

**Datum:** 17.11.2003  
**Gericht:** Finanzgericht Münster  
**Spruchkörper:** 4. Senat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 4 K 4828/02 Kg  
**Tenor:**  
Die Klage wird abgewiesen.  
Die Kosten des Verfahrens trägt der Kläger.  
Die Revision wird zugelassen.

### Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darum, ob ein Bürgerkriegsflüchtling aus Bosnien/-Herzegowina während des Zeitraumes der Duldung seines Aufenthaltes in der Bundesrepublik Deutschland Anspruch auf Kindergeld hat.

Der Kläger (Kl.) und seine Familie (Ehefrau und drei Söhne) sind Bürgerkriegsflüchtlinge aus Bosnien/Herzegowina und leben seit dem 18.06.1992 in Deutschland. Ausländerrechtlich waren sie hier zunächst nur geduldet. Der Kl. war vom 28.07.1992 bis zum 08.10.1992 nichtselbständig tätig, und zwar als Arbeitnehmer der Firma "M". Seit dem 01.06.1995 betreibt der Kl. im Rahmen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ("O-GbR") einen Grillwagen im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit.

Den Angaben des Kl. zufolge hat er erstmals im August 1992 einen Antrag auf Bewilligung von Kindergeld gestellt, der - wohl im Hinblick auf seinen damaligen ausländerrechtlichen Status als (nur) Geduldeter - abgelehnt worden sei. Der Beklagte (Bekl.) hat dazu mitgeteilt, dass ein entsprechender Kindergeldantrag bei ihm nicht mehr feststellbar sei.

Seit August 1999 besitzt der Kl. eine Aufenthaltserlaubnis. Im Hinblick darauf wurde ihm auf Grund seines Kindergeldantrags vom 28.09.1999 nunmehr Kindergeld für seine drei Söhne ab dem Monat August 1999 bewilligt.

Mit (nachfolgendem) Kindergeldantrag vom 26.04.2001 beantragte der Kl. erfolglos die rückwirkende Bewilligung von Kindergeld für die Zeit von Juni 1992 (Einreise der Familie in die Bundesrepublik Deutschland) bis Juli 1999.

Der Bekl. begründete seine ablehnende Entscheidung damit, dass der Kl. im streitigen Zeitraum weder im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung noch einer Aufenthaltserlaubnis gewesen sei. Gemäß § 62 Abs. 2 Satz 1 Einkommensteuergesetz (EStG) hätten Ausländer jedoch nur dann Anspruch auf Kindergeld, wenn sie im Besitz derartiger (qualifizierter) Aufenthaltstitel seien. Kindergeld - so der Bekl. - könne dem Kl. auch nicht auf Grund der Regelungen des deutsch-jugoslawischen Abkommens über soziale Sicherheit vom 12.10.1968 (BGBl II 1969, 1438) gewährt werden, da hiernach nur Arbeitnehmer, nicht jedoch Selbständige - wie der Kl. - begünstigt würden.

Hiergegen richtet sich die vom Kl. beim Sozialgericht erhobene Klage, die - soweit sie die Bewilligung von Kindergeld ab dem 01.01.1996 betraf - mit Beschluss des Sozialgerichts vom 19.08.2002 an das Finanzgericht Münster verwiesen wurde.

Der Kl. hat zwischenzeitlich sein Begehren im vorliegenden - beim Finanzgericht Münster anhängigen - Rechtsstreit dahingehend eingeschränkt, dass er die Bewilligung von Kindergeld für seine drei Söhne für die Zeit von Juli 1997 bis Juli 1999 begehrt. Er vertritt die Ansicht, dass ihm auf Grund des deutsch-jugoslawischen Abkommens über soziale Sicherheit Kindergeld zustehe. Hierbei sei unerheblich, dass er im streitigen Zeitraum nur über eine ausländerrechtliche Duldung verfügt habe. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG, Urteil vom 12.04.2000 -B 14 KG 3/99 R-, BSGE 86, 115) stehe ihm auf Grund der Regelung des Artikel 28 des deutsch-jugoslawischen Abkommens über soziale Sicherheit Kindergeld für seine drei Söhne zu.

Der Kl. beantragt,

den Bekl. zu verpflichten, ihm Kindergeld für seine Söhne E1 (geb. am 13.05.1981), T (geb. am 29.09.1983) und E2 (geb. am 24.11.1992) für die Zeit von Juli 1997 bis einschließlich Juli 1999 in gesetzlicher Höhe zu bewilligen,

hilfsweise, die Revision zuzulassen.

Der Bekl. hat schriftlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hält an seiner bereits im Verwaltungsverfahren vertretenen Rechtsauffassung fest, wonach der Kl. als Ausländer gemäß § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG nicht kindergeldberechtigt sei, weil er im streitigen Zeitraum weder im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung noch einer Aufenthaltserlaubnis gewesen sei. Die Regelungen des deutsch-jugoslawischen Abkommens über soziale Sicherheit seien nicht einschlägig, weil Artikel 28 des Abkommens nur Arbeitnehmer, nicht aber selbständig tätige Personen - wie den Kl.- begünstige.

Der Senat hat in der Sache mündlich verhandelt. Wegen der Einzelheiten wird auf die Sitzungsniederschrift vom 17.11.2003 verwiesen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Klage ist nicht begründet.

Der Ablehnungsbescheid des Bekl. vom 09.08.2001 und die Einspruchsentscheidung (EE) vom 21.03.2002 sind rechtmäßig und verletzen den Kl. nicht in seinen Rechten, § 100 Abs. 1 Satz 1 Finanzgerichtsordnung (FGO). Der Bekl. hat zu Recht entschieden, dass dem Kl. für den Zeitraum von Juli 1997 bis Juli 1999 ( Erteilung der Aufenthaltserlaubnis im August 1999) kein Anspruch auf Kindergeld zusteht.

Für das Kindergeldbegehren des vor August 1999 ausländerrechtlich nur geduldeten Kl. fehlt es an einer materiellen Anspruchsgrundlage. § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG beschränkt den Kreis der kindergeldberechtigten Ausländer auf solche Personen, die im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung (§ 27 des Gesetzes über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet - Ausländergesetz (AuslG) -) oder einer Aufenthaltserlaubnis (§ 15 AuslG) sind. Über beides verfügte

der Kl. bis August 1999 unstreitig nicht. Aufenthaltsbewilligung oder -befugnis (§§ 28, 30 AuslG) berechtigen hingegen nach dem eindeutigen Wortlaut des § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG nicht zum Kindergeldbezug. Der Senat hält diese gesetzliche Regelung für verfassungskonform (vgl. dazu Bergkemper in Herrmann/Heuer/Raupach, § 62 EStG Anm. 12 sowie Blümich/Heuermann, § 62 EStG Rz. 36). Die Vorschrift verstößt nach Auffassung des Senats insbesondere nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG, denn der Gesetzgeber darf bei der Frage der Kindergeldberechtigung nach dem konkreten ausländerrechtlichen Status des jeweiligen Anspruchstellers differenzieren. Nach Ansicht des Senats ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn der Gesetzgeber nur Ausländern, die im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung oder Aufenthaltserlaubnis sind, einen Kindergeldanspruch zubilligt, weil deren Aufenthalt - im Gegensatz zu Ausländern, die nur über eine Aufenthaltsbefugnis verfügen - von einem auf Dauer angelegten Bleiberecht in der Bundesrepublik Deutschland getragen wird. Die Entscheidung des Gesetzgebers, nur Ausländern, die im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung oder Aufenthaltserlaubnis sind, einen Anspruch auf Kindergeld zu gewähren, ist mithin nicht willkürlich.

Hinsichtlich einer Anspruchsberechtigung nach Artikel 28 des deutsch-jugoslawischen Abkommens über soziale Sicherheit hat der Bundesfinanzhof (Beschluss vom 04.11.2002 - VIII B 131/02-BFH/NV 2003, 168) entschieden, bereits durch die bisherige Rechtsprechung sei geklärt, dass Artikel 28 des deutsch-jugoslawischen Abkommens über soziale Sicherheit seinem Wortlaut gemäß zu verstehen sei und nur die dort ausdrücklich genannten Personenkreise (Arbeitnehmer) erfasse. Anders als nach dem deutschen materiellen Kindergeldrecht hätten nach dem - in den Teilrepubliken unterschiedlichen - jugoslawischen Recht nur Arbeitnehmer Anspruch auf Kindergeld. Die gegenseitig eingegangenen Verpflichtungen hätten also nur durch eine Beschränkung des sachlichen Geltungsbereichs auf das "Kindergeld für Arbeitnehmer" auch für Deutschland im Gleichgewicht gehalten werden können. Dies sei der Grund dafür, dass der Arbeitnehmerbegriff des Artikel 28 des Abkommens eng auszulegen sei. Nach dieser Rechtsprechung, der der Senat folgt, besteht eine Kindergeldberechtigung des Kl. danach auch nach Artikel 28 des deutsch-jugoslawischen Abkommens über soziale Sicherheit nicht, denn der Kl. war im jetzt noch streitigen Zeitraum ausschließlich selbständig tätig und kein Arbeitnehmer im Sinne dieser Bestimmung des Abkommens.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 FGO.

Der Senat läßt die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zu (§ 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO). Zur Frage, ob ein Ausländer, dessen Aufenthalt im Inland lediglich auf der Grundlage des § 30 AuslG gestattet ist, einen Anspruch auf Kindergeld hat, sind noch mehrere Revisionsverfahren beim BFH anhängig (VIII R 40/02 -Vorinstanz: FG Münster, Urteil vom 05.05.2000, 11 K 7518/99 Kg, EFG 2002, 1461- und VIII R 39/02 -Vorinstanz: FG München, Urteil vom 05.12.2001, 9 K 5246/00, EFG 2002, 1314-).