

Finanzgericht Köln
Urteil vom 09.05.2007

Tenor:

Die Beklagte wird unter Aufhebung des Ablehnungsbescheids vom 16. Juni 2005 und der Einspruchsentscheidung vom 3. August 2005 verpflichtet, das Kindergeld für die Kinder N und O in gesetzlicher Höhe für den Monat Dezember 2004 zu gewähren.

Die Kosten des Verfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist wegen der Kostenentscheidung ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des Kostenersatzungsanspruchs der Klägerin abwenden, soweit nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in derselben Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Klägerin ist marokkanische Staatsangehörige und lebt seit 1991 in der BRD. Sie ist Mutter von zwei in den Jahren 1993 und 1994 in der BRD geborenen Kindern. Seit August 2003 lebt sie vom Vater ihres zweiten Kindes getrennt. Der Vater ihres ersten Kindes ist ägyptischer Staatsangehöriger. Die Klägerin ist weder in Besitz einer Aufenthaltserlaubnis noch einer Aufenthaltsberechtigung. Auch eine Anerkennung als Flüchtling/Asylberechtigter erfolgte nicht. Ihr wurde vielmehr lediglich von der Stadt Aachen im Januar 2004 eine Aufenthaltsbefugnis aus humanitären Gründen erteilt (§§ 30, 32 AuslG a. F.; Kindergeld-Akte, Bl 3, 5). Im März 2005 wurde ihr - wiederum aus humanitären Gründen - eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 23 Abs. 1 AufenthG erteilt, mit der Nebenbestimmung, dass die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt sei (Kindergeld-Akte, Bl 15).

Mit inzwischen bestandskräftigem Bescheid vom 10. November 2004 hatte die Beklagte bereits einen Kindergeldantrag aus September 2004 unter Hinweis auf § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG abgelehnt. Ein weiterer Kindergeldantrag vom 19. Mai 2005 wurde mit dem vorliegend streitgegenständlichen Bescheid vom 16. Juni 2005 mit gleicher Begründung abgelehnt. Der Einspruch blieb ohne Erfolg. Zur Begründung führte die Beklagte in der Einspruchsentscheidung vom 3. August 2005 aus: Die Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 EStG lägen nicht vor, da die Klägerin lediglich in Besitz einer Aufenthaltserlaubnis i.S. § 23 Abs. 1 AufenthG sei.

In der mündlichen Verhandlung erklärte die Klägerin, in der Zeit ab Dezember 2004 nicht gearbeitet zu haben; die minderjährigen Kinder lebten nach wie vor in ihrem Haushalt.

Die Klägerin beantragt, die Beklagte unter Aufhebung des Ablehnungsbescheids vom 16. Juni 2005 und der Einspruchsentscheidung vom 3. August 2005 zu verpflichten, dass Kindergeld für die 1993 und 1994 geborenen Kinder für Dezember 2004 zu gewähren.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte bezieht sich auf die Begründung in der Einspruchsentscheidung. Da nicht festgestellt werden könne, dass die Klägerin einer Erwerbstätigkeit nachgehe, seien auch die Voraussetzungen der rückwirkend anzuwendenden Neufassung des § 62 Abs. 2 EStG für die Gewährung von Kindergeld nicht gegeben. Angesichts des klaren Gesetzeswortlauts ergebe sich etwas anderes auch nicht daraus, dass die Ausweisung der Klägerin auf unbestimmte Zeit nicht möglich sei.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist begründet. Die Kindergeldberechtigung der Klägerin für die Monate bis einschließlich Dezember 2004 ergibt sich aus § 62 Abs. 2 EStG i. d. F. des JStG 1996, der vor dem Hintergrund des BVerfG-Beschlusses vom 6. Juli 2004 1 BvL 4/97, 1 BvL 5/97, 1 BvL 6/97 (BVerfGE 111, 160, BFH/NV 2005, Beilage 2, 114) entgegen seinem Wortlaut einschränkend dahin auszulegen ist, dass der Ausschluss von Ausländern von der Kindergeldberechtigung nicht für solche ausländischen Eltern gilt, die auf unbestimmte Zeit nicht abgeschoben werden können und die sich seit mindestens 1 Jahr ununterbrochen in Deutschland aufhalten.

1. Entgegen den Ausführungen des BFH in dem zur Veröffentlichung bestimmten Urteil vom 15. März 2007 III R 93/03 (auf der Homepage des BFH erschienen am 9. Mai 2007) lehnt der erkennende Senat die Anwendung der Neufassung des § 62 Abs. 2 EStG vom 13. Dezember 2006 auf den Streitfall ab, weil er deren Erstreckung auf Altfälle durch die Anwendungsvorschrift des § 52 Abs. 61a Satz 2 EStG für verfassungsrechtlich unzulässig hält.

a) Gemäß § 62 Abs. 2 EStG, der durch Art. 2 des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13. Dezember 2006 (AuslAnsprG - BGBl I 2006, 2915, BStBl I 2007, 62) an die Systematik der Aufenthaltstitel nach dem Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet vom 30. Juli 2004 (AufenthG - BGBl I 2004, 1950) angepasst worden ist, hängt die Kindergeldberechtigung von nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern, denen lediglich eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG wegen eines Krieges im Heimatland oder nach den §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG erteilt worden ist (§ 62 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c EStG) davon ab, dass sie sich seit

mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhalten und darüber hinaus im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig sind, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch beziehen oder Elternzeit in Anspruch nehmen (§ 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG).

b) Die Regelung ist mit Wirkung vom 1. Januar 2006 in Kraft getreten, erfasst aber darüber hinaus alle Sachverhalte, bei denen das Kindergeld - wie auch im Streitfall - noch nicht bestandskräftig festgesetzt worden ist (§ 52 Abs. 61a Satz 2 EStG). Wegen der Anknüpfung der Neufassung des § 62 Abs. 2 EStG an die Aufenthaltstitel nach dem AufenthG einerseits und wegen der rückwirkenden Erstreckung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf vor dem 1. Januar 2005 verwirklichte Sachverhalte (Altfälle) andererseits, in denen sich die Aufenthaltstitel noch nach dem AuslG richteten, müsste nach dieser Regelung für Altfälle jeweils geklärt werden, inwieweit die Aufenthaltsrechte nach dem AuslG 1990 den in § 62 Abs. 2 EStG genannten Aufenthaltstiteln entsprechen (BFH-Urteil vom 15. März 2007 III R 93/03, zur Veröffentlichung bestimmt, Homepage des BFH vom 9. Mai 2007 für einen geduldeten Aufenthalt in der BRD seit 1992 betreffend Kindergeld für die Monate von Juli 1997 bis Juli 1999). Ein Aufenthalt aufgrund einer Duldung berechtigte danach nicht zum Bezug von Kindergeld; bei einer bloßen Aufenthaltsbefugnis aus humanitären Gründen hinge die Kindergeldberechtigung in aller Regel davon ab, ob sich der Ausländer seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufgehalten hat und darüber hinaus im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig war bzw. laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch bezogen oder Elternzeit in Anspruch genommen hat.

c) Danach müsste die Kindergeldberechtigung im Streitfall versagt und die Klage abgewiesen werden. Der erkennende Senat wendet die Neufassung des § 62 Abs. 2 EStG vom 13. Dezember 2006 jedoch nicht auf den Streitfall an.

aa) Das BVerfG hat mit Beschluss vom 6. Juli 2004 1 BvL 4/97, 1 BvL 5/97, 1 BvL 6/97 (BVerfGE 111, 160, BFH/NV 2005, Beilage 2, 114) entschieden, dass § 1 Abs. 3 Satz 1 BKGG in der Fassung des Ersten Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms (1. SKWPG) vom 21. Dezember 1993 (BGBl. I 1993, 2353), durch den Ausländer von Kindergeld ausgeschlossen wurden, die lediglich im Besitz einer Aufenthaltsbefugnis waren, mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar ist. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass Ausländer ihren ausländerrechtlichen Status nicht beeinflussen könnten, befand das BVerfG, dass eine an der Art des Aufenthaltstitels ausgerichtete Differenzierung zwischen ausländischen Eltern nicht durch Gründe von hinreichendem Gewicht gerechtfertigt sei. Denn der Gesetzgeber dürfe bei der Bestimmung der Art und Weise des Familienleistungsausgleichs nicht allein aus fiskalischen Erwägungen eine Gruppe von Personen, gegenüber denen der Staat aus Art. 6 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG grundsätzlich zu einem Ausgleich verpflichtet sei, von einer bestimmten Leistung ausschließen, die anderen gewährt werde. Bei Ausländern, die

legal in Deutschland lebten, sei unabhängig von der Art des Aufenthaltstitels zu berücksichtigen, dass sie - wie auch Deutsche - in gleicher Weise durch die persönlichen und finanziellen Aufwendungen bei der Kindererziehung belastet seien. Soweit es Ziel der gesetzlichen Neuregelung gewesen sei, Kindergeld nur solchen Ausländern zu gewähren, die sich auf Dauer in Deutschland aufhalten, sei die Regelung ungeeignet, dieses Ziel zu erreichen, weil einerseits diejenigen, die über eine Aufenthaltserlaubnis verfügten, sich nicht typischerweise nur kurzfristig in Deutschland aufhielten, andererseits eine Aufenthaltserlaubnis auch befristet bei kurzfristigem Aufenthalt erteilt werde. Ebenso hat der EuGH mit Urteil vom 25. Oktober 2005 in der Sache 59140/00 (DStR 2006, 1404, BFH/NV 2006, Beilage 3, 357) entschieden, dass der Ausschluss von im Inland lebenden Ausländern ohne Aufenthaltsberechtigung vom deutschen Kindergeld gegen das Diskriminierungsverbot der Europäischen Menschenrechtskonvention verstößt.

bb) Das BVerfG hat dem Gesetzgeber in seinem o. a. Beschluss vom 6. Juli 2004 eine Frist bis zum 1. Januar 2006 gesetzt, die verfassungswidrige Norm durch eine Neuregelung zu ersetzen. Andernfalls sollte auf alle noch nicht rechts- oder bestandskräftig abgeschlossenen Verfahren das bis zum 31. Dezember 1993 geltende Recht anzuwenden sein, d.h., das BKGG in der Fassung des Gesetzes zur Neuregelung des Ausländerrechts vom 9. Juli 1990 (BGBl. I 1990, 1354). Nach dieser Regelung haben Ausländer, die sich ohne Aufenthaltsgenehmigung in der BRD aufhalten, einen Kindergeldanspruch, wenn sie nach den §§ 51, 53 und 54 AuslG auf unbestimmte Zeit nicht abgeschoben werden können, frühestens jedoch für die Zeit nach einem gestatteten oder geduldeten ununterbrochenen Aufenthalt von einem Jahr.

cc) Vor diesem Hintergrund teilt der erkennende Senat nicht die Auffassung des III. Senats des BFH, der sowohl die Neuregelung des § 62 Abs. 2 EStG als auch die Anwendungsvorschrift des § 52 Abs. 61a Satz 2 EStG über die rückwirkende Erstreckung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf vor dem 1. Januar 2005 verwirklichte Sachverhalte (Altfälle) für verfassungsrechtlich unbedenklich hält (BFH-Urteil vom 15. März 2007 III R 93/03, a.a.O.).

aaa) Die Anordnung einer derartigen Rückwirkung auch auf Altfälle ist weder verfassungsgemäß noch entspricht sie dem Grundsatz der gegenseitigen Achtung von Verfassungsorganen. Das BVerfG hatte dem Gesetzgeber in seinem Beschluss vom 6. Juli 2004 1 BvL 4/97, 1 BvL 5/97, 1 BvL 6/97 (BVerfGE 111, 160, BFH/NV 2005, Beilage 2, 114) einen klaren, bis zum 1. Januar 2006 befristeten Regelungsauftrag erteilt und die Nichterfüllung dieses Auftrags mit der Anordnung der Anwendbarkeit des bis zum 31. Dezember 1993 gültigen Rechts sanktioniert. Daraus ergibt sich, dass sämtliche offenen Altfälle ab Januar 2006 entscheidungsreif waren, da der Gesetzgeber den verfassungsgerichtlichen Regelungsauftrag ignoriert hat. In einer Vielzahl der offenen Fälle hätte deshalb das Kindergeld auf der Grundlage des bis 1993 gültigen Rechts gewährt werden müssen, wenn die Gerichte dem

verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgebot entsprochen hätten. Der erkennende Senat hat - wie viele andere Finanzgerichte und der BFH - von einer Entscheidung der Fälle nur deshalb abgesehen, weil die beklagte Behörde immer wieder um ein Zuwarten mit der Entscheidung im Hinblick auf die zu erwartende Neuregelung gebeten hatte. Wenn der Gesetzgeber es in einer solchen Situation in der Hand hätte, durch eine rückwirkende Anwendungsregelung eines verspätet erlassenen Gesetzes den klaren Sanktionsausspruch des Verfassungsgerichts zu umgehen, hätte dies zur Konsequenz, dass Kindergeld in allen Fällen hätte gewährt werden müssen, in denen die Gerichte sogleich unter Beachtung des Beschleunigungsgebotes entschieden hätten, während es in allen anderen Fällen, in denen die Gerichte im Vertrauen auf die zu erwartende Neuregelung gewartet hätten, nicht zu gewähren wäre. Eine derart unterschiedliche Behandlung gleicher Tatbestände hält der erkennende Senat für verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar.

bbb) Darüber hinaus hält der erkennende Senat auch die Neuregelung selbst für nicht verfassungsgemäß. Insoweit wird Bezug genommen auf die zur Veröffentlichung bestimmten Vorlagebeschlüsse betreffend das Kindergeld für die Monate ab Januar 2005 in den Sachen 10 K 1689/07 und 10 K 1690/07 vom heutigen Tage.

ccc) Die rückwirkende Anwendung der Neuregelung ist auch nicht aufgrund der Verwerfungskompetenz des BVerfG gemäß Art. 100 GG geboten. Ein unterinstanzliches Gericht kann einer für verfassungswidrig gehaltenen Norm in eigener Zuständigkeit die Anwendung versagen, wenn das BVerfG bereits eine Entscheidung zu einer vergleichbaren Rechtsvorschrift getroffen hat (vgl. BFH-Urteil vom 1. Juni 2004 IX R 35/04, BStBl II 2005, 26; Niedersächsisches FG, Urteil vom 23. Januar 2006 16 K 12/04, EFG 2006, 751). Dies muss auch gelten, wenn der Gesetzgeber eine verfassungsgerichtliche Regelungsfrist dadurch umgeht, dass er den Anwendungsbereich einer Neuregelung auf bereits abgeschlossene Sachverhalte vorverlagert.

2. Aus diesem Grund richtet sich die Kindergeldberechtigung der Klägerin im Streitfall für die Monate bis einschließlich Dezember 2004 nach § 62 Abs. 2 EStG i. d. F. des JStG 1996. Nach dieser Vorschrift hing der Anspruch eines Ausländers auf Kindergeld davon ab, dass er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung (§ 27 AuslG 1990) oder Aufenthaltserlaubnis (§ 15 AuslG 1990) war. Eine Aufenthaltsbewilligung (§§ 28, 29 AuslG 1990), eine Aufenthaltsbefugnis (§ 30 AuslG 1990) oder eine Duldung (§§ 55, 56 AuslG 1990) reichten nicht aus. Entgegen ihrem Wortlaut ist die Vorschrift allerdings einschränkend dahin auszulegen, dass der Ausschluss von Ausländern von der Kindergeldberechtigung nicht für solche ausländischen Eltern gilt, die auf unbestimmte Zeit nicht abgeschoben werden können und die sich seit mindestens 1 Jahr ununterbrochen in Deutschland aufhalten (Anschluss an das Urteil des Niedersächsischen FG vom 23. Januar 2006 16 K 12/04, EFG 2006, 751).

a) Die Erwägungen, aus denen das BVerfG § 1 Abs. 3 Satz 1 BKGG i. d. F. des 1. SKWPG vom 21. Dezember 1993 (BGBl. I 1993, 2353), durch den wegen der Anknüpfung an den Aufenthaltstitel Ausländer vom Kindergeld ausgeschlossen wurden, die lediglich im Besitz einer Aufenthaltsbefugnis waren, für verfassungswidrig erklärt hat (Beschluss vom 6. Juli 2004 1 BvL 4/97, 1 BvL 5/97, 1 BvL 6/97, BVerfGE 111, 160, BFH/NV 2005, Beilage 2, 114; s.o. 1. c aa), treffen wegen der Identität der Tatbestandsmerkmale in gleicher Weise auf § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG i. d. F. des JStG 1996 zu (ebenso die Gesetzesbegründung der Neuregelung vom 13. Dezember 2006, BT-Drucks. 16/1368, S. 8; ferner BFH-Urteil vom 15. März 2007 III R 93/03, a.a.O.). Deshalb ist es unerheblich, dass die Regelung aufgrund der Systemänderung durch das JStG 1996 nunmehr in § 62 EStG eingebettet wurde. § 62 Abs. 2 EStG i. d. F. des JStG 1996 verstößt ebenso gegen Art. 3 Abs. 1 GG wie § 1 Abs. 3 Satz 1 BKGG in der Fassung vom 21. Dezember 1993. Aus diesem Grund ist § 62 Abs. 2 EStG i. d. F. des JStG 1996 entsprechend dem Entscheidungsausspruch des BVerfG entgegen seinem Wohnort einschränkend dahin auszulegen, dass ausländischen Eltern, die sich ohne den erforderlichen Aufenthaltstitel in Deutschland aufhalten, Kindergeld zu gewähren ist, wenn sie nach den §§ 51, 53 und 54 AuslG auf unbestimmte Zeit nicht abgeschoben werden können, dies allerdings frühestens für die Zeit nach einem gestatteten oder geduldeten ununterbrochenen Aufenthalt von einem Jahr (so bereits Niedersächsisches FG, Urteil vom 23. Januar 2006 16 K 12/04, EFG 2006, 751).

b) Wie bereits das Niedersächsische FG a.a.O. ist auch der erkennende Senat der Auffassung, keine Entscheidung des BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG darüber einholen zu müssen, ob die Vorschrift des § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt. Denn wenn das BVerfG bereits eine Entscheidung zu einer vergleichbaren Rechtsvorschrift getroffen hat (im Streitfall zu § 1 Abs. 3 Satz 1 BKGG), kann das unterinstanzliche Gericht diese Entscheidung in eigener Entscheidungszuständigkeit auf die andere Rechtsnorm übertragen (vgl. BFH-Urteil vom 1. Juni 2004 IX R 35/04, BStBl II 2005, 26).

3. Danach war das Kindergeld im Streitfall wie beantragt zu gewähren, weil die Klägerin, die sich seit 1991 bis auf den heutigen Tag ununterbrochen in der BRD aufhält, unstreitig jedenfalls faktisch auf unbestimmte Zeit nicht abgeschoben werden kann und ihr Aufenthalt im Jahr 2004 bereits über mehrere Jahre andauerte.

4. Im Streitfall war die Verpflichtung der beklagten Behörde auszusprechen, das Kindergeld für den Monat Dezember 2004 zu gewähren.

a) Zwar hat der BFH im Urteil vom 2. Juni 2005 III R 66/04 (BFHE 210, 265, BStBl II 2006, 184) den Standpunkt vertreten, dass mit einer Klage gegen einen das Kindergeld ablehnenden Bescheid neben der Aufhebung der Ablehnungsentscheidung grundsätzlich lediglich eine Verpflichtung der Familien-

kasse zur erneuten Bescheidung des Kindergeldantrags unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erreicht werden kann (Bescheidungsurteil). Eine Verpflichtung zur Festsetzung von Kindergeld sei nur möglich, wenn nach der für den Streitfall maßgeblichen Sach- und Rechtslage der Anspruch auf den Erlass des begehrten Verwaltungsakts bestehe. Die Behörde habe aber die Sach- und Rechtslage in den Monaten nach ihrer letzten Entscheidung naturgemäß noch nicht prüfen können. Es sei nicht Aufgabe der Gerichte, grundsätzlich der Verwaltung zustehende Funktion auszuüben und von der Verwaltung bisher noch nicht geprüfte Sachverhalte aufzugreifen und durch eigene Ermittlungen zu klären, damit dem Kläger keine außergerichtliche Instanz genommen werde.

b) Diese Sorge teilt der erkennende Senat jedoch zumindest in den Fällen nicht, in denen die Kinder minderjährig sind, ihr Wohnsitz im Haushalt der Eltern und damit im Inland unstreitig ist und auch sonst keine Zweifel an der Kindergeldberechtigung bestehen. Denn unter diesen Voraussetzungen ist der Kindergeldanspruch - wie auch im Streitfall - ohne weiteres zu bejahen, sodass die Sache spruchreif ist und die Verpflichtung zur Festsetzung des begehrten Kindergelds ausgesprochen werden kann.

c) Etwas anderes gilt allerdings nach der völligen Neufassung des § 62 Abs. 2 EStG durch Art. 2 des AuslAnsprG vom 13. Dezember 2006 (BGBl I 2006, 2915, BStBl I 2007, 62) für die zunächst vom Klageantrag mitumfassten Monate ab Januar 2005. Da das Gesetz in seiner Neufassung zum einen dem BVerfG noch nicht zur Prüfung vorgelegen hat und es sich zum anderen wegen des ab Januar 2005 in Kraft getretenen Aufenthaltsgesetzes hinsichtlich dieser Monate auch nicht um einen Altfall handelt, für den die verfassungsrechtlichen Bedenken des Senats betreffend die Anwendungsregelung eingreifen, sieht sich der erkennende Senat an einer Gewährung von Kindergeld ohne vorherige Einholung einer Entscheidung des BVerfG gehindert. Er hat deshalb das Verfahren auf Gewährung von Kindergeld für die Monate ab Januar 2005 abgetrennt und gemäß Art. 100 Abs. 1 GG ausgesetzt (vgl. FG Köln, Vorlagebeschluss vom 9. Mai 2005 10 K 1690/07, zur Veröffentlichung bestimmt).

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 151 FGO i.V.m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

6. Die Revision wird sowohl wegen grundsätzlicher Bedeutung als auch wegen Abweichung von dem BFH-Urteil vom 15. März 2007 III R 93/03 (a.a.O.) zugelassen.