

**Münster, 27. Februar 2018**

Liebe Kolleg\*innen,

zum 1. Juli 2017 sind rückwirkend zum 1. Januar 2017 umfangreiche Änderungen im Unterhaltsvorschussgesetz (UhVorschG) in Kraft getreten. Kern der Reform war die Erweiterung des Unterhaltsvorschusses

- **bis zum 18. Geburtstag sowie**
- **über die Bezugsdauer von sechs Jahren hinaus.**

Die Höhe des Unterhaltsvorschusses orientiert sich am Mindestunterhalt und liegt für Kinder ab dem zwölften Lebensjahr bei 467,- Euro – abzüglich des ausgezahlten Kindergelds.

Der Kollege Bernd Eckhardt aus Nürnberg hat in seinem „sozialrecht-justament Juni 2017“ eine ausführliche und hervorragende Darstellung der künftigen Regelungen für die Beratungspraxis inklusive der Fallstricke im Detail veröffentlicht: [http://sozialrecht-justament.de/data/documents/3-2017-Sozialrecht-Justament\\_korrigiert.pdf](http://sozialrecht-justament.de/data/documents/3-2017-Sozialrecht-Justament_korrigiert.pdf)

Da der Unterhaltsvorschuss für ausländische Staatsangehörige aus unterschiedlichen Gründen von besonderer Bedeutung sein kann (die wegen der Ausweitung des Berechtigtenkreises in Zukunft noch steigen wird) und einige ausländerrechtliche Spezialregelungen gelten, soll im folgenden nur auf diese eingegangen werden. Für einen Überblick über die allgemeinen Regelungen möchte ich auf die Ausführungen von Bernd Eckhardt verweisen.

## **1. Unterhaltsvorschuss ist „ausländerrechtlich unschädlich“**

Der Unterhaltsvorschuss ist genau wie das Kindergeld, Elterngeld, Kinderzuschlag oder BAföG / BAB nach § 2 Abs. 3 AufenthG eine „**ausländerrechtlich unschädliche Sozialleistung**“. Das heißt: Diese Leistungen werden wie Einkommen berücksichtigt, wenn die Ausländerbehörde oder die Botschaft die Frage der eigenständigen Sicherung des Lebensunterhalts zu prüfen hat – etwa für die Erteilung oder Verlängerung eines Visums, einer Aufenthaltserlaubnis oder einer Niederlassungserlaubnis. Auch für die Prüfung bei Anträgen auf Einbürgerungen ist dies genauso zu bewerten. Durch die Inanspruchnahme von Unterhaltsvorschuss kann in bestimmten Fällen die Hilfebedürftigkeit nach dem SGB II oder XII überwunden werden, so dass der Lebensunterhalt als gesichert gelten kann.

## **2. Anspruch für Drittstaatsangehörige mit Aufenthaltstitel nach dem AufenthG**

Ein Anspruch auf Unterhaltsvorschuss besteht für ausländische Staatsangehörige, die als Drittstaatsangehörige nach dem Aufenthaltsgesetz aufenthaltsberechtigt sind, nur unter bestimmten ausländerrechtlichen Voraussetzungen. Dabei kommt es

- entweder auf den **Status des Kindes**
- oder den **Status des allein erziehenden Elternteils** an.

Anspruch besteht aus ausländerrechtlichen Gründen in jedem Fall dann, wenn Kind oder Elternteil im Besitz einer

- **Niederlassungserlaubnis**
- **Erlaubnis zum Daueraufenthalt EU**
- **Blauen Karte-EU** sind.

Wenn Kind oder Elternteil im Besitz einer

- **Aufenthaltserlaubnis** sind,

ist eine weitere Bedingung, dass diese Aufenthaltserlaubnis zur **Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat** ([§ 1 Abs. 2a Nr. 1 UhVorschG](#)). Zur Ausübung jeder Erwerbstätigkeit berechtigt sind

- ausnahmslos alle Aufenthaltserlaubnisse aus familiären Gründen (Abschnitt 6, §§ 27 bis 36 AufenthG; vgl. [§ 27 Abs. 5 AufenthG](#)),

- die meisten Aufenthaltserlaubnisse aus humanitären Gründen (Abschnitt 5, z. B. §§ 25 Abs. 1 und 2, § 23 Abs. 2, §§ 25a und b)
- einige weitere Aufenthaltserlaubnisse (z. B. § 17 Abs. 3, § 38a Abs. 3 und 4 AufenthG).

In der Aufenthaltserlaubnis steht in diesen Fällen „*berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit*“.

In anderen Fällen besteht zwar nicht die automatische Berechtigung für jede Erwerbstätigkeit, aber die Erlaubnis zur Ausübung einer (konkreten oder allgemeinen) Beschäftigung. In der Aufenthaltserlaubnis steht dann entweder „*Beschäftigung gestattet*“ oder „*Beschäftigung bei Firma xy gestattet*“. Auch in diesem Fall ist die Voraussetzung erfüllt. Die [„Richtlinien zur Durchführung des Unterhaltsvorschussgesetzes“](#) regeln darüber hinaus:

*„Es reicht z.B. nicht aus, wenn der Titel den Zusatz „Beschäftigung nur mit Genehmigung der Ausländerbehörde gestattet“ enthält. Für den Anspruch auf Leistungen nach dem UVG kommt es darauf an, ob überhaupt einmal die Ausübung einer Erwerbstätigkeit genehmigt gewesen ist. Auch wenn aktuell keine Erwerbstätigkeit erlaubt sein sollte, reichen frühere Berechtigungen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit aus.“ (S. 43)*

**In der Praxis bedeutet das, dass fast alle Aufenthaltserlaubnisse mit einer allgemeinen oder speziellen Arbeitserlaubnis versehen sind (oder zumindest nach Rücksprache mit der Ausländerbehörde damit versehen werden sollten) und somit zum Unterhaltsvorschuss berechtigen.**

Auch im Falle einer bestimmten **Fiktionsbescheinigung** (Fortgeltungsfiktion § 81 Abs. 4 AufenthG) besteht Anspruch; nach Auffassung der Bundesregierung hingegen nicht mit einer Erlaubnisfiktion (§ 81 Abs. 3 AufenthG). Dies sehen wir anders: Jedenfalls für anerkannte Flüchtlinge nach der Genfer Flüchtlingskonvention dürfte sich ein Anspruch auf Unterhaltsvorschuss bereits mit Zustellung des BAMF-Bescheids oder des Gerichtsurteils (und einer daraus gesetzlich entstehenden Fiktionswirkung, [§ 25 Abs. 1 Satz 3; § 25 Abs. 2 S. 2 AufenthG](#)) ergeben und nicht erst mit Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ([Art. 24 GFK](#)).

Die aktuellen Richtlinien weisen daher auf folgendes hin:

*„Wird von der Ausländerbehörde eine Bescheinigung ausgestellt, die nicht auf § 81 AufenthG beruht und nur erteilt wird, da sich das Ausstellen der Karte, mit der der anspruchsbegründende Titel belegt werden kann, verzögert, kann Anspruch auf UV-Leistungen bestehen.“*

Mit einer Duldung oder Aufenthaltsgestattung besteht normalerweise kein Anspruch auf Unterhaltsvorschuss (zu den Ausnahmen: siehe 2.3).

## **2.1. Kein Anspruch auf Unterhaltsvorschuss für Personen mit Aufenthaltserlaubnis zum Zweck des Studiums oder für kurzfristige Ausbildungen**

Ein gesetzlicher *Ausschluss* vom Unterhaltsvorschuss besteht nach § 1 Abs. 2a Nr. 2 UhVorschG für folgende Aufenthaltserlaubnisse:

- § 16 AufenthG zum Zwecke des Studiums
- § 17 AufenthG zum Zwecke einer betrieblichen Aus- oder Weiterbildung (aber nur, wenn diese für *höchstens* sechs Monate erteilt wurde),
- § 18 Abs. 2 AufenthG (aber nur für entsandte\*r Arbeitnehmer\*in, Au-Pairs oder Saisonbeschäftigte\*r).

**Achtung: Im Gesetz steht etwas anderes!** Der Wortlaut des Gesetzes ist an dieser Stelle – vorsichtig ausgedrückt - verwirrend: Denn danach wären *alle* Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 17 AufenthG zum Zwecke einer Ausbildung, unabhängig von der Länge der Ausbildung und der Geltungsdauer, ausgeschlossen. Aufgrund von § 12 Abs. 1e der [Richtlinie 2011/98/EU](#) ist dies jedoch seit Dezember 2013 unzulässig. Darauf weisen die [Richtlinien zum Unterhaltsvorschuss](#) ausdrücklich hin.

Dasselbe gilt für bestimmte Aufenthalte nach § 18 AufenthG für kurzfristige Beschäftigungen (z. B. Sprachlehrer\*innen, Spezialitätenköch\*innen, Schaustellergehilfen usw.): Auch diese haben aufgrund der EU-Richtlinie einen Zugang zum Unterhaltsvorschuss. Für Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 18 AufenthG; deren Tätigkeit nicht mit einer Höchstzeitdauer versehen ist, besteht auch vom Wortlaut her der Anspruch auf Unterhaltsvorschuss.

Es ist nicht zu verstehen, warum Bundesregierung und Gesetzgeber den Wortlaut des Gesetzes an dieser Stelle nicht geändert haben, da er in der bisherigen Form europarechtswidrig ist und daher keine Anwendung findet.

### **Praxistipp: Aufenthaltsstatus des Elternteils und des Kindes prüfen!**

Beispiel 1: Herr D. ist russischer Studierender und hat eine Aufenthaltserlaubnis nach § 16 Abs. 1 AufenthG zum Zweck des Studiums. Er hat seine sechsjährige Tochter im Rahmen des Familiennachzugs nach Deutschland geholt, sie hat eine Aufenthaltserlaubnis nach § 32 AufenthG. Herr D. ist mit § 16 AufenthG vom Unterhaltsvorschuss ausgeschlossen. Seine Tochter hat mit § 32 AufenthG jedoch einen Anspruch auf die Leistung.

## **2.2. Sonderregelung für einige humanitäre Aufenthaltserlaubnisse: Drei Jahre Aufenthalt in Deutschland**

Für Besitzer\*innen bestimmter humanitärer Aufenthaltserlaubnisse ist als zusätzliche Voraussetzung ein mindestens dreijähriger Aufenthalt in Deutschland zu erfüllen, um Unterhaltsvorschuss erhalten zu können (§ 1 Abs. 2a Nr. 3 UhVorschG). Dies gilt für Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach:

- **§ 23 Abs. 1 AufenthG** „wegen des Krieges im Heimatland“. Dies sind in erster Linie syrischer Staatsangehörige, die im Rahmen eines *Landesaufnahmeprogramms* nach Deutschland gekommen sind. Achtung: Die Einschränkung gilt nicht für Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1, bei denen *nicht* der Zusatz „wegen des Krieges“ vermerkt ist – etwa für Menschen, die nach einer *Altfall-* oder *Bleiberechtsregelung* die Aufenthaltserlaubnis erhalten haben.
- **§ 23a AufenthG** (Aufenthaltsgewährung durch die Härtefallkommission des Bundeslandes),
- **§ 24 AufenthG** (Aufenthaltsgewährung zum vorübergehenden Schutz auf Grund eines EU-Beschlusses; diesen Personenkreis gibt es momentan in Deutschland nicht),
- **§ 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG** (z. B. nationales Abschiebungsverbot, Unmöglichkeit der Ausreise, Opfer von Menschenhandel oder Arbeitsausbeutung).

Es muss keineswegs seit drei Jahren die Aufenthaltserlaubnis vorliegen, sondern es werden auch vorangegangene Zeiten mit Aufenthaltsgestattung, BüMA, Ankunftsnachweis oder Duldung mitgezählt.

**Achtung: Im Gesetz steht etwas anderes!** Auch hier stimmt der Gesetzeswortlaut nicht mit der geltenden Rechtslage überein. Denn in § 1 Abs. 2a Nr. 3 UhVorschG wird zusätzlich zum dreijährigen Aufenthalt verlangt, dass gegenwärtig eine Erwerbstätigkeit ausgeübt, Arbeitslosengeld I bezogen oder Elternzeit in Anspruch genommen wird. Diese Bedingungen sind jedoch in einer Entscheidung des [Bundesverfassungsgerichts bereits am 10. Juli 2012 für verfassungswidrig erklärt worden](#) – jedenfalls für das in dieser Hinsicht gleich lautende Elterngeldgesetz. Das Urteil wird auch beim Unterhaltsvorschuss berücksichtigt, so dass die bestehende Erwerbstätigkeit nicht mehr gefordert wird (vgl. [Richtlinien zur Durchführung des Unterhaltsvorschussgesetzes](#), S. 46). Warum der Gesetzgeber auch fünf Jahre später keine Notwendigkeit sieht, den Gesetzeswortlaut an die geltende Rechtslage anzupassen, bleibt sein Geheimnis.

### **Praxistipp: Höherer Unterhaltsvorschuss, wenn kein Kindergeld bezogen wird**

Im Bereich des Kindergeldes besteht für die oben genannten humanitären Aufenthaltserlaubnisse ebenfalls die Bedingung einer dreijährigen Aufenthaltsdauer und einer gegenwärtigen Erwerbstätigkeit. Anders als im Bereich des Elterngeldes und des Unterhaltsvorschusses wird die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts beim Kindergeld nicht berücksichtigt – mit der Folge, dass für die genannten humanitären Aufenthaltserlaubnisse auch nach drei Jahren Aufenthalt kein Kindergeld ausgezahlt wird, wenn keine Erwerbstätigkeit, ausgeübt, kein Alg 2 bezogen oder keine Elternzeit beansprucht wird. Diese Diskriminierung liegt gegenwärtig ebenfalls [beim Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vor](#), das darüber noch im Jahr 2017 entscheiden wird.

**Wichtig ist dabei: Wenn aufgrund dieser Sonderregelung kein Kindergeld ausgezahlt wird, erhöht sich der Unterhaltsvorschuss um die Summe des eigentlich zustehenden Kindergelds (vgl. [Richtlinien zur Durchführung des Unterhaltsvorschussgesetzes](#), S. 63ff).**

### **2.3. Sonderregelung für bestimmte Staatsangehörige: Anspruch auch mit Duldung, Aufenthaltsgestattung und mit jeder Aufenthaltserlaubnis**

Für Kinder von Menschen, die die

- türkische,
- marokkanische,
- tunesische oder
- algerische

Staatsangehörigkeit haben **und Arbeitnehmer\*in sind**, gelten die unter 2.1. bis 2.3 genannten ausländerrechtlichen Einschränkungen nicht. **Das heißt: In diesen Fällen besteht unabhängig vom Aufenthaltsstatus Anspruch auf Unterhaltsvorschuss – auch mit Duldung, Aufenthaltsgestattung, Erlaubnisfiktion oder mit jeder Aufenthaltserlaubnis unabhängig von der Voraufenthaltszeit.**

Laut [Richtlinien zur Durchführung des Unterhaltsvorschussgesetzes](#), S. 48, sind Arbeitnehmer\*innen in diesem Sinne alle Personen, die

*„gegen mindestens ein Risiko, das von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer erfasst wird, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist (z. B. Unfallversicherung, Rentenversicherung, Arbeitslosenversicherung, gesetzliche Krankenversicherung). Die Arbeitnehmereigenschaft kann auch durch die Rentenversicherung begründet werden, die auf der Anerkennung der Kindererziehungsjahre gemäß § 56 SGB VI beruht.“*

Auch die Ausübung eines Minijobs führt demnach zum Arbeitnehmer\*innenstatus (es besteht Pflichtversicherung in der gesetzlichen Unfallversicherung) und somit zum Anspruch auf Unterhaltsvorschuss. Nach Ende der Erwerbstätigkeit bleibt der Arbeitnehmer\*innenstatus dann erhalten, wenn sich z. B. eine gesetzliche (freiwillige oder verpflichtende) Weiterversicherung in der Krankenkasse anschließt, was in der Regel der Fall ist.

### **3. Unionsbürger\*innen und ihre Familienangehörigen**

Gemäß § 1 Abs. 2a Satz 1 UhVorschG haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger\*innen und ihre freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen (sowie norwegische, liechtensteinische, isländische und schweizerische Staatsangehörige) stets einen Anspruch auf Unterhaltsvorschuss wie deutsche Staatsangehörige. Nach der Logik des Freizügigkeitsrechts und der Unionsbürgerrichtlinie, wird bei Unionsbürger\*innen zunächst immer gesetzlich vermutet, dass sie freizügigkeitsberechtigt sind. Die Ausländerbehörde kann jedoch im Einzelfall feststellen, dass die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt werden und eine formale „Verlustfeststellung“ treffen. Dies kann jedoch nur durch einen Verwaltungsakt erfolgen, automatisch erlischt das Freizügigkeitsrecht nicht.

Die [Richtlinien zum Unterhaltsvorschuss](#) (S. 41) fordern die Unterhaltsvorschusskassen jedoch auf, im Einzelfall gemeinsam mit den Ausländerbehörden zu klären, ob die Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts nicht bestehen – und im Zweifelsfall die Gewährung von Unterhaltsvorschuss zu verweigern. Dies könne insbesondere dann erfolgen, wenn ein\*e Antragsteller\*in

- *„weder erwerbstätig ist*
- *noch selbständig ist*
- *noch arbeitssuchend ist*
- *noch über einen ausreichenden Krankenversicherungsschutz (ggf. auch im Heimatland) verfügt.“*

Eine solche Praxis halten wir für falsch. Denn der Bundesfinanzhof hat zumindest für den insofern gleichlautenden Rechtsbereich des Kindergeldes am 27. April 2015 entschieden, dass vom Vorliegen einer Freizügigkeitsberechtigung so lange auszugehen sei, bis die Ausländerbehörde formal festgestellt habe, dass diese nicht (mehr) vorliege. Daher sei auch so lange Kindergeld zu zahlen. ([Bundesfinanzhof, Urteil vom 27. April 2015; III B 127/14](#)). Nichts anderes kann für den Bereich des Unterhaltsvorschusses gelten: Unterhaltsvorschuss muss solange gezahlt werden, bis die Ausländerbehörde förmlich den Verlust oder das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts feststellt.

## **Praxistipp: Unterhaltsvorschuss kann helfen, wenn das Jobcenter nicht zahlt**

Einige Gruppen von Unionsbürger\*innen haben die existenzielle Schwierigkeit, dass ihnen die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums verweigert wird, indem sie keinen Anspruch auf Sozialhilfeleistungen nach dem SGB II und XII haben. Nach dem Willen des Gesetzgebers unterliegen diesen Leistungsausschlüssen folgende Gruppen:

- Unionsbürger\*innen mit einem Aufenthaltsrecht allein zum Zweck der Arbeitsuche. Das Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche besteht normalerweise für sechs Monate und für einen längeren Zeitraum dann, wenn begründete Aussicht auf Erfolg besteht, Arbeit zu finden;
- Unionsbürger\*innen mit einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 der Verordnung 492/2011. Dies ist ein Bleiberecht für Kinder ehemaliger Arbeitnehmer\*innen, bis die Kinder eine Schul- oder Berufsausbildung abgeschlossen haben. Das Aufenthaltsrecht gilt auch für die Eltern, die die Personensorge tatsächlich ausüben;
- Unionsbürger\*innen, die über kein materielles Aufenthaltsrecht gem. § 2 FreizügG verfügen, weil sie keinen Freizügigkeitsgrund als Arbeitnehmer\*in, Selbstständige, Familienangehörige, Arbeitsuchende, usw. erfüllen und auch nicht über ausreichende eigene Existenzmittel verfügen.

Abgesehen davon, dass wir diesen Leistungsausschluss für eindeutig verfassungswidrig halten, kann die Ausweitung des Unterhaltsvorschusses die existenzielle Not zumindest ein wenig lindern. Denn Kinder ab zwölf Jahren haben dann einen Anspruch auf Unterhaltsvorschuss, wenn „*das Kind keine Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch bezieht*“ – auch dann, wenn die Leistung die theoretische Hilfebedürftigkeit nicht überwinden kann (§ 1 Abs. 1a UhVorschG)). Zusammen mit dem Kindergeld, dem Wohngeld und eventuell dem Elterngeld, die trotz der Leistungsausschlüsse im SGB II und XII beansprucht werden können, kann zumindest ein Teil des Bedarfs gerade für Familien gedeckt werden.