

Niedersächsisches Finanzgericht

Urteil vom 9.7.2007

Tatbestand

Streitig ist die Frage, ob der ausländerrechtliche Status der Klägerin die Gewährung von Kindergeld ermöglicht.

Die 1977 in Beirut geborene Klägerin hält sich zumindest seit 1999 in Deutschland auf. Ihre Staatsangehörigkeit ist ungeklärt. Sie ist Mutter der drei 1995, 1995 und 1999 geborenen Söhne O, Be und Ba sowie der am 2005 geborenen Tochter A. Nach den vorliegenden Aufenthaltsbescheinigungen des Landkreises O verfügte die Klägerin zunächst über eine befristete Aufenthaltsbefugnis nach § 30 Ausländergesetz (AuslG; Bescheinigung vom 7. Januar 2004, befristet bis 31. Dezember 2005) und ab 2005 über eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 Aufenthaltsgesetz (AufenthG; Bescheinigung vom 25. Mai 2005, befristet bis 31. Dezember 2005). Die Aufenthaltsbescheinigungen enthalten jeweils die Nebenbestimmung: „selbständige Erwerbstätigkeit oder vergleichbare unselbständige Erwerbstätigkeit nicht gestattet“. Außerdem hat die Klägerin ihren Wohnsitz im Landkreis O beizubehalten. Der Landkreis O hat bestätigt, dass die Aufenthaltserlaubnis der Klägerin nicht auf einem Krieg in ihrem Heimatland, sondern auf einer Bleiberechtsregelung des Niedersächsischen Innenministers gründe. Untersagt seien aufgrund der Nebenbestimmung des Aufenthaltstitels neben einer selbständigen Berufstätigkeit nur solche nichtselbständigen Tätigkeiten, die wegen ihres faktischen oder wirtschaftlichen Einflusses mit einer selbständigen Berufstätigkeit vergleichbar seien.

Erwerbstätig oder in Elternzeit war die Klägerin in den Jahren 2004 und 2005 nicht; sie hat auch keine Lohnersatzleistungen bezogen.

Kindergeldanträge hat der Beklagte mehrfach durch bestandskräftige Bescheide abgelehnt, zuletzt am 7. Mai 2004. Im Mai 2005 hat die Klägerin erneut Kindergeld beantragt. Gegen den Ablehnungsbescheid vom 9. Juni 2005 hat die Klägerin Einspruch eingelegt, den der Beklagte durch Einspruchsbescheid vom 25. August 2005 zurückgewiesen hat.

Die Klägerin ist der Auffassung, dass die Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 EStG neue Fassung (n. F.) vorliegen würden. Die Klägerin halte sich – wie der Landkreis bestätigt habe – nicht wegen Krieges in ihrem Heimatland in Deutschland auf. Insofern komme es nicht nach § 62 Abs. 2 Nr. 2 c) i. V. m. Nr. 3 b) EStG darauf an, ob die Klägerin im streitbefangenen Zeitraum erwerbstätig gewesen sei. Sie habe auch über eine Aufenthaltserlaubnis verfügt, die im Sinne von § 62 Abs. 2 Nr. 2 1. Halbsatz EStG zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt habe. Denn die Formulierung „selbständige

Erwerbstätigkeit oder vergleichbare unselbständige Erwerbstätigkeit“ schließe eine einfache unselbständige Erwerbstätigkeit nicht aus. Damit seien aber alle Voraussetzungen für die Gewährung von Kindergeld erfüllt.

Die Klägerin beantragt, unter Aufhebung des Ablehnungsbescheides vom 9. Juni 2005 und der Einspruchsentscheidung vom 25. August 2005 den Beklagten zu verpflichten, Kindergeld für die Kinder O, Ba, Be und A für den Zeitraum Juni 2004 bis Juli 2007 in gesetzlicher Höhe zu gewähren.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Der Beklagte folgt der Klägerin insoweit in ihrer Rechtsauffassung, dass § 62 Abs. 2 Nr. 2 c) EStG nur jene Fälle betreffe, in denen ein Aufenthaltstitel nach § 23 Abs. 1 Aufenthaltsgesetz tatsächlich wegen eines Krieges im Heimatland erteilt worden ist, nicht hingegen andere Fälle des § 23 Abs. 1 Aufenthaltsgesetz. Allerdings verfüge die Klägerin nicht über eine Aufenthaltserlaubnis, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtige oder berechtigt habe. Der Begriff der Erwerbstätigkeit sei in § 2 Abs. 2 AufenthG definiert und umfasse die selbständige und nichtselbständige Tätigkeit. Daraus folgt der Beklagte, dass die Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 2 1. Halbsatz EStG nur erfüllt seien, wenn dem Ausländer sowohl die nichtselbständige als auch die selbständige Berufstätigkeit gestattet sei. Hier aber habe die Klägerin nicht selbständig tätig werden dürfen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist teilweise begründet.

I. Die Klägerin hat einen Kindergeldanspruch für die Kinder O, Be und Ba für den Zeitraum Juni 2004 – August 2005 und für die während des streitbefangenen Zeitraums geborene Tochter A vom Monat der Geburt an (April 2005) bis August 2005. Dabei legt das Gericht den Klageantrag dahingehend aus, dass für A erst ab der Geburt Kindergeld beantragt wird; jedenfalls sieht das Gericht keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Klägerin den – abwegigen – Antrag stellen wollte, für A Kindergeld für Zeiträume vor der Geburt zu beantragen.

1. Zeitraum Januar 2005 bis August 2005

Gem. § 62 Abs. 2 EStG in der Fassung des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13. Dezember 2006 (BGBl. I 2006, 2915, BStBl. I 2007, 62; im Folgenden: n. F.) erhält ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer Kindergeld nur, wenn er eine Niederlassungserlaubnis besitzt (Nr. 1) oder eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat, es sei denn, die Aufenthaltserlaubnis wurde a) nach §§ 16, 17 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) erteilt, b) nach § 18 Abs. 2 AufenthG 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 AufenthG wegen eines Krieges in seinem Heimatland oder nach den §§ 23 a, 24, 25 Abs. 3–5 des AufenthG erteilt. Im Falle des § 62 Abs. 2 Nr. 2 c) EStG n. F. besteht ein Anspruch jedoch u. a. dann,

wenn der Ausländer im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt.

Die Klägerin verfügte im streitbefangenen Zeitraum über eine Aufenthaltserlaubnis, die im Sinne von § 62 Abs. 2 Nr. 2 1. Halbsatz EStG n. F. zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt hat. § 2 Abs. 2 AufenthG definiert den Begriff der Erwerbstätigkeit als die selbständige Tätigkeit und die Beschäftigung im Sinne von § 7 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV). Beschäftigung im Sinne des SGB IV ist nach § 7 Abs. 1 die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Das Gericht geht davon aus, dass der Begriff der Erwerbstätigkeit in § 62 Abs. 2 Nr. 2 EStG n. F. dem in § 2 Abs. 2 AufenthG entspricht, da die Ziffer 2 des § 62 Abs. 2 EStG n. F. auch im übrigen an die Begriffsdefinitionen des AufenthG anknüpft. Da – wie der Landkreis O in seiner Stellungnahme bestätigt hat – der Klägerin nur höher qualifizierte nichtselbständige Berufstätigkeiten, nicht aber einfache Arbeiten untersagt waren, war sie befugt, eine Erwerbstätigkeit auszuüben.

Dem Beklagten kann nicht darin gefolgt werden, dass das Tatbestandsmerkmal der Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nur dann erfüllt ist, wenn dem Ausländer sowohl eine nichtselbständige, als auch eine selbständige Erwerbstätigkeit gestattet ist. Nach dem Wortlaut des § 62 Abs. 2 Nr. 2 1. Halbsatz EStG n. F. muss die Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung „einer Erwerbstätigkeit“ berechtigen. § 2 Abs. 2 AufenthG legt fest, dass sowohl die selbständige als auch die nichtselbständige Tätigkeit als „Erwerbstätigkeit“ anzusehen ist. Damit ist jede dieser beiden Tätigkeiten als „eine“ Erwerbstätigkeit anzusehen. Die Auslegung des Beklagten scheidet schon daran, dass auch § 2 Abs. 2 AufenthG nicht im Sinne eines kumulierten Vorliegens beider Alternativen zu verstehen ist, weil es den Fall nicht gibt, dass jemand mit der gleichen Tätigkeit sowohl selbständig als auch nichtselbständig tätig wird.

Weiterhin setzt der Kindergeldanspruch nicht voraus, dass die Klägerin auch tatsächlich erwerbstätig war oder Lohnersatzleistungen bezogen hat. Dies ist zwar dann erforderlich, wenn der Ausländer über eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG „wegen eines Krieges in seinem Heimatland“ verfügt. Dieser Fall liegt jedoch nicht vor, weil der Klägerin die Aufenthaltserlaubnis nicht aufgrund eines Krieges im Heimatland, sondern aufgrund einer Bleiberechtsregelung erteilt wurde. Das Gericht geht davon aus, dass der Gesetzgeber bewusst diese Fälle aus § 62 Abs. 2 Nr. 2 c), Nr. 3 EStG n. F. ausgegrenzt hat. Während sich der Gesetzgeber ansonsten in der Neufassung des § 62 Abs. 2 EStG an die Begriffsbestimmungen des AufenthG angelehnt hat, sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 2 c) 1. Alt. EStG n. F. anders definiert als in § 23 Abs. 1 AufenthG. Danach kann die oberste Landesbehörde aus „völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland“ anordnen, dass Ausländern eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird. § 23 Abs. 1 AufenthG ist insofern in seinen Voraussetzungen weiter als die Formulierung des § 62 Abs. 2 Nr. 2 c) EStG n. F. „wegen eines Krieges in seinem Heimatland“. Das Gericht geht deshalb davon aus, dass der Gesetzgeber bewusst zwischen den verschiedenen von § 23 Abs. 1 AufenthG erfassten Sachverhalten unterschieden hat.

§ 62 Abs. 2 EStG n. F. ist schließlich auch in dem hier maßgeblichen Zeitraum anzuwenden. Dies ergibt sich aus § 52 Abs. 61 a Satz 2 EStG, wonach die Rechtsnorm in allen Fällen anzuwenden ist, in denen das Kindergeld noch nicht bestandskräftig festgesetzt ist.

2. Zeitraum Juni 2004 – Dezember 2004

Auch für diesen Zeitraum hat die Klägerin einen Kindergeldanspruch nach § 62 Abs. 2 EStG n. F. Diese Gesetzesfassung gilt, wie bereits ausgeführt, nach § 52 Abs. 61 a Satz 2 EStG für alle noch offenen Fälle und damit auch für Zeiträume, für die noch das Ausländergesetz (AuslG) zur Anwendung kommt. Das Gericht schließt sich insoweit der Rechtsauffassung des FG Düsseldorf, Urteil vom 20. April 2007 18 K 5530/01 KG, StE 2007, 405 an, wonach zur Anspruchsprüfung die Aufenthaltstitel des AuslG in solche des AufenthG zu „übersetzen“ sind. Denn es war ersichtliches Ziel des Gesetzgebers, einen vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erkannten Zustand (vgl. BVerfG Beschluss vom 6. Juli 2004 1 BvL 4–6/97, BVerfGE 111,160) umfassend für alle noch offenen Fälle zu beseitigen. Im Streitfall kann das Gericht auf eine abstrakte Prüfung, welchem oder welchen Aufenthaltstiteln nach dem AufenthG die Aufenthaltsbefugnis nach § 30 AuslG vergleichbar ist, verzichten. Denn nach § 101 AufenthG fand eine Besitzstandswahrung des ausländerrechtlichen Status beim Übergang vom AuslG zum AufenthG statt. Hat deshalb der Ausländer nach dem AufenthG einen Status, der einen Kindergeldanspruch begründet, so steht ihm, sofern sich – wie im Streitfall – nichts in tatsächlicher Hinsicht geändert hat, auch aufgrund seines Status nach dem AuslG Kindergeld zu. Hinsichtlich der Berechtigung der Klägerin zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit besteht für Zeiträume vor dem 1. Januar 2005 dieselbe Sachlage wie danach, weil die entsprechende Nebenbestimmung in dem vorhergehenden Aufenthaltstitel wortlautidentisch mit jener in der später erteilten Aufenthaltserlaubnis ist.

Die weitere Frage, ob § 62 Abs. 2 EStG in der Fassung des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13. Dezember 2006 (BStBl. I 2007, 62) mit der Verfassung vereinbar ist (vgl. insoweit Vorlagebeschluss des FG Köln vom 9. Mai 2007 10 K 1689/07, juris) kann dahin stehen, da die Klage bereits nach einfachem Gesetzesrecht begründet ist.

II. Für den Zeitraum September 2005 bis Juli 2007 hat die Klage hingegen keinen Erfolg. Für diese Zeiträume ist die Klage unzulässig. Gem. § 44 Abs. 1 FGO ist die Klage, wenn ein außergerichtlicher Rechtsbehelf gegeben ist, nur zulässig, wenn das Vorverfahren über den außergerichtlichen Rechtsbehelf ganz oder zum Teil erfolglos geblieben ist. Auch gegen die Ablehnung des Erlasses eines beantragten Verwaltungsaktes ist der Rechtsbehelf des Einspruchs statthaft. Für die Zeiträume ab September 2005 hat der Beklagte jedoch weder durch Bescheid über die Anspruchsberechtigung der Klägerin entschieden, noch hat insoweit ein außergerichtliches Rechtsbehelfsverfahren stattgefunden.

Im Streitfall hat der Beklagte im Ablehnungsbescheid vom 9. Juni 2005 zunächst nur über die Kindergeldberechtigung der Klägerin bis zu diesem Zeitpunkt entschieden und mit der Einspruchsentscheidung am 25. August 2005 noch die Zeiträume bis dahin geprüft, weil die Behörde im Rahmen der Einspruchsentscheidung die Sache nach § 367 Abs. 2 AO in vollem Umfang erneut zu prüfen hat. Für die Zeiträume danach hat der Beklagte hingegen keine Entscheidung getroffen, weil sich ein Bescheid, durch den ein Antrag auf Festsetzung von Kindergeld abgelehnt wird, sich in der Regelung des bis dahin abgelaufenen Zeitraum erschöpft. Über die in Zukunft liegenden und damit zum Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht entstandenen Kindergeldansprüche trifft ein Ablehnungs-

bescheid keine Regelung (BFH Urteil vom 28. Januar 2004 VIII R 12/03, BFH/NV 2004, 786; FG Düsseldorf, Urteil vom 23. Januar 2007 10 K 5107/05 KG).

Der gegenteiligen Rechtsansicht des FG Köln, Urteil vom 9. Mai 2007 10 K 983/04, juris, wonach sich der Regelungsgehalt eines bestandskräftigen Ablehnungsbescheides auf den Zeitraum bis zur Bekanntgabe des Bescheides beschränkt, der durch Klage angefochtene Bescheid jedoch eine Regelung bis zur Entscheidung des Gerichts trifft, kann sich das Gericht nicht anschließen. Der Regelungsinhalt eines Bescheides bestimmt sich nach seinem objektiven Inhalt und nicht nach der Reaktion des Bescheidadressaten auf diesen Bescheid. Das Gericht kann dem FG Köln auch nicht darin folgen, dass Praktikabilitäts Gesichtspunkte für seine Rechtsansicht sprechen. Es übersieht, dass seine Rechtsauffassung für den Kläger unabsehbare Prozessrisiken mit sich brächte, weil der Streitwert während der Dauer des finanzgerichtlichen Verfahrens permanent ansteigen würde. Hinzu kommt, dass sich die Sach- und Rechtslage in den der Einspruchsentscheidung nachfolgenden Zeiträumen ändern kann mit der Folge, dass der Kindergeldanspruch aus Gründen wegfällt, die im bisherigen Verfahren keine Rolle gespielt haben, etwa weil das Kind eine Ausbildung beendet oder abbricht. Nach Auffassung des FG Köln müsste die Klage insoweit abgewiesen werden und der Kläger die Verfahrenskosten tragen, obwohl er möglicherweise gar nicht bestreitet, dass ihm von einem späteren Zeitpunkt an kein Kindergeld mehr zusteht. Nach Auffassung des Gerichts besteht keine Veranlassung, den Verfahrensbeteiligten auf diese Weise Klageverfahren aufzudrängen, die sie eventuell gar nicht führen möchten.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 136 Abs. 1 FGO.

IV. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 151 Abs. 3 FGO i. V. m. §§ 708 Nr. 10, 711 Zivilprozessordnung (ZPO).

V. Das Gericht lässt nach § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO die Revision zu im Hinblick auf die Frage, ob Ausländern, die aufgrund einer Bleiberechtsregelung eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 23 Abs. 1 AufenthG verfügen, nach § 62 Abs. 2 EStG in der aktuellen Fassung Kindergeld zusteht, sowie die weitere Frage, ob im Klageverfahren Kindergeld nur bis zum Monat der Einspruchsentscheidung erstritten werden kann.