- **Ausreichende Existenzmittel.** Bei nicht-erwerbstätigen Unionsbürger\*innen werden die Familienkassen prüfen müssen, ob ausreichende Existenzmittel vorhanden sind und ob ein Krankenversicherungsschutz besteht. Auch hierfür sind keine Pauschalbeträge zulässig, sondern jeder Einzelfall muss bedarfsabhängig beurteilt werden. Zudem muss die Familienkasse das zustehende Kindergeld (fiktiv) sowie andere ausländerrechtlich unschädliche Sozialleistungen wie Unterhaltsvorschuss oder Elterngeld in die Berechnung mit einbeziehen, da auch diese zu den ausreichenden Existenzmitteln beitragen können.
- **Das Daueraufenthaltsrecht.** Die Familienkassen werden zu prüfen haben, ob Unionsbürger\*innen bereits fünf Jahre durchgehend einen materiellen Freizügigkeitsgrund erfüllt haben. Hierfür werden sie nicht nur das fünfjährige Bestehen einer Erwerbstätigkeit in den Blick nehmen müssen, sondern alle denkbaren Freizügigkeitsgründe (auch die Zeit der Arbeitsuche oder familiäre Freizügigkeitsrechte) berücksichtigen müssen. Zudem werden die Familienkassen prüfen müssen, ob jemand nach dreijährigem Aufenthalt und zwölfmonatiger Arbeit in den Ruhestand oder Vorruhestand gegangen ist, wegen eines Arbeitsunfalls erwerbsunfähig geworden ist und einen Anspruch auf Rente hat, da dies bereits vor fünf Jahren zum Daueraufenthaltsrecht führt. Da das Daueraufenthaltsrecht unabhängig vom Besitz einer Daueraufenthaltsbescheinigung bestehen kann, kann auch diese Prüfung nicht an die Ausländerbehörden abgegeben werden.

Die Prüfung durch die Familienkassen erfolgt in eigener Zuständigkeit. Dies kann zur Folge haben, dass andere Behörden, die ähnlich Prüfungen durchführen müssen, zu anderen Ergebnissen kommen. So ist es denkbar, dass die Familienkasse den Arbeitnehmer\*innenstatus annimmt und daher Kindergeld zahlt, das Jobcenter den

Arbeitnehmer\*innenstatus verneint und daher keine SGB II-Leistungen erbringt – oder umgekehrt. Ebenso ist es denkbar, dass die Familienkasse das familiäre Freizügigkeitsrecht nicht anerkennt und daher Kindergeld verweigert, die Ausländerbehörde das familiäre Freizügigkeitsrecht jedoch anerkennt und daher keine Verlustfeststellung trifft.

Wie dies in der Praxis funktionieren soll, ist unabsehbar. Klar ist jedoch, dass die Prüfungen extrem lange dauern werden und daher die Betroffenen noch länger auf das ihnen zustehende Kindergeld warten müssen als dies bereits jetzt der Fall ist. Auch hierbei dürfte es sich um eine mittelbare Diskriminierung allein aufgrund der Staatsangehörigkeit handeln.

Dabei dürfte diese Hinhaltenaktik indes keine unbeabsichtigte Nebenerscheinung sein, sondern (auch) originärer Zweck des Gesetzes: Nicht anders ist jedenfalls die geplante Fassung des § 71 EStG zu erklären, nach der ohne Bescheid das Kindergeld vorläufig eingestellt werden kann, wenn die Familienkasse Kenntnis von Tatsachen erhält, nach denen die Bewilligung aufzuheben ist. Im Kindergeldrecht wird ein Instrument des systematischen Misstrauens implementiert, die Verweigerung der Kindergeldzahlung wird zur erzieherischen Maßnahme.

#### **4. Der Ausschluss vom Kindergeld ist sozialpolitisch fatal.**

Durch das „Unionsbürger\*innen-Ausschlussgesetz“ von Dezember 2016 haben Bundesregierung und Gesetzgeberin dafür gesorgt, dass für eine ganze Bevölkerungsgruppe in Deutschland das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums nicht mehr gilt: Unionsbürger\*innen sind in den ersten drei Monaten des Aufenthalts, bei einem Aufenthalt nur zum Zweck der Arbeitssuche, bei einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 sowie ohne materielles Aufenthaltsrecht von Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums nach SGB II und XII ausgeschlossen. Lediglich eine Notversorgung durch drastisch eingeschränkte Leistungen für normalerweise einen Monat durch so genannte Überbrückungsleistungen bis zur Ausreise nach SGB XII ist für sie vorgesehen – obwohl die betreffenden Personen gar nicht ausreisepflichtig sind.

Dies ist nicht nur eine offenkundig verfassungswidrige Rechtslage, sondern ihre Folgen sind in den Städten zu erkennen: Verelendung, Ausbeutbarkeit, Schutzlosigkeit, die vollständige soziale und wirtschaftliche Exklusion insbesondere besonders schutzbedürftiger Personen. Auch ein Krankenversicherungsschutz ist in diesen Fällen oftmals nicht vorhanden. Der Sozialstaat entzieht sich hier vollständig seiner Verantwortung.

Als Lösung präsentiert die Bundesregierung nun, mit der Streichung des Kindergelds diese existenzbedrohende Situation noch weiter zu verschärfen. Sie kündigt im Anschreiben zudem an, auch den Sozialhilfeanspruch nach einem fünfjährigen tatsächlichen Aufenthalt wieder zu streichen, der erst 2016 aufgrund klarer verfassungsrechtlicher Vorgaben des Bundessozialgerichts (es sah einen Anspruch bereits nach sechs Monaten vor!) eingeführt worden war.

Um keine falschen Schlussfolgerungen aufkommen zu lassen: Der weit überwiegende Teil der Unionsbürger\*innen in Deutschland ist erwerbstätig, die Arbeitslosenquote liegt nur ganz geringfügig über dem Durchschnitt. Sie ist zudem in letzten Jahren stärker zurückgegangen als im Gesamtdurchschnitt. Bei der Gruppe der Unionsbürger\*innen, die (noch) nicht erwerbstätig ist, handelt es sich also um eine kleine Gruppe.

Gerade deshalb ist die Streichung des Kindergeldes neben dem vollständigen Ausschluss von Sozialhilfeleistungen nicht zu rechtfertigen. Bei der Beurteilung ist auch zu berücksichtigen, dass durch diesen zusätzlichen Ausschluss die unmittelbar Leidtragenden Kinder – also besonders schutzbedürftige Personen – sind. Es handelt sich keineswegs ausschließlich um Kinder, die noch im Herkunftsland leben, sondern auch Familien, deren Kinder bereits in Deutschland wohnen, können betroffen sein. Dies widerspricht auch Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention, wonach bei allen Regelungen, die Kinder betreffen, das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen ist. Die Bundesregierung hat sich in dem vorliegenden Gesetzentwurf mit dieser rechtlich verbindlichen Vorgabe nicht auseinandergesetzt.

Die vorgesehene Pflicht der Familienkassen, ablehnende Entscheidungen der Ausländerbehörde mitteilen zu müssen, wird dazu führen, dass auch eindeutig leistungsberechtigte Personen aus Angst, in der Folge ihr Freizügigkeitsrecht zu verlieren, keine Anträge mehr stellen werden. In der Praxis ist eine solche Tendenz bereits in den Rechtskreisen des SGB II und XII zu erkennen, in denen eine vergleichbare Mitteilungspflicht besteht. Sozialpolitisch ist es höchst problematisch, wenn die Sozialbehörden zu Vollzugsorganen des Ausländerrechts werden. Hier ist eine strikte Trennung unumgänglich.

Die Bundesregierung fördert mit dem Gesetzentwurf eine Kultur des Generalverdachts gegenüber Unionsbürger\*innen. Eine vernünftige Sozialpolitik kann aber nicht durch systematische Ausschlüsse, sondern nur mit Förderangeboten umgesetzt werden. Ansonsten muss der Gesetzentwurf als das bezeichnet werden, was er ist: Ein weiterer Baustein zum Aushungern von Menschen, die zwar über ein Aufenthaltsrecht verfügen, aber unerwünscht sind, da sie wirtschaftlich nicht verwertbar sind. Eine solche Entwicklung ist eines modernen Sozialstaats unwürdig.