



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch
den Ausschuss Sozialrecht und Ausschuss Strafrecht

zum Entwurf eines Gesetzes gegen illegale
Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch
BT-Drs.19/8691 (Stand 25.03.2019)

Stellungnahme Nr.: 16/2019

Berlin, im Mai 2019

Mitglieder des Ausschusses Sozialrecht

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Plagemann
(Vorsitzender und Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Dr. Astrid von Einem
- Rechtsanwalt Dr. Ulrich Herzog
- Rechtsanwältin Lara Heitmann
- Rechtsanwalt Michael Klatt
- Rechtsanwalt Prof. Ronald Richter
- Rechtsanwältin Eva Steffen (Berichterstatterin)

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Manfred Aranowski

Mitglieder des Ausschusses Strafrecht

- RA Dr. Rainer Spatscheck, München (Vorsitzender)
- RA Stefan Conen, Berlin
- RAin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin
- RAin Dr. Gina Greeve, Frankfurt am Main
(Berichterstatterin)
- RA Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt am Main
(Berichterstatter)
- RAin Dr. jur. Jenny Lederer, Essen
- RA Prof. Dr. Bernd Müssig, Bonn
- RA Dr. Ali B. Norouzi, Berlin
- RAin Gül Pinar, Hamburg
- RA Michael Rosenthal, Karlsruhe
- RA Martin Rubbert, Berlin
- RAin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- RAin Tanja Brexl, Berlin

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Verteiler

Deutscher Bundesrat

Bundesministerium des Innern
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Bundesministerium für Arbeit und Soziales
Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
Bundesministerium für Gesundheit
Bundesministerium der Finanzen

Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages

CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag
Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
Fraktion AfD im Deutschen Bundestag

Landesministerien für Arbeit und Soziales
Landesjustizminister der Länder

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
Deutscher Gewerkschaftsbund
Deutscher Arbeitsgerichtsverband e.V.
Deutscher Steuerberaterverband
Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit
Deutscher Richterbund
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesrechtsanwaltskammer
Rechtsanwaltskammern in der Bundesrepublik Deutschland
verdi

Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins

Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
Vorsitzende der Landesverbände des DAV
Vorsitzender des FORUM Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein

Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV

Deutscher Strafverteidiger e. V.

Regionale Strafverteidigervereinigungen
Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen

Anwalt im Sozialrecht ASR
Neue Juristische Wochenschrift NJW
Neue Zeitschrift für Sozialrecht NZS
Die Sozialgerichtsbarkeit

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit seinen über 63.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Vorbemerkung

Der DAV kritisiert vor allem die mit dem Entwurf beabsichtigte Erweiterung der Ermittlungsbefugnisse einschließlich der Übertragung von Aufgaben und Rechten einer Anklagebehörde auf die Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) . Weder bedarf es zum Schutze des Sozialstaats, noch zum Schutze der Rechte von Betroffenen, noch zum Schutz des Wettbewerbs einer solchen Machtfülle bei der FKS.

Die vom Entwurf als „Verbesserung“ bezeichnete Stärkung der FKS im Sinne einer zentralen Prüfungs- und Ermittlungsbehörde lenkt ab von den Ursachen für Scheinselbständigkeit und illegaler Beschäftigung und diskriminiert die davon betroffenen Personen. Tatsächlich greift das Gesetz in vielfältiger Weise in Freiheitsrechte ein, missachtet die betriebliche und private Sphäre ohne dass damit der Sozialstaat verbessert wird und/oder die wirtschaftliche Situation (einschließlich der sozialen Sicherheit) der Betroffenen.

In seinem Vorhaben, Kindergeldmissbrauch zu verhindern, beschneidet der Gesetzentwurf den unionsrechtlich garantierten Anspruch auf Kindergeld für Staatsangehörige eines EU-Mitgliedsstaates, die sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten, in europarechtswidriger Weise.

II. “Schwarzarbeit“

1. Der neue Tatbestand der Schwarzarbeit betreffend die „**Vortäuschung**“ einer **Dienst- oder Werkleistung** ist konturenlos und entweder ohne Bedeutung oder Einfallstor für Rasterfahndung. Es gibt keinerlei Erkenntnisse darüber, dass das vorhandene Instrumentarium bei den Jobcentern, den Arbeitsagenturen bis hin zu den Einzugsstellen und der Clearingstelle unzureichend sein soll. Deshalb sind die

weiteren Befugnisse der FKS, was diese Form der „Schwarzarbeit“ anlangt, zu streichen, d.h. § 1 Abs. 2 letzter Satz, § 2 Abs. 1 Nr. 2 und die darauf im weiteren bezugnehmenden Textstellen.

2. Der Tatbestand der **ausbeuterischen Arbeitsbedingungen** (§ 2 Abs. 1 Nr. 7) ist entweder ein Straftatbestand, der von den Strafverfolgungsbehörden zu ermitteln und zu sanktionieren ist oder aber nach dem Entwurf eine Blankett-Ermächtigung für die FKS. Es gibt keine Argumente dafür, dass auch in diesem Bereich die FKS tätig werden soll, beklagt sie doch gleichzeitig, über nicht ausreichendes Personal zu verfügen, um die ihr bisher schon obliegenden Aufgaben zu erfüllen. Im Text des geplanten Gesetzes ist ausschließlich der Begriff „ausbeuterische Arbeitsbedingungen“ aufgelistet, nicht aber der Bezug zum Strafrecht gemäß der Begründung. Das könnte der FKS eine Definitionsmacht vermitteln, die mit dem Zweck des Gesetzes nichts mehr zu tun hat. Zu fragen ist auch, warum die ausbeuterischen Arbeitsbedingungen nur in Bezug auf Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen verfolgungswürdig sind, nicht aber in Bezug auf Selbständige oder Beamtinnen und Beamte.

3. **§ 5 a** betrifft das „unzulässige Anbieten und Nachfragen der Arbeitskraft“, wobei es sich um Personen handelt, die ihre Arbeitskraft „als Tagelöhner“ im öffentlichen Raum aus einer Gruppe heraus anbieten.

Der Prüfauftrag gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 8 soll die FKS in die Lage versetzen, „mögliche Opfer von Arbeitsausbeutung oder Menschenhandel besser zu identifizieren und dadurch andere Strafverfolgungsbehörden bei ihren Ermittlungen in diesem Deliktsfeld zu unterstützen ...“. Der Prüfauftrag wird umgesetzt durch

- Betretungsrechte von Geschäftsräumen und Grundstücken, § 3 Abs. 1
- Auskunfts- und Einsichtsrechte, § 3 Abs. 1
- Vorlagepflichten insbesondere bei Ausländern gemäß § 5 Abs. 1 Satz 4
- Auskunftspflichten, § 5 Abs. 1 des Entwurfs, auch mündlich (sprich: Vernehmungsrechte)

Die auf der „Tagelöhner-Börse“ sich versammelnden Personen müssen sich, wenn sie sich durch die Stadt bewegen, sehr häufig ausweisen und Personenkontrollen dulden. Der FKS eine solche zusätzliche fast grenzenlose Ermittlungsmöglichkeit im Vorhinein zu eröffnen und dies auch noch im Gesetz mit dem Tatbestandsmerkmal „Tagelöhner“ zu versehen, wirkt diskriminierend. Die hier angesprochenen „Tagelöhner“ wählen in aller Regel diese Form der Arbeitsanbahnung nicht „zum Vergnügen“, sondern aus der puren Not heraus. Die FKS kann allein durch ihre Präsenz am einen oder anderen Ort diese Anbahnung vermeiden, wird aber damit weder die „Tagelöhner“ zu besser bezahlten Beschäftigten machen, noch die Gesamtsituation auch nur irgendwie verbessern. Dies gilt insbesondere für die in § 5 a Abs. 2 der FKS zusätzlich eingeräumte Befugnis, Personen von einem Ort zu verweisen oder ihnen das vorübergehende Betreten eines Ortes zu verbieten. Solcherart „Platzverweis“ stellt einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in das Grundrecht der Freizügigkeit gem. Art. 11 GG dar – dies unbeschadet der Tatsache, dass das Grundrecht aus Art. 11 GG auf „Deutsche“ Bezug nimmt. Den entsprechenden Schutz genießen auch Migranten, u. a. nach EU-Recht, Völkerrecht und Art. 2 GG.

III. Neue Prüfungsbefugnisse/Sanktionen

1. § 6 Abs. 2 Satz 4 des Entwurfs ermöglicht der FKS einen grenzenlosen Datenzugriff zur „Prüfung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3“, sprich Empfänger von Leistungen der Grundsicherung gemäß SGB II/SGB XII. Dies obwohl die Prüfung dieser Sachverhalte originäre Aufgabe der Behörden ist, die für die Gewährung der Grundsicherungsleistungen zuständig sind. Dieser grenzenlose Datenzugriff, verbunden mit einem automatisierten Abgleich, stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre dar und ist auch angesichts bekannt gewordener Mißbrauchsfälle unverhältnismäßig.
2. Der **automatisierte** Datenabruf gemäß § 6 Abs. 2 Satz 3 und 4 i. V. m. § 6 Abs. 3 ermöglicht der FKS einen automatisierten Abgleich der Daten von jedermann – ein Verfahren, welches an Rasterfahndungen erinnert, die vom Bundesverfassungsgericht zu Recht unter den Vorbehalt ganz spezieller Anlässe

gestellt wurde. Der Gesetzentwurf begründet die spezifische Notwendigkeit solcherart Behördenbefugnisse nicht, sondern bestätigt den Wunsch der FKS,

„die in der Datenbank enthaltenen Daten mit der vollen Wirksamkeit“

nutzen zu können (Begründung zu § 6 Abs. 3 des Entwurfs).

3. Die §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 des Entwurfs erstrecken Betretungs- und Einsichtsrechte auch auf „Selbständige“, und zwar zur „Durchführung der Prüfungen nach § 2 Abs. 1“. Nach der Begründung ermögliche dies der FKS eine Prüfung in Fällen, „in denen eine Selbständigkeit vorgetäuscht wird“. Das Büro des Selbständigen wird betreten und durchsucht mit der Prüfaufgabe, ob
- der Selbständige wirklich als solcher tätig ist und/oder
 - er seinerseits Aufträge an (Schein-)Selbständige erteilt.

Die FKS kann damit nahezu alle Geschäftsräume in Deutschland betreten und Einsicht in nahezu alle Geschäftsunterlagen verlangen – ohne jeden Anlass, eben zur „Prüfung“.

Damit mutiert die FKS jedenfalls im Bereich der Sozialversicherung zur Betriebsprüfung gemäß § 28 p SGB IV, die

- zuvor anzumelden ist und
- regelmäßig alle vier Jahre erfolgt.

Schon heute besteht ein rechtsstaatlich bedenkliches Nebeneinander von Ermittlungen und Entscheidungen durch FKS und Strafbehörden auf der einen Seite und der Betriebsprüfung nach § 28 p SGB IV auf der anderen Seite. Bei den Ermittlungen und Auswertungen der beigezogenen Unterlagen einerseits und Fragebogen/Betroffenenanhörungen andererseits zieht die FKS die für die Betriebsprüfung zuständigen Stellen der DRV als „Sachverständige“ heran und verwendet wiederum die DRV für die Betriebsprüfung die von der FKS erhobenen Daten und Erkenntnisse. Es hängt bisweilen vom Zufall ab, ob die von der FKS

zusammengetragenen Erkenntnisse, intern ausgewählt durch die Betriebsprüfung, in ein staatsanwaltliches Ermittlungs -und Strafverfahren mit der Feststellung der Scheinselbständigkeit münden oder ob zunächst die Betriebsprüfung nach Anhörung einen entsprechenden Bescheid erteilt. Je nachdem welches Verfahren zeitlich „voranschreitet“, sind es die Strafgerichte oder die Sozialgerichte, die sich mit der Abgrenzung selbständig/unselbständig beschäftigen und sich mit den daraus ergebenden Beitragspflichten befassen. Die Erzwingung von Beitragszahlungen durch die Strafverfolgung wird zu Recht seit Jahren kritisiert (siehe dazu u. a. Berchthold in ASR 2013, 255, 257. Die Festlegung einer Vorgehensweise sozialgerichtlicher Verfahren würde hier wünschenswerte Klarheit bringen.

4. Eine Begründung dafür, warum die FKS nun zusätzlich zu den weitreichenden Ermittlungsbefugnissen auch noch die Funktion einer Anklagebehörde einnehmen soll, gibt es nicht:

- Bisher hat die FKS mit der Staatsanwaltschaft zusammengearbeitet. Letztere hat dann insbesondere über Eröffnung, Einstellung des Verfahrens entschieden. Dass diese Verfahrensweise die effektive Verfolgung von Schwarzarbeit oder illegaler Beschäftigung gehindert hätte, ist nicht ersichtlich.
- Der FKS nun gleichsam eine Art Vollstreckungsbefugnis „in eigenen Angelegenheiten“ zu gewähren, widerspricht rechtsstaatlichen Grundsätzen – dies auch und erst recht dann, wenn die Sachen abgegeben werden können, aber auch wieder zurückgenommen werden können.

Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) ist Teil der Zollverwaltung, die dem Bundesministerium für Finanzen nachgeordnet ist. Gemäß der Internetseite des BMF wird sie als „die“ Einnahmeverwaltung des Bundes bezeichnet. Auf der Internetseite des BMF heißt es:

„Dem Bundesministerium der Finanzen obliegt die politische und strategische Steuerung der Zollverwaltung“.

Davon zu trennen sind die Strafverfolgungsbehörden, wozu die Staatsanwaltschaft mit den ihr gemäß StPO eingeräumten Befugnissen gehört. Ihre Kompetenzen sind im Gerichtsverfassungsgesetz geregelt (§§ 141 ff.). Soweit der Gesetzentwurf in §§ 14 a), 14 b) und 14 c) der FKS staatsanwaltschaftliche Ermittlungsbefugnisse einräumt, kommt es zu einer Verdoppelung von Eingriffsbefugnissen, die mit dem rechtsstaatlichen Konzept der im GVG geregelten Aufgaben der Staatsanwaltschaft als Ermittlungsbehörde nicht vereinbar ist. § 14 a) wird die Staatsanwaltschaft nur „entlasten“, wenn sie flächendeckend die Verfahren abgibt. Dies verstärkt die Macht der FKS und verleiht nun zwei Behörden besondere Eingriffs- und Sanktionsbefugnisse, nämlich der StA einerseits und der FKS andererseits. In der Sache ist damit nichts gewonnen, da das bisherige Zusammenwirken von FKS und StA den gleichen Zielen verpflichtet ist.

Der Gesetzentwurf zielt offensichtlich auf eine Entlastung der StA zugunsten einer Machtvermehrung auf Seiten der FKS. Dies kann der Bürger im Einzelfall nicht mehr auf seine Berechtigung hin überprüfen, auch wenn der Ausnahmekatalog in § 14 Abs. 2 sehr detailliert formuliert ist.

Die Befugnis der FKS, selbständig Ermittlungsverfahren durchzuführen, bis hin zum Antrag auf Erlass eines Strafbefehls, verhindert keine einzige Tat nach § 266a StGB, beschleunigt auch nicht das Ermittlungsverfahren und provoziert allenfalls Fehler. Die Abgrenzung von Outsourcing, Scheinselbständigkeit und Schwarzarbeit ist so komplex (z. B. gibt es viele Sachverhalte, in denen die Bundesagentur für Arbeit (BA) einen Gründungszuschuss für eine selbständige Tätigkeit gezahlt hat, die im Nachhinein von anderen Behörden als scheinselbständig bezeichnet worden ist), das in jedem Fall die Zuständigkeit der StA als Anklagebehörde und damit auch als kontrollierende Instanz erhalten bleiben muss.

5. **§ 6 Abs. 4 Satz 1 Nr. 7** des Entwurfs erstreckt die Auskunftsrechte einschließlich Datenabgleich auch auf das Bundeskindergeldgesetz, wofür es eine nachvollziehbare Begründung nicht gibt. Die „Erfüllung ihrer Sofortmitteilungspflicht“ rechtfertigt eine solche Blankett-Ermächtigung nicht.

6. Das Beitragsrecht hat mittlerweile eine Komplexität angenommen, die es auch sorgfältig arbeitenden Steuerberatern kaum noch ermöglicht, den Überblick zu wahren, insbesondere was Neuerungen anlangt, nicht nur durch Gesetzesänderungen, sondern auch durch Änderungen der Richtlinien und Besprechungsergebnisse der SV-Träger. Aktuelles Beispiel ist die Ergänzung der Geringfügigkeitsrichtlinien, aber auch eine kaum noch überschaubare Rechtsprechung zu Statusfragen, Beitragsabführungspflichten etc. Für einen neuen Ordnungswidrigkeiten-Tatbestand gemäß § 8 a des Entwurfs besteht keinerlei Veranlassung, da bereits die Annahme eines Eventualvorsatzes („Billigendes Inkaufnehmen“) bei § 266a StGB den Bereich strafbaren Verhaltens in der Praxis enorm ausweitet. Daher würde die Pönalisierung einer leichtfertigen Begehung Handlungsweisen erfassen, die der Arbeitgeber oftmals gar nicht überschauen kann.

Nach § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV erfolgt bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen eine Hochrechnung. Dies „verteuert“ Scheinselbstständigkeit enorm. Hinzu kommen Säumniszuschläge gemäß § 24 Abs. 1 SGB IV von 1 % pro Monat, die angesichts der Niedrigzinsphase allenfalls noch mit der Druckfunktion und der Sanktion gerechtfertigt werden können.

IV. Zu den Änderungen im Kindergeldrecht:

Der Ausschluss von Kindergeld in den ersten 3 Monaten für alle EU-Bürger, die über keine Erwerbseinkünfte verfügen und darüber hinaus für Arbeitssuchende und EU-Bürger, die über keinen Status nach § 2 Abs. 2 und 3 FreizügG/EU verfügen, verstößt gegen EU-Recht. Dies wird nochmals unmissverständlich durch das jüngste Urteil des EuGH vom 07.02.2019 - C – 322/17 zum Anspruch auf Familienleistungen eines arbeitslosen Rumänen bestätigt. Die irischen Behörden hatten ihm die Gewährung von Familienleistungen mit der Begründung verweigert, dass er in Irland keine Beschäftigung ausübe und auch keine beitragsabhängigen Leistungen bezöge. Der EuGH stellt klar, dass der Anspruch auf Familienleistungen aus der VO (EU) 883/2004 weder von einer besonderen Stellung eines EU-Bürgers und insbesondere auch nicht von der Stellung als Arbeitnehmer abhängig gemacht werden darf.

Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass ein Kindergeldanspruch nicht bei jedem Freizügigkeitsrecht zu gewährleisten ist, sondern nur für wirtschaftlich aktive EU-Bürger. Das stellt eine unzulässige Diskriminierung dar (dazu 1.). Zudem verstößt der Ausschluss gegen das koordinierende Sozialrecht und bewirkt eine nicht nachvollziehbare Ungleichbehandlung gegenüber anerkannten Flüchtlingen sowie Staatsangehörigen aus Staaten, mit denen zwischenstaatliche Vereinbarungen und Abkommen über Soziale Sicherheit bestehen (dazu 2.)

1.

a) Der gemäß **§ 62 Abs. 1 a EStG-E** geplante Kindergeldausschluss in den ersten drei Monaten für alle EU-Bürger, die keine inländischen Einkünfte im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 EStG erzielen, **verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz** aus Art. 24 Abs. 1 UnionsRL. Der Gesetzesentwurf versucht die Einschränkung dieses Gleichbehandlungsgrundsatzes über die Ausnahmeregelung des Art. 24 Abs. 2 UnionsRL zu rechtfertigen. Hiernach haben die Mitgliedstaaten aber lediglich eine Option zum Ausschluss in den ersten 3 Monaten und die anschließende Zeit der Arbeitssuche für den Bezug von **Sozialhilfeleistungen** (siehe EuGH, Urt. v. 15.9.2015 - Rs Alimanovic - C-67/14). Familienleistungen sind aber – anders als SGB II Leistungen – ausdrücklich keine Leistungen der sozialen und medizinischen Fürsorge im Sinne des Art. 3 Abs. 5 VO (EG) 883/2004, sondern gem. Art. 3 Abs. 1 lit j) VO (EG) 883/2004 **Leistungen der sozialen Sicherheit**. Das Kindergeld dient – anders als SGB II Leistungen – auch nicht der Existenzsicherung, sondern ist eine einkommensteuerliche Geldleistung zum Ausgleich von Familienlasten, die nicht von einer Hilfebedürftigkeit abhängig ist. Dass das Kindergeld laut Gesetzesbegründung bei wirtschaftlich nicht aktiven Personen „wie eine Sozialleistung wirkt“, ändert hieran nichts, zumal Kindergeld bei Bezug von SGB II Leistungen als Einkommen bedarfsmindernd angerechnet wird. Die Voraussetzungen, unter denen Familienleistungen gewährt werden, obliegt zwar dem nationalen Gesetzgeber; hierbei darf er aber EU Bürger im Zugang zu diesen Leistungen im Verhältnis zu den eigenen Staatsangehörigen nicht ungerechtfertigt benachteiligen. Es findet sich weder in der Verordnung selbst, noch über Art. 24 Abs. 2 UnionsRL ein Rechtfertigungsgrund für diese unmittelbare Diskriminierung.

Zwar hatte der EuGH entschieden, dass der Anspruch auf Kindergeld von einem rechtmäßigen Aufenthalt abhängig gemacht werden darf (EuGH, Urt. v. 14.6.2016 – C – 308/14 Kommission/Vereinigtes Königreich). Die neuen Ausschlussstatbestände gehen aber weit über dieses Erfordernis hinaus. So wäre nach der Neuregelung auch ein EU-Bürger von einem Anspruch auf Kindergeld in den ersten 3 Monaten ausgeschlossen, dem nach 2 Monaten aus betriebsbedingten Gründen gekündigt würde. Arbeitssuchende sowie für Freizügigkeitsberechtigte aus anderen Gründen (zB bei einem Aufenthaltsrecht abgeleitet aus Art. 10 VO 492/2011, einem Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige oder für Nichterwerbstätige, die ihren Lebensunterhalt ohne Einkünfte aus einer Erwerbstätigkeit sicherstellen können) halten sich unzweifelhaft rechtmäßig im Bundesgebiet auf. Ein Ausschluss wäre daher nur für diejenigen denkbar, die keinen Freizügigkeitsgrund erfüllen, sondern als Nicht-Erwerbstätige **ohne ausreichende Existenzmittel** hier leben, weil sie sich gem. der Entscheidung des EuGH ohne rechtmäßigen Aufenthalt nicht auf den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 4 VO (EG) 883/2004 berufen können (EuGH, Urt. v. 11.11.2014 – Rs Dano – C- 333/13).

- b)** Nach der Neuregelung hätte zudem ein EU-Bürger, der nach 3 Jahren Erwerbstätigkeit selbstverschuldet arbeitslos wird, zwar nach Verhängung einer Sperrzeit Anspruch auf Alg-I Leistungen, aber keinen Anspruch auf Kindergeld, da er sich nur bei „unfreiwilliger Arbeitslosigkeit“ seinen Erwerbsstatus nach § 2 Abs. 3 FreizügG/EU erhält. Für den Zugang zu Leistungen der sozialen Sicherheit ist dagegen der Begriff des Arbeitnehmers bzw. Beschäftigten und selbständig Tätigen gerade auch für den Bereich der Familienleistungen abweichend definiert. Gem. Art. 1 lit a und b VO (EG) 883/2004 sind „Beschäftigung“ und „selbständige Tätigkeit“ als „Tätigkeit oder gleichgestellte Situation definiert, die für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaates, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird oder die gleichgestellte Situation vorliegt, als solche gilt“; nach der Vorgängerregelung galt gem. Art. 1 lit a der VO (EWG) 1408/71 eine Person weiterhin als Arbeitnehmer, wenn sie in einem Zweig der sozialen Sicherheit versichert war. Nach der Rechtsprechung des EuGH reicht es für die Begründung der Arbeitnehmereigenschaft nach der VO (EWG) 1408/71 aus, gegen ein einziges Risiko der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert zu sein, ohne dass es darauf ankommt, ob ein Arbeitsverhältnis besteht (EuGH, Urt. v. 4.5.1999, C

– 262/96 (Rs Sürül). Ein Ausschluss ist folglich auch nicht für Zeiten des Bezuges von Entgeltersatzleistungen wie ALG I Leistungen, Elterngeld, Krankengeld, Mutterschaftsgeld, Verletztengeld, Insolvenzgeld oder Kindererziehungszeiten zu rechtfertigen. Diese Zeiten sind Beschäftigungszeiten gleichgestellt. Für Kindergeldansprüche gilt dies ausdrücklich laut Beschluss F1 der Verwaltungskommission zur Auslegung des Artikels 68 VO (EG) 883/2004 vom 12. Juni 2009. Die Fortgeltung des Beschäftigtenstatus folgt im Rahmen des koordinierenden Sozialrechts anderen Regelungen als die Fortgeltung der Arbeitnehmereigenschaft bei nicht nur vorübergehendem Verlust der Beschäftigung nach dem FreizügG/EU bzw. der UnionsRL. Der Arbeitnehmerbegriff ist daher nicht abhängig von einem Beschäftigungsverhältnis, sondern von der Zugehörigkeit zu einem System der sozialen Sicherheit. Hierunter fällt auch die (ggfls. freiwillige gesetzliche) Krankenversicherung. Gilt der Betroffene in diesem Sinne weiterhin als Beschäftigter, kann er sich im Zugang zu allen sozialen Vergünstigungen auf den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 7 Abs. 2 VO (EU) 492/2011 berufen. Beschäftigte haben daher gem. Art. 7 VO (EU) 492/2011 einen diskriminierungsfreien Anspruch auf Kindergeld (siehe hierzu auch BSG Ur. v. 18.1.2011 – B 4 AS 14/10 R.).

Die Regelungen der Unionsbürger-RL zum Erhalt der Arbeitnehmereigenschaft („Unfreiwilligkeit“ des Arbeitsplatzverlustes und die Befristung des Status auf 6 Monate) können die Rechte aus Art. 4 VO (EG) 883/2004 und Art. 7 Abs. 2 VO (EU) 492/2011 nicht einschränken.

2. Asylberechtigte und anerkannte Flüchtlinge haben unabhängig von einem Erwerbsstatus ab dem Zeitpunkt der Anerkennung als politisch Verfolgte nach Art. 16a Abs. 1 GG bzw. der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft nach § 3 AsylG Anspruch auf Kindergeld. Dasselbe gilt für Ausländer, denen subsidiär Schutz nach § 4 AsylG zuerkannt worden ist. Als Zeitpunkt der Anerkennung bzw. Zuerkennung ist das Ausfertigungsdatum des Bescheides des BAMF zugrunde zu legen. Nach Art. 2 des VEA (Vorläufiges Europäisches Abkommen über Soziale Sicherheit) i. V. m. Art. 2 des Zusatzprotokolls zu diesem Abkommen haben anerkannte Asylberechtigte und anerkannte Flüchtlinge zudem unabhängig davon, ob der Aufenthaltstitel bereits erteilt wurde, einen Anspruch auf Leistungen des

Vertragsstaates unter denselben Bedingungen wie dessen Staatsangehörige, sofern sie sich seit mindestens sechs Monaten im Vertragsstaat aufhalten. Das VEA ist in diesen Fällen rückwirkend auch auf Zeiträume anwendbar, die vor dem Zeitpunkt der Anerkennung, aber nach Ablauf der Sechs-Monats-Frist liegen (DA-KG 2018 – A 4.4). Der Gesetzgeber setzt sich hiermit sowie mit der Frage, ob das VEA nach Maßgabe des Art 8 VO (EG) 883/2004 weiterhin Anwendung findet, nicht im Ansatz auseinander.

Für türkische Arbeitnehmer ergibt sich ein Anspruch auf Kindergeld aus dem Beschluss Nr. 3/80 des Assoziationsrates vom 19.9.1980. Für Arbeitnehmer aus Algerien, Marokko und Tunesien ergibt sich der Kindergeldanspruch auch aus den Assoziationsabkommen, die die EG mit diesen Staaten geschlossen hat. In diesen Fällen ist der Arbeitnehmerbegriff – ausdrücklich laut Dienstanweisung zum Kindergeld – der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zu Grunde zu legen. Der Arbeitnehmerbegriff nach Art. 1 Buchst. a Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ist abhängig von der Zugehörigkeit zu einem System der sozialen Sicherheit (pflichtversichert oder freiwillig (weiter-)versichert) und nicht von einem tatsächlichen Beschäftigungsverhältnis (EuGH, Urt. v. 4.5.1999, C – 262/96 (Rs Sürül). Hierunter fällt auch die (gesetzliche) Krankenversicherung. Dies gilt auch für freiwillig weiterversicherte Selbständige. Für die übrigen Fälle türkischer Staatsangehöriger folgt auch aus dem VEA nach einem sechsmonatigen Aufenthalt im Bundesgebiet ein Anspruch auf Kindergeld (DA-KG 2018 – A 4.6).

Anspruchsberechtigt sind auch Arbeitnehmer aus den Abkommensstaaten Bosnien und Herzegowina, Kosovo, Marokko, Montenegro, Serbien, Türkei und Tunesien. Hier wird der Begriff der Arbeitnehmereigenschaft ebenfalls abweichend von § 2 Abs. 2 und 3 FreizügG/EU definiert. Arbeitnehmer sind in diesem Zusammenhang u. a. auch Personen während des Bezuges von Alg-I nach § 136 SGB III. EU-Bürger erhalten sich den Arbeitnehmerstatus nach § 2 Abs. 3 FreizügG/EU dagegen nur bei einem unfreiwilligen Arbeitsplatzverlust, auch wenn sie weiter pflichtversichert sind oder nach einer Sperrzeit Alg I beziehen.

Selbst Drittstaatsangehörige mit einem Aufenthaltstitel nach § 23 Abs. 1 AufenthG wegen eines Krieges oder nach den §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG sind bei

Verlust des Beschäftigungsverhältnisses unter den Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 EStG bei Bezug von laufende Geldleistungen nach dem SGB III oder Inanspruchnahme von Elternzeit kindergeldberechtigt.