



**BESCHLUSS**

7 S 39/06

**In dem Verfahren wegen der Bewilligung von Prozesskostenhilfe**

des Herrn [REDACTED]

Antragsteller,

Proz.-Bev.: Lerche | Schröder | Fahlbusch Anwaltskanzlei, Blumenauer Str. 1,  
30449 Hannover, - 2006/00221-pe/F -

für das Verfahren gegen

Agentur für Arbeit Hannover - Familienkasse -, Brühlstr. 4, 30169 Hannover, - F01-KG  
237/314098 E 766/06 -

vertreten durch Familienkasse Hannover, Brühlstr. 4, 30169 Hannover, - 9342 - K 733/06

Antragsgegnerin,

wegen Kindergeld - Einspruchsentscheidung vom 30.11.2006  
(Prozesskostenhilfe)

hat das Niedersächsische Finanzgericht - 7. Senat - am 18. Mai 2007 durch

die Vorsitzende Richterin am Finanzgericht	Gascard,
den Richter am Finanzgericht	Utermöhlen und
die Richterin am Finanzgericht	Dr. Büschen

beschlossen:

Dem Antragsteller wird für den Rechtsstreit 7 K 400/06 Prozesskostenhilfe ab Antragstellung unter Beiordnung von Rechtsanwalt Fahlbusch bewilligt.

Monatsraten oder aus dem Vermögen zu zahlende Beträge werden nicht festgesetzt.

### Gründe

Der Antrag ist begründet.

Nach § 142 der Finanzgerichtsordnung (FGO) i.V.m. § 114 der Zivilprozessordnung (ZPO) erhält eine Partei, die nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann, auf Antrag Prozesskostenhilfe, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. In dem Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe ist das Streitverhältnis darzustellen. Soweit Vordrucke für die Erklärung eingeführt sind, muss sich die Partei ihrer bedienen (§ 117 ZPO).

Die Rechtsverfolgung verspricht hinreichende Aussicht auf Erfolg, wenn bei summarischer Prüfung für seinen Eintritt eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn das Gericht den Rechtsstandpunkt des Antragstellers aufgrund seiner Sachdarstellung und der vorhandenen Unterlagen für zutreffend oder zumindest für vertretbar hält und in tatsächlicher Hinsicht von der Möglichkeit der Beweisführung überzeugt ist. Für die Gewährung der Prozesskostenhilfe kommt es wesentlich darauf an, ob bei summarischer Prüfung und Würdigung der wichtigsten Tatumstände der vom Antragsteller begehrte Erfolg eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sich hat, eine abschließende Prüfung der Erfolgsaussichten ist insoweit jedoch nicht erlaubt (BFH-Beschluss vom 23. Januar 1991 II S 15/90, BStBl II 1991, 366 m.w.N.).

Bei summarischer Prüfung bietet die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichend Aussicht auf Erfolg.

Das Bundesverfassungsgericht hat durch Beschluss vom 6. Juli 2004 (1 BvL 4/97, 5/97 und 6/97, BFH/NV Beilage 2005, 114) die dem § 62 Abs. 2 Einkommensteuergesetz (EStG) entsprechende Vorgängervorschrift des § 1 Abs. 3 Bundeskindergeldgesetz (BKGG; in der Fassung des Ersten Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms (1. SKWPG) vom 21. Dezember 1993) wegen der Differenzierung nach Art des Aufenthaltstitels für mit dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz (GG) unvereinbar erklärt. Daraufhin beschloss der Bundestag das „Gesetz zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss“ vom 13. Dezember 2006 (BGBl I 2006, 2915). Danach wird in § 52 Abs. 61a EStG bestimmt, dass § 62 Abs. 2 in der Fassung des vorbezeichneten Änderungsgesetzes in allen Fällen anzuwenden ist, in denen das Kindergeld noch nicht bestandskräftig festgesetzt ist. Gemäß § 62 Abs. 2 Nr. 2 EStG erhält ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer nur Kindergeld, wenn er 1. eine Niederlassungserlaubnis besitzt, 2. eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat, es sei denn, die Aufenthaltserlaubnis wurde a) nach den §§ 16, 17, 24 oder § 25 Abs. 4 Satz 1 des Aufenthaltsgesetzes erteilt, b) nach § 18 Abs. 2 des Aufenthaltsgesetzes erteilt und die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit darf nach der Beschäftigungsverordnung nur für einen bestimmten Höchstzeitraum erteilt werden, c) nach

§ 23 Abs. 1 des Aufenthaltsgesetzes wegen eines Krieges in seinem Heimatland oder nach den §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 des Aufenthaltsgesetzes erteilt oder 3. eine in Nummer 2 Buchstabe c) genannte Aufenthaltserlaubnis besitzt und a) sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und b) im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt.

Vorliegend hat der Antragsteller nach § 62 Abs. 2 Nr. 2 EStG zwar keinen Anspruch auf Zahlung von Kindergeld für seine Kinder Kinder [REDACTED] (geb. [REDACTED] 1999), J. [REDACTED] (geb. 19 [REDACTED] [REDACTED] (geb. [REDACTED] 94), K. [REDACTED] [REDACTED] (geb. [REDACTED] 12. [REDACTED] [REDACTED] (geb. [REDACTED] 96). Er ist lediglich im Besitz einer ausländerbehördlichen Duldung seit dem 2. Januar 1995 und erhält Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) gemäß § 2 AsylbLG in Verbindung mit §§ 19 Abs. 1, 27 ff. Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch (SGB XII). Nach Ansicht des Antragstellers werde die geänderte Fassung des § 62 Abs. 2 Nr. 2 EStG allerdings den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in seinem obigen Beschluss vom 6. Juli 2004 1 BvL 4/97, 5/97 und 6/97 in denjenigen Fällen nicht gerecht, bei denen – wie im Streitfall – eine ausländerbehördliche Duldung seit vielen Jahren bestehe, eine Aufenthaltsbeendigung nicht absehbar und der Inlandsaufenthalt damit zukunfts offen sei. Bei solchen Sachverhaltskonstellationen eigne sich die Duldung nicht als Grundlage einer Prognose über die Dauer des Aufenthalts und dementsprechend nicht als Abgrenzungskriterium bei der Gewährung von Kindergeld und verstoße – auch im Hinblick auf die Regelung des § 25 Abs. 5 Aufenthaltsgesetzes – gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz (GG). Die Entscheidung dieser Rechtsauffassung betrifft rechtlich schwierige Fragen des Hauptsacheverfahrens, über die im Prozesskostenhilfverfahren eine abschließende Beurteilung nicht möglich ist (vgl. BFH, Beschluss vom 19. Dezember 2003 VI B 95/00, BFH/NV 2004, 466; Beschluss vom 13. September 2000 VI B 134/00, BStBl II 2001, 108; Beschluss vom 24. Mai 2000 VI B 251/99, BFH/NV 2000, 1204; Gräber/Stapperfend, Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 6. Auflage, § 142 Rz 40), zumal dem Senat die Einwände des Antragstellers – auch im Hinblick auf das Urteil des Bundesfinanzhofs vom 15. März 2007 III R 93/03 – gleichwohl nicht von vornherein aussichtslos erscheinen.

Da überdies die beabsichtigte Rechtsverfolgung nicht mutwillig erscheint, ist dem Antragsteller Prozesskostenhilfe zu gewähren.

Eine Ratenzahlung war nicht anzuordnen. Insoweit wird auf die eingereichte Erklärung zu den persönlichen Verhältnissen Bezug genommen.