

#### Tatbestand

Streitig ist die Rechtmäßigkeit der Aufhebung einer Kindergeld(Kg)-Gewährung, die einem geduldeten Ausländer bewilligt worden war, für den Zeitraum des Bezugs von Arbeitslosenhilfe und die Rechtmäßigkeit der Rückforderung von Kg für die Monate August und September 2003.

Der Kläger (Kl.) ist makedonischer Staatsangehöriger und war seit 1991 im Inland bei verschiedenen Firmen nichtselbständig beschäftigt. Von Mai 2002 bis 25. März 2003 und ab 29. Juli 2003 war er arbeitslos. Aufgrund seiner Arbeitslosigkeit erhielt er vom 03. Mai 2002 bis zum 25. März 2003 und ab dem 02. August 2003 Geldleistungen vom Arbeitsamt, wobei er ab August 2003 Arbeitslosenhilfe bezog. Die ab 29. Juli 2003 eingetretene Arbeitslosigkeit beruhte laut Schreiben seines ehemaligen Arbeitgebers S GmbH vom 25. Juli 2003 auf einer einvernehmlichen Beendigung zum 28. Juli 2003 des mit dem Kl. eingegangenen Arbeitsverhältnisses.

Laut Schreiben des Kreises L vom 16. Februar 2000 verfügte der Kl. gemeinsam mit seiner Ehefrau und seinen Kindern ab März 2000 und laut Schreiben seines Prozessvertreters vom 17.10.2003 über eine im Oktober 2003 nach dem Ausländergesetz 1990 (AuslG) erteilte Aufenthaltsbefugnis. Ausweislich seines in der mündlichen Verhandlung vom 24.04.2007 vorgelegten Passes besaß der Kl. seit dem 13.01.2004 eine Aufenthaltsbefugnis nach dem AuslG und seit dem 12.12.2005 eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG).

Der Kl. bezog für seine Kinder B, geboren am 13.01.1984, L, geboren am 28.02.1987, und J, geboren am 01.06.1991, spätestens ab Oktober 2002 Kg. Durch Bescheid vom 11.11.2003 hob die Familienkasse B rückwirkend ab August 2003 die Kg-Gewährung für alle Kinder auf und forderte vom Kl. für August und September 2003 gezahltes Kg von 924 EUR mit der Begründung zurück, einem Ausländer stehe ein Anspruch auf Kg nur dann zu, wenn er im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 15 AuslG oder einer Aufenthaltsberechtigung nach § 27 AuslG sei. Gegen den Bescheid legte der Kl. erfolglos Einspruch ein. Laut Abvermerk gab die beklagte Arbeitsagentur (AA) ihre Einspruchsentscheidung (EE) vom 11.06.2004 am 14.06.2004 mit einfachem Brief zur Post auf.

Hiergegen richtet sich die Klage vom 15.07.2004. Als Begründung trägt der Kl. vor, ihm stehe aufgrund des deutsch-jugoslawischen Sozialabkommens ein Anspruch auf Kg zu, da er nach dem Verlust seines Arbeitsplatzes bei der Firma S als Arbeitsuchender dem Arbeitsmarkt zur Verfügung gestanden habe und sich noch heute um Arbeit bemühe. Seine Ehefrau beziehe ab März 2004 Kg für die Kinder.

Der Kl. beantragt, den Kg-Aufhebungs- und Rückforderungsbescheid vom 11.11.2003 in der Fassung der EE vom 11.06.2004 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, dem Kl. Kg für die Zeit von August 2003 bis Februar 2004 für seine drei Kinder zu bewilligen, hilfsweise, die Revision zuzulassen.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen, hilfsweise, die Revision zuzulassen.

Einem aus dem ehemaligen Jugoslawien stammenden Ausländer stehe weder nach dem deutsch-jugoslawischen Sozialabkommen noch nach den gesetzlichen Bestimmungen ein Anspruch auf Kg für den Zeitraum zu, in dem er Arbeitslosenhilfe und kein Arbeitslosengeld bezogen habe.

#### Entscheidungsgründe

Die Klage ist nicht begründet.

Der Kg-Aufhebungs und -Rückforderungsbescheid vom 11.11.2003 in der Fassung der EE vom 11.06.2004 ist rechtmäßig und verletzt den Kl. nicht in seinen Rechten und der Kl. hat keinen Anspruch auf die Gewährung von Kg für die Zeit von August 2003 bis Februar 2004, § 100 Abs. 1 Satz 1 FGO, § 101 FGO.

Zutreffend hat die AA angenommen, dass einem Ausländer, der sich aufgrund einer Aufenthaltserlaubnis nach § 30 AuslG bzw. aufgrund einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG im Bundesgebiet aufhält, weder nach dem deutsch-jugoslawischen Sozialabkommen noch nach dem EStG ein Anspruch auf Kg für den Zeitraum zusteht, in dem er Arbeitslosenhilfe bezogen hat.

I.) Der Kl. hat keinen Anspruch auf Kg nach dem Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien vom 12.10.1968 in der Fassung des Änderungsabkommens vom 30.09.1974 (BGBl II 1975, 389). Zwar ist das Abkommen auch auf Staatsangehörige der Nachfolgestaaten der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien, d.h. im Streitfall auch auf makedonische Staatsangehörige anzuwenden. Nach der Rechtsprechung des BFH (Beschluss vom 08.10.2001, VI B 138/01, in BStBl II 2002, 480; Beschluss vom 19.06.2002, VIII B 147/01, in BFH/NV 2002, 1555; Beschluss vom 09.07.2003, VIII B 98/03, in BFH/NV 2003, 1423) hat aber ein Bezieher von Arbeitslosenhilfe keinen Anspruch auf Kg nach diesem Abkommen. Nach dessen Art. 28 unterfallen dem persönlichen Regelungsbereich des Abkommens nur solche Personen, die als Arbeitnehmer beschäftigt sind oder Krankengeld oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Arbeitslosengeld bezogen haben, wobei die sachliche Beschränkung der Kg-Gewährung auf als Arbeitnehmer tätige Personen oder ihnen gleichgestellte Personenkreise nicht gegen Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) verstößt (vgl. zuletzt BFH-Urteil vom 15.03.2007, III R 93/03, BFH-Internetseite und juris). Wie auch der Kl. eingeräumt hat, hat er die im Abkommen niedergelegten Bezugsvoraussetzungen im Zeitraum von August 2003 bis einschließlich Februar 2004 nicht erfüllt.

II.) Dem Kl. steht kein Anspruch auf Gewährung von Kg nach § 62 Abs. 2 EStG in der Fassung des Art. 2 Nr. 2 des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13.12.2006 – AuslAnsprG – BGBl I 2006, 2915 – im folgenden § 62 Abs. 2 EStG – zu.

Nach § 62 Abs. 2 EStG erhält ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer, der eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG besitzt, dann Kg, wenn er sich mindestens drei Jahre rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und darüber hinaus im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, Elternzeit in Anspruch nimmt oder laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) bezieht.

Zwar hielt sich der Kl. Anfang August 2003 schon mindestens drei Jahre aufgrund der ihm vom Kreis L mit Wirkung ab März 2000 nach § 30 AuslG erteilten Aufenthaltsbefugnis gestattet bzw. geduldet im Bundesgebiet auf. Wie andere nach dem AuslG erteilte Aufenthaltstitel ist die Aufenthaltsbefugnis gemäß § 30 AuslG in § 62 Abs. 2 EStG nicht ausdrücklich aufgeführt. Der Senat ist aber in Übereinstimmung mit der vom FG Düsseldorf (Urteil vom 23.02.2007, 10 K 2661/04 Kg, in EFG 2007, 605; vgl. auch BFH-Urteil vom 15.03.2007, III R 93/03, a. a. O.) vertretenen Gesetzesauslegung der Auffassung, dass § 62 Abs. 2 EStG in verfassungskonformer Auslegung auch auf nach dem AuslG begründete Aufenthaltstitel anzuwenden ist, auch wenn der Gesetzgeber in § 52 Abs. 61 a EStG keine dahingehende Regelung ausdrücklich getroffen hat. Die Lücke ist in der Weise zu schließen, dass § 62 Abs. 2 EStG in der Fassung des AuslAnsprG auf einen Aufenthaltstitel nach dem AuslG anzuwenden ist, wenn er zum Zwecke der Erwerbstätigkeit erteilt wurde und sowohl der Titel als auch die Zustimmung zur Ausübung einer Beschäftigung unmittelbar verlängert werden konnten. Nach diesen Grundsätzen ist die dem Kl. nach § 30 Abs. 3 AuslG erteilte Aufenthaltserlaubnis mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG vergleichbar. Die dem Kl. nach § 30 Abs. 3 AuslG erteilte Befugnis galt nach § 101 Abs. 2 AufenthG auch nach dessen In-Kraft-Treten fort und wurde mit Wirkung vom 12.12.2005 in eine Aufenthaltsbefugnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG umgewandelt. Wenn auch durch zeitweilige Arbeitslosigkeit unterbrochen, war der Kl. bereits ab Oktober 1991 im Bundesgebiet in verschiedenen sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen nichtselbständig tätig und übte seinen jeweiligen Beruf auf der Grundlage einer ihm erteilten Arbeitserlaubnis aus.

Dem Kl. steht aber gleichwohl kein Kg zu, weil er von August 2003 bis Februar 2004 weder erwerbstätig war noch Elternzeit in Anspruch genommen hat. Er bezog auch keine „laufenden Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch“. Zwar lässt der Gesetzeswortlaut nicht eindeutig erkennen, welche Gesetzesfassung des SGB III im Rahmen des § 62 Abs. 2 EStG anzuwenden ist. Nach Auffassung des Senats bezieht sich die Gesetzesformulierung in § 62 Abs. 2 EStG nur auf solche laufenden Geldleistungen, auf deren Gewährung nach der im Zeitpunkt des Erlasses des AuslAnsprG geltenden Gesetzesfassung des SGB III, d.h. nach den Vorschriften des Art. 1 des Gesetzes vom 24.03.1997 (BGBl I 1997, 594) in der Fassung des Art. 7 des Gesetzes vom 07.12.2006 (BGBl I 2006, 2814) ein Anspruch bestand. Mit anderen Worten: „laufende Geldleistungen im Sinne des SGB III“ umfassen nicht solche Leistungen, deren Gewährung aufgrund der im Zeitraum August 2003 bis Februar 2004 geltenden Gesetzesfassung des SGB III beansprucht werden konnte, so dass Ausländer aufgrund der Neuregelung des EStG durch das AuslAnsprG kein Kg für die Zeiträume zusteht, in denen sie aus welchen Gründen auch immer keiner Erwerbstätigkeit nachgehen konnten oder nachgegangen sind und Geldleistungen mit Sozialhilfecharakter bezogen haben. Wie das FG Düsseldorf in seinem Urteil vom 23.01.2007 (10 K 3095/06 Kg, in EFG 2007, 607) und auch der BFH in seinem Urteil vom 15.03.2007 (III R 93/03, a. a. O.) hervorgehoben haben, wollte der Gesetzgeber des AuslAnsprG mit der Neufassung des § 62 Abs. 2 Nr. 2 und 3 EStG Ausländern nur in einem

eingeschränkten Umfang Kg gewähren, nämlich nur dann, wenn sie sich auf Dauer in Deutschland aufhalten und bezüglich ihrer Familien eine langfristige Integration in der Bundesrepublik erreichbar erscheint. Als Beurteilungsmaßstab für die erforderliche Prognose, ob die Zielvorgabe der Integration in der Bundesrepublik verwirklicht werden kann, erschien dem Gesetzgeber des AuslAnsprG allein die Art des Aufenthaltstitels als ungeeignet. Denn das BVerfG hatte in seinem Beschluss vom 06.07.2004 (1 BvL 4/97, in BVerfGE 111, 160 = BFH/NV 2005, Beilage 2, Seite 114) betreffend die Regelung in § 1 Abs. 3 des Bundeskindergeldgesetzes in der Fassung des Art. 5 des Gesetzes vom 21.12.1993 (BGBl I 1993, 2353) die Zielsetzung des Gesetzgebers, keine Familienleistungen für ausländische Staatsangehörige vorzusehen, die sich voraussichtlich nicht auf Dauer in der Bundesrepublik aufhalten, zwar nicht beanstandet, es aber für ungeeignet erachtet, dieses Ziel an Hand der Unterscheidung nach der Art des Aufenthaltstitels zu verwirklichen. Der Gesetzgeber des AuslAnsprG sah daraufhin als sinnvollen Anknüpfungspunkt die Ausübung einer Erwerbstätigkeit an, weil eine Integration in den hiesigen Arbeitsmarkt eine Perspektive für einen dauerhaften Aufenthalt in der Bundesrepublik bietet. Soweit nicht erwerbstätige Ausländer Geldleistungen empfangen, die nicht auf einer sozialversicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit, die ein Indiz für eine Integration in den Arbeitsmarkt darstellt, beruhen, können diese Personen weder im Wege der Gesetzesauslegung noch der Rechtsfortbildung in den Kreis der Anspruchsberechtigten im Sinne des § 62 Abs. 2 EStG einbezogen werden. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese Art der vom Gesetzgeber vorgenommenen Differenzierung nach Personenkreisen bestehen nicht, weil ihm im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit für die Abgrenzung der begünstigten Personenkreise ein großer Gestaltungsspielraum zusteht und der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG es nicht verbietet, eine Differenzierung danach vorzunehmen, ob der Anspruchsteller eine Gewähr für seine und seiner Familie dauerhafte Integration in die Bundesrepublik bietet.

Nach der gemäß Art. 7 des Gesetzes vom 07.12.2006 (BGBl I 2006, 2814) geltenden Fassung des Art. 1 des Gesetzes vom 24.03.1997 (BGBl I 1997, 594) gewährt das SGB III in seiner in § 117 niedergelegten Regelung ausschließlich einen Anspruch auf Gewährung einer Lohnersatzleistung, d.h. auf Zahlung von Arbeitslosengeld I. Das SGB III in der Fassung des Gesetzes vom 07.12.2006 (a. a. O.) gewährt hingegen keinen Anspruch auf Gewährung von Geldleistungen wie Arbeitslosenhilfe oder von Arbeitslosengeld II. Ab 01.01.2005 besteht ein Anspruch auf Gewährung von Arbeitslosengeld II nach § 19 Sozialgesetzbuch II (SGB II) in der Fassung des Gesetzes vom 24.12.2003 (BGBl I 2003, 2954), nachdem der Gesetzgeber die Regelung über die Gewährung von Arbeitslosenhilfe gemäß § 190 SGB III in der Fassung des Gesetzes vom 23.12.2003 (BGBl I 2003, 2848) durch Art. 3 des Gesetzes vom 24.12.2003 (BGBl I 2003, 2954) dahingehend abgeändert hat, dass nach § 190 Abs. 3 SGB III in der Fassung des Gesetzes vom 24.12.2003 (BGBl I 2003, 2954) Arbeitslosenhilfe längstens bis zum 31.12.2004 bewilligt werden durfte. Nach § 19 SGB II gewährtes Arbeitslosengeld II ist seinem Charakter nach vergleichbar mit der dem Kl. im Zeitraum von August 2003 bis Februar 2004 nach § 190 Abs. 1 SGB III in der Fassung des Gesetzes vom 24.03.1997 (BGBl I 1997, 594) gewährten Arbeitslosenhilfe. Hingegen ist Arbeitslosengeld II nicht vergleichbar mit dem nach § 117 SGB III in der Fassung des Art. 7 des Gesetzes vom 07.12.2006 (BGBl I 2006, 2814) gewährten Arbeitslosengeld I. Dem Arbeitslosengeld II im Sinne des § 19 SGB II wie auch der Arbeitslosenhilfe im Sinne des § 190 SGB III in der bis zum 31.12.2004 geltenden Gesetzesfassung ist gemeinsam, dass sie ihrem Charakter nach Sozialhilfeleistungen darstellen, die wesentlich aus Steuermitteln fi-

nanziert werden. Bezug – wie im Streitfall der Kl. – ein Ausländer Arbeitslosehilfe und stellte er mit dem Bezug dieser Sozialhilfeleistung seinen Lebensunterhalt und den seiner Familie sicher, so steht ihm nach dem Willen des Gesetzgebers des AuslAnsprG gerade deshalb kein Kg zu, weil er keine Gewähr für die dauerhafte Integration in den Arbeitsmarkt und in deren Folge in die Bundesrepublik bietet. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze steht dem Kl. erst recht kein Kg zu, weil er durch die einvernehmliche Beendigung seines mit der Firma S GmbH eingegangenen Arbeitsverhältnisses die nachfolgende Arbeitslosigkeit sowie den anschließenden Bezug von Arbeitslosenhilfe zumindest mitbewirkt und damit Zweifel an seiner dauerhaften Integration in die Bundesrepublik verursacht hat.

III.) Dem Kl. steht nach § 62 Abs. 2 EStG in der Fassung des Zuwanderungsgesetzes vom 30.07.2004 (BGBl I 2004, 1950) kein Kg zu, weil diese Regelung nach § 52 Abs. 61 a EStG in der Fassung des Gesetzes vom 30.07.2004 (BGBl I 2004, 1950) erstmalig für den Veranlagungszeitraum, d.h. für das Kalenderjahr 2005 anzuwenden ist.

IV.) Schließlich steht dem Kl. nach § 62 Abs. 2 EStG in der Fassung des Gesetzes vom 20.06.2002 (BGBl I 2002, 1946) kein Kg zu. Nach § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG in der Fassung dieses Gesetzes, dass nach § 52 Abs. 61 a EStG in der Fassung von Art. 11 Nr. 16 in Verbindung mit Art. 15 des Gesetzes vom 20.06.2002 (BGBl I 2002, 1946) erstmalig für den Veranlagungszeitraum 2003 anzuwenden ist, hat ein Ausländer nur dann Anspruch auf Kg, wenn er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis ist. Nach der Rechtsprechung des BFH (Beschluss vom 14.08.1997, VI B 43/97, in BFH/NV 1998, 169) besteht nach dieser Gesetzesfassung des § 62 Abs. 2 EStG kein Anspruch auf Kg, wenn der Ausländer weder eine Aufenthaltserlaubnis im Sinne des § 15 AuslG noch eine Aufenthaltsberechtigung im Sinne des § 27 AuslG hat (vgl. BFH Beschluss vom 01.12.1997, VI B 147/97, in BFH/NV 1998, 696; FG Münster, Urteil vom 16.11.2004, 14 K 1288/01, in EFG 2005, 716), sondern nur über eine Aufenthaltsbefugnis im Sinne des § 30 AuslG verfügt. Der aufenthaltsrechtliche Status des Kl. beruhte im Zeitraum von August 2003 bis Februar 2004 aber gerade nicht auf einer Aufenthaltserlaubnis im Sinne des § 15 AuslG bzw. einer Aufenthaltsberechtigung im Sinne des § 27 AuslG, sondern auf einer für die begehrte Gewährung von Kg schädlichen Aufenthaltsbefugnis im Sinne des § 30 AuslG.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO.

Die Revision war gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 FGO wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache und zur Fortbildung des Rechts zuzulassen.