

1. Ein Ausländer hat Anspruch auf Kindergeld, wenn er seinen Wohnsitz im Inland hat und sich nicht ohne Aufenthaltsgenehmigung befindet. Die Aufenthaltsgenehmigung nach § 30 AuslG ist eine Art der Aufenthaltsgenehmigung.
2. Ein Antrag auf Verzinsung des zu gewährenden Kindergelds hat keinen Erfolg. Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis werden nur verzinst, soweit dies gesetzlich vorgeschrieben ist. Das Kindergeld wird gemäß § 31 Satz 3 EStG als Steuervergütung gezahlt.
3. Revision eingelegt (Az. des BFH: III R 42/06).

IV 38/2006

FG Nürnberg
Urteil vom 06.04.2006

Tatbestand

Streitig ist der Anspruch des Klägers auf Kindergeld für seine am ... 1995 geborene Tochter A für die Monate Januar 1996 bis März 1997.

Der Kläger ist polnischer Staatsangehöriger, 1987 reiste er in die Bundesrepublik Deutschland ein. Nach erfolglosem Asylverfahren wurde ihm wiederholt eine Duldung erteilt. Im November 1989 und im Oktober 1990 erhielt er jeweils eine befristete Aufenthaltserlaubnis nach dem Ausländergesetz a. F., am 20. Januar 1995 erteilte ihm das Landratsamt Z eine bis zum 23. Januar 1997 gültige Aufenthaltsgenehmigung. Laut Bescheinigung des Landratsamtes Z vom 23.01.1997 ist dort die Verlängerung der Aufenthaltsgenehmigung beantragt worden und es galt deshalb der Aufenthalt im Bundesgebiet als erlaubt. Die Bescheinigung war bis 07.04.1997 gültig. Am 07.04.1997 trug die zuständige Ausländerbehörde eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis in den Pass des Klägers ein. In den Monaten Januar 1996 bis März 1997 wohnte der Kläger zusammen mit seiner Ehefrau und der Tochter in Y.

Den Antrag des Klägers vom 28.07.1995 auf Gewährung von Kindergeld für seine Tochter A lehnte die Kindergeldkasse des Arbeitsamtes X mit Bescheid vom 18.08.1995 ab mit der Begründung, der Kläger besitze weder eine gültige Aufenthaltsberechtigung noch eine Aufenthaltserlaubnis. Der dagegen eingelegte Widerspruch wurde mit Bescheid vom 12.10.1995 als unbegründet zurückgewiesen.

Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 14.11.1995 dagegen Klage zum Sozialgericht W erhoben.

Mit Schreiben vom 10.02.1997 teilte der Kläger der Kindergeldkasse des Arbeitsamtes X mit, dass er am 11.11.1996 einen Antrag auf unbefristete Aufenthaltserlaubnis gestellt habe und nach § 69 Abs. 3 Ausländergesetz - AuslG - der Aufenthalt seit Stellung des Antrages als erlaubt gelte. Er hoffe, der Antrag auf Kindergeld sei damit begründet. Die Familienkasse des Arbeitsamtes X wertete dies als neuen Antrag auf Kindergeld, den es mit Schreiben vom 12.03.1997 wiederum ablehnte, mit der

Begründung, der Kläger besitze keine gültige Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis. Dem Schreiben ist eine Rechtsbehelfsbelehrung (Einspruch) beigefügt worden. Mit Schreiben vom 08.04.1997 zeigte der Kläger der Beklagten die Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis an. Da die Ablehnung seines Kindergeldantrages vom 28.07.1995 aufgrund der erhobenen Klage noch nicht bindend geworden sei und die Anspruchsvoraussetzungen nunmehr nachgewiesen seien, solle sein Schreiben vom 10.02.1997 nicht als neuer Antrag angesehen werden, sondern der erlassene Bescheid vom 18.08.1995 durch einen neuen abgeändert oder ersetzt werden. Außerdem wies der Kläger auf die Regelung des § 96 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz - SGG - hin. Seine Einwendungen gegen die ausländerfeindlichen und verfassungswidrigen Regelungen des Bundeskindergeldgesetzes - BKGG - seien auch für § 62 EStG gültig.

Mit Urteil vom 21.04.1997 Az. S 8 Kg 49/95 hat das Sozialgericht W die Klage wegen Kindergeld für die Zeit von Juli 1995 bis März 1997 abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hin wurde das Urteil durch das Bayer. Landessozialgericht aufgehoben, soweit es einen Kindergeldanspruch des Klägers ab 1. Januar 1996 betraf. Der Rechtsstreit wurde insoweit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Sozialgericht W zurückverwiesen. Mit Beschluss vom 03.07.2001 Az. S erklärte dieses den Rechtsweg für Streitigkeiten über den Anspruch auf Kindergeld ab 01.01.1996 zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit für unzulässig und verwies den Rechtsstreit an das Finanzgericht Nürnberg. Die vom Kläger dagegen erhobene Beschwerde hat das Bayer. Landessozialgericht mit Beschluss vom 28.01.2002 zurückgewiesen und die weitere Beschwerde nicht zugelassen.

Vor dem Finanzgericht Nürnberg beantragt der Kläger zuletzt sinngemäß, die Ablehnungsbescheide vom 18.08.1995 und 12.03.1997 sowie den Widerspruchsbescheid vom 12.10.1995 aufzuheben, soweit sie den Kindergeldanspruch für A von Januar 1996 bis März 1997 betreffen, und die Beklagte zu verpflichten, ihm für den genannten Zeitraum Kindergeld nebst Zinsen in gesetzlicher Höhe für die Tochter A zu gewähren.

Zur Begründung der Klage wird im Wesentlichen vorgetragen, dass die Regelung des § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG ebenso wie die Regelungen des § 1 Abs. 3 BKGG in seiner alten und neuen Fassung verfassungswidrig seien. Spätestens seit Ergehen des "Familienurteils" des Bundesverfassungsgerichts vom 10.10.1998, Az. 2 BvR 1057/91 u. a. (BStBl. II 1999, 182) müsste dies der Beklagten und der Bundesregierung zweifelsfrei klar sein. Es bestehe nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 EStG Anspruch auf Kindergeld.

Der Kläger hat während des Klageverfahrens die von ihm in eigenen Sachen erwirkten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 2005 1 BvR (betr. Erziehungsgeld) und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom .2005 - Individualbeschwerde Nr. (betr. Kindergeld bis Dezember 1995 u. a.) - vorgelegt. Wegen des Inhalts wird auf die genannten Gerichtsentscheidungen verwiesen.

Für die beklagte Familienkasse wird Klageabweisung, hilfsweise die Zulassung der Revision beantragt und zur Begründung im Wesentlichen vorgetragen:

Nach derzeitiger Gesetzes- und Weisungslage sei eine Abhilfe nicht möglich. Das vom Kläger vorgelegte Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 25.10.2005 sei zu § 1 Abs. 3 BKGG ergangen.

Dem Gericht liegt von der Beklagten die Kindergeldakte KG-Nr. vor.

Entscheidungsgründe

Die Klage hat im Wesentlichen Erfolg. Der Kläger hat Anspruch auf Kindergeld für seine Tochter A für die Monate Januar 1996 bis März 1997. Eine Verzinsung des Anspruchs ist im vorliegenden Verfahren jedoch nicht auszusprechen.

1. Gegenstand der Klage sind der Ablehnungsbescheid vom 18.08.1995 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 12.12.1995 und der Ablehnungsbescheid vom 12.03.1997. Der Regelungsinhalt der Bescheide vom 18.08. und 12.10.1995, d. h. die Ablehnung des Kindergeldes, erstreckt sich auch auf das ab 01.01.1996 nach dem EStG zu gewährende Kindergeld und damit auch auf den Zeitraum nach dem 01.01.1996. Dies ist bereits aus der - zwischenzeitlich weggefallenen - Übergangsregelung des § 78 Abs. 1 Satz 1 EStG zu folgern. Die Einfügung des Kindergeldrechts in das EStG ab 01.01.1996 kann nicht dazu führen, dass der Kindergeldberechtigte für den Zeitraum ab 01.01.1996 erneut eine ablehnende Entscheidung hätte erwirken und ein erneutes Vorverfahren durchführen müssen. Es kann dahingestellt bleiben, ob der wiederum nur auf den nicht ausreichenden Aufenthaltstitel des Klägers gestützten Ablehnung vom 12.03.1997 überhaupt ein Antrag des Klägers zu Grunde lag und ob ihr nur ein wiederholender Inhalt zuzusprechen ist, denn gleichwohl ist sie Gegenstand des Klageverfahrens geworden (vgl. Gräber/von Groll, FGO, 6. Aufl., § 68 Rz. 66). Das Klageverfahren befand sich zum Zeitpunkt des Erlasses des Bescheids vom 12.03.1997 vor dem Sozialgericht W mit der Folge, dass nach § 96 Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz - SGG - ohne Weiteres dieser Bescheid Gegenstand des Klageverfahrens geworden ist. Eines Antrags nach § 68 FGO a. F. bedurfte es nicht, da zum Zeitpunkt des Ergehens des Bescheides das Verfahren noch nicht vor dem Finanzgericht anhängig und zum Zeitpunkt der Verweisung des Rechtsstreits an das Finanzgericht ein Antrag nach § 68 FGO n. F. nicht mehr erforderlich war.

2. Nach § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG in der für den Streitfall anzuwendenden Fassung hat ein Ausländer nur Anspruch auf Kindergeld, wenn er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung (§ 27 Ausländergesetz - AuslG -) oder einer Aufenthaltserlaubnis (§ 15 AuslG) ist. Andere Aufenthaltsgenehmigungen (z. B. eine Aufenthaltsbewilligung oder -befugnis, §§ 28 , 30 AuslG) oder eine Duldung (§ 55 Abs. 1 AuslG) sind von der bisher herrschenden Meinung (vgl. hierzu Schmidt/Weber-Grellet, EStG,

23. Aufl., § 62 Rz. 8 m.w.N.) als nicht ausreichend angesehen worden. Danach wäre ein Kindergeldanspruch des Klägers für die Monate Januar 1996 bis März 1997 mangels Besitz eines entsprechenden Aufenthaltstitels nicht gegeben.

Mit Beschluss vom 06.07.2004 1 BvL 4/97 (HFR 2005, 162) hat jedoch das Bundesverfassungsgericht zu der bezüglich der erforderlichen Aufenthaltstitel identischen Vorschrift des § 1 Abs. 3 BKGG in der Fassung des 1. Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms vom 21.12.1993 (1. SKWPG, BGBl. I, 2353) entschieden, dass diese Regelung nach Maßgabe der Entscheidungsgründe mit Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes unvereinbar ist. Ersetzt der Gesetzgeber die verfassungswidrige Regelung nicht bis zum 01.01.2006 durch eine Neuregelung, ist auf noch nicht abgeschlossene Verfahren das bis zum 31.12.1993 geltende Recht anzuwenden. Unter anderem wird in dieser Entscheidung ausgeführt, dass die Aufenthaltsbefugnis eine mögliche Vorstufe zum Daueraufenthalt darstellt, ein Umstand, auf den auch in der Gesetzesbegründung anlässlich der Einführung dieses Aufenthaltstitels ausdrücklich hingewiesen worden sei. Die Aufenthaltsbefugnis allein eigne sich deshalb nicht als Grundlage einer Prognose über die Dauer des Aufenthalts in Deutschland und damit auch nicht als Abgrenzungskriterium bei der Gewährung von Kindergeld. Wegen der weiteren Ausführungen zur Verfassungswidrigkeit der Regelung wird auf die vorgenannte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts verwiesen.

In dem vom Kläger zu § 1 Abs. 3 BKGG in der bis zum 31.12.1995 maßgeblichen Fassung erwirkten Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom .2005 - Individualbeschwerde Nr. - wird unter I. Ziff. 33. der rechtlichen Würdigung ausgeführt, dass der Gerichtshof wie das Bundesverfassungsgericht keine hinreichenden Gründe zur Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung von Ausländern bei dem Kindergeldbezug in Abhängigkeit davon erkennt, ob sie über eine dauerhafte Aufenthaltsgenehmigung verfügen oder nicht. Folglich ist Art. 14 i. V. m. Art. 8 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten verletzt worden.

Die vorgenannten höchstrichterlichen Entscheidungen sind auch bei der Anwendung des § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG in der für den Streitzeitraum gültigen Fassung zu beachten, denn auch nach dieser Regelung ist nur eine Aufenthaltserlaubnis oder eine Aufenthaltsberechtigung ein für den Kindergeldbezug ausreichender Aufenthaltstitel. Die Regelung des § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG in der im Streitfall anzuwendenden Fassung ist insoweit wortgleich mit der Regelung des § 1 Abs. 3 Satz 1 BKGG i. d. F. des 1. SKWPG. Durch die Einfügung der Kindergeldregelungen in das EStG mit Wirkung ab 01.01.1996 hat sich an diesem Gesetzeszweck nichts geändert, denn das Kindergeld ist nach wie vor dazu bestimmt, die wirtschaftliche Belastung, die Eltern durch die Sorge für ihre Kinder entsteht, teilweise auszugleichen (vgl. hierzu auch Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 06.07.2004 a.a.O.). Eine Neuregelung der vom Bundesverfassungsgericht als verfassungswidrig erkannten Vorschrift des § 1 Abs. 3 Satz 1 BKGG i. d. F. des 1. SKWPG ist durch den Gesetzgeber bis heute nicht erfolgt, so dass nach der Entscheidungsformel des Bundesverfassungsgerichts im Beschluss vom 06.07.2004 für

den Kindergeldanspruch nach dem BKG die bis 31.12.1993 gültige Regelung des § 1 Abs. 3 Satz 1 BKG anzuwenden ist. Demnach haben Ausländer, die sich ohne Aufenthaltsgenehmigung im Geltungsbereich dieses Gesetzes aufhalten, einen Anspruch nach dem BKG, wenn sie nach den §§ 51, 53 oder 54 des Ausländergesetzes auf unbestimmte Zeit nicht abgeschoben werden können, frühestens jedoch für die Zeit nach einem gestatteten oder geduldeten ununterbrochenem Aufenthalt von einem Jahr. Weiteren Einschränkungen unterliegt der Kindergeldanspruch von Ausländern nach § 1 Abs. 3 Satz 1 BKG damit derzeit nicht. Unter Berücksichtigung des unveränderten identischen Zwecks der Kindergeldgewährung, des Unterbleibens einer gesetzlichen Neuregelung des § 1 Abs. 3 S.1 BKG in der bis 31.12.1995 gültigen Fassung trotz der durch das Bundesverfassungsgericht gesetzten Frist sowie unter Beachtung der vorgenannten höchstrichterlichen Entscheidungen ist der Senat in Übereinstimmung mit der vom Niedersächsischen Finanzgericht in seinem Urteil vom 23.01.2006, Az.: 16 K 12/04 (Juris Nr.: STRE200670243) vertretenen Rechtsauffassung ebenfalls der Meinung, dass zum einen § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG in der im Streitfall gültigen Fassung ebenfalls verfassungs- und gemeinschaftsrechtskonform dahingehend einschränkend auszulegen ist, dass nur bei Fehlen der in § 1 Abs. 3 Satz 1 BKG in der bis zum 31.12.1993 gültigen Fassung genannten Voraussetzungen Ausländern Kindergeld versagt werden kann und es zum anderen keiner Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG an das Bundesverfassungsgericht bedarf, weil dieses bereits eine Entscheidung zu einer vergleichbaren Rechtsvorschrift getroffen hat und deshalb das unterinstanzliche Gericht diese Entscheidung in eigener Entscheidungszuständigkeit auf die andere Rechtsnorm übertragen kann. Der vom Niedersächsischen Finanzgericht auf das BFH-Urteil vom 01.06.2004 IX R 35/04 (BStBl. II 2005, 26) gestützten Rechtsauffassung zur Entbehrlichkeit einer Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG ist zuzustimmen.

Demnach hat der Kläger für die Monate Januar 1996 bis Januar 1997 Anspruch auf Kindergeld für seine Tochter A, denn er hatte in diesen Monaten seinen Wohnsitz im Inland und befand sich nicht ohne Aufenthaltsgenehmigung in der BRD. Die Aufenthaltsbefugnis nach § 30 AuslG ist eine Art der Aufenthaltsgenehmigung (vgl. § 5 AuslG). Für die Monate Februar und März 1997 galt der Aufenthalt des Klägers im Inland nach § 69 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 AuslG als erlaubt, sodass eine Ausreisepflicht nicht bestand und damit seine Abschiebung grundsätzlich nicht möglich war. Auf das Vorliegen von Abschiebungshindernissen nach den §§ 51 , 53 oder 54 des AuslG auf unbestimmte Zeit kann es deshalb nicht ankommen, weil der - erlaubte - Aufenthalt nicht durch Abschiebung hätte beendet werden können. Das FG Münster hat in seinem Urteil vom 14.01.2005, Az.: 11 K 3588/04 Kg (EFG 2005, 626) erneut entschieden, dass selbst während der Zeit eines nicht lückenlos gemäß § 69 Abs. 3 AuslG gestatteten Aufenthalts Kindergeld zu gewähren ist. Nach der Dienstanweisung des Bundesamtes für Finanzen (DA-Fam EStG, BStBl. I 2004, 742 ff) DA 62.4.1 Abs. 1 Satz 5 wird ein Kindergeldanspruch für die Zeit bis zur erneuten Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis dann bejaht, wenn die erneute Aufenthaltserlaubnis vor dem Ablauf der ursprünglichen Aufenthaltserlaubnis beantragt wird. Vor dem Hintergrund der vorgenannten höchstrichterlichen Rechtsprechung kann im Streitfall für die Zeit des nach § 69 Abs. 3 Satz 1 AuslG erlaubten Aufenthalts des Klägers nichts anderes gelten.

Die weiteren Anspruchsvoraussetzungen sind zwischen den Beteiligten nicht strittig.

Die Beklagte war deshalb zu verpflichten (§ 101 S.1 FGO), für Januar 1996 bis März 1997 Kindergeld für das Kind A in gesetzlicher Höhe zu gewähren. Insoweit sind die Ablehnungsbescheide vom 18.08.1995 und vom 12.03.1997 sowie der Widerspruchsbescheid vom 12.10.1995 aufzuheben. Soweit dem Ablehnungsbescheid vom 12.03.1997 nur ein wiederholender Inhalt zuzusprechen ist, ist er im beantragten Umfang zumindest zur Beseitigung des Rechtsscheins aufzuheben.

3. Der Antrag auf Verzinsung des zu gewährenden Kindergelds hat keinen Erfolg. Ein Zinsfestsetzungsbescheid oder die Ablehnung einer Verzinsung ist nicht Gegenstand der Klage. Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis werden nur verzinst, soweit dies gesetzlich vorgeschrieben ist (vgl. § 233 S.1 AO). Das Kindergeld wird gemäß § 31 Satz 3 EStG als Steuervergütung gezahlt. Im vorliegenden Fall in Betracht kommende Prozesszinsen werden von der Behörde gemäß §§ 236 Abs. 1 Satz 1, 239 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 155 Abs. 1 Satz 1 AO von Amts wegen festgesetzt. Der Zinsfestsetzungsbescheid ist durch Einspruch und Klage anfechtbar. Erst wenn ein solcher Bescheid ergangen ist, ist das Gericht in der Lage, über einen eventuell strittigen Zinsanspruch des Klägers zu urteilen. Eine Entscheidung des Gerichts über den Zinsanspruch zugleich mit der Entscheidung über den Kindergeldanspruch ist durch § 100 Abs. 3 FGO nicht gedeckt (vgl. Tipke/Kruse, AO - FGO, § 236 AO Tz. 31 m.w.N.). Insoweit war die Klage abzuweisen.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 143 Abs. 1 , 135 Abs. 1 FGO . Der Kläger ist hinsichtlich seines unbezifferten Antrags auf Verzinsung des zu gewährenden Kindergeldes zwar unterlegen, aber nur zu einem geringen Teil. Eine teilweise Kostentragung durch den Kläger nach § 136 Abs.1 Satz 3 FGO ist nicht geboten. Für den Umfang des Unterliegens kann nach Auffassung des Senats der in seiner Höhe von der Verfahrensdauer abhängige, erst durch die Behörde noch festzusetzende Zinsbetrag nicht als weiterer Hauptanspruch, sondern die begehrte Verzinsung lediglich als eine den Streitwert und damit die Gerichtsgebühren nicht erhöhende Nebenforderung qualifiziert werden (vgl. § 22 Abs. 1 Gerichtskostengesetz - GKG - a.F.; BFH - Beschluss vom 23.01.1991 I E 3/90 , BStBl. II 1991, 528).

5. Der Senat lässt die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung nach § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO zu.