

Finanzgericht Düsseldorf

Urteil vom 09.11.2007

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Im November 2000 reiste die damals 18-jährige Klägerin, eine jugoslawische Staatsbürgerin vom Volk der Roma, ohne Visum, ohne Aufenthaltsgenehmigung und nach eigenem Bekunden ohne Ausweisepapiere in die Bundesrepublik Deutschland ein, um zu ihrem damals 16-jährigen Verlobten "A" einem jugoslawischen Staatsbürger, zu ziehen, der im Haushalt seiner Eltern und Geschwister lebte. Einen Asylantrag stellte sie nicht, sondern kündigte an, sie wolle "so schnell wie möglich zusammen mit ihrem Bräutigam aus der Bundesrepublik Deutschland ausreisen". Sie erhielt von der Ausländerbehörde antragsgemäß befristete, regelmäßig verlängerte Duldungen für die Dauer bestehender tatsächlicher Abschiebungshindernisse nach Jugoslawien. Im September 2001 teilte sie mit, dass sie schwanger sei und nicht mehr freiwillig ausreisen werde. Ihr Aufenthalt wurde daraufhin weiter geduldet. In der Folgezeit bekam die Klägerin 2 Kinder, den Sohn "B" (geboren im November 2001) und die Tochter "C" (geboren im November 2002); mit dem Kindesvater "A" lebte sie zeitweise zusammen. Der Unterhalt der Klägerin und ihrer Kinder wurde durch Sozialleistungen sichergestellt. Im März 2003 erließ das Ausländeramt eine Ausweisungsverfügung: Den hiergegen erhobenen Widerspruch der Klägerin wies die Bezirksregierung als unbegründet zurück (Widerspruchsbescheid vom 15.09.2004). Die Ausländerbehörde verlängerte die Duldung gemäß § 60 a Abs. 2 des Aufenthaltsgesetzes AufenthG, weil mangels eines Passes bzw. Passersatzpapiers der Klägerin eine Abschiebung nicht möglich war.

Im Juni 2005 wurde die Tochter "D" der Klägerin geboren. Der berufslose Mazedonier "E" erkannte die Vaterschaft an. Da er über eine Niederlassungserlaubnis verfügte, erhielt das Kind "D" antragsgemäß die deutsche Staatsbürgerschaft. Nunmehr legte die Antragstellerin ihren serbisch-montenegrinischen Pass (ausgestellt im Oktober 2000) vor und beantragte die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, weil durch die Geburt des deutschen Kindes ihre erzwungene Ausreise aus rechtlichen Gründen (wegen des Schutzes der Familie gemäß Art. 6 GG) unmöglich geworden sei. Daraufhin erteilte ihr die Ausländerbehörde im Dezember 2005 eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5

AufenthG, die zunächst auf 6 Monate beschränkt war (§ 26 Abs. 1 AufenthG). Im März 2006 heiratete die Klägerin ihren Verlobten "A", im Juli 2006 wurde der gemeinsame Sohn "F" geboren. Die Ausländerbehörde verlängerte die Aufenthaltserlaubnis der Klägerin nach § 25 Abs. 5 AufenthG mehrmals, zuletzt bis Juni 2009. Der Lebensunterhalt der Familie wird über Sozialleistungen sichergestellt.

Im Dezember 2005 beantragte die Klägerin bei der Beklagten –der Familienkasse unter Vorlage ihrer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG Kindergeld für ihre (damals) drei Kinder. Die Familienkasse lehnte den Antrag unter Hinweis auf § 62 EStG ab (Bescheid vom 28.12.2005). Hiergegen erhob die Klägerin Einspruch. Sie trug vor, sie verfüge seit Dezember 2005 über ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht, weil ihre Tochter "D" die deutsche Staatsangehörigkeit besitze. Für alle Kinder sei Kindergeld zu gewähren, um das Leben der Klägerin und ihrer Kinder in häuslicher Gemeinschaft zu fördern.

Der Einspruch hatte keinen Erfolg. Die Familienkasse legte dar, gemäß § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG [in der damals geltenden Fassung] bestehe im Fall einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG kein Kindergeldanspruch (Einspruchsentscheidung vom 13.03.2006).

Hiergegen richtet sich die Klage. Zur Begründung trägt die Klägerin vor, ihr stehe normalerweise eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG zu, die zum Kindergeldbezug berechtige. Lediglich aus formalen Gründen, nämlich weil die frühere Ausreiseaufforderung und Abschiebungsandrohung nicht vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, sondern von der städtischen Ausländerbehörde erteilt worden sei, habe die Ausländerbehörde lediglich eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG erteilt. Es verstoße gegen den Gleichheitsgrundsatz, wenn das Bestehen bzw. Nichtbestehen des Kindergeldanspruchs hiervon abhängig gemacht werde. Beide Beteiligten haben auf mündliche Verhandlung verzichtet.

Die Klägerin beantragt,

die Familienkasse unter Abänderung des Ablehnungsbescheids vom 28. Dezember 2005 in der Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 13. März 2006 zu verpflichten, ihr für 3 Kinder Kindergeld ab Dezember 2005 zu gewähren.

Die Familienkasse beantragt,

die Klage abzuweisen.

Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Beteiligten im Klageverfahren, die dem Gericht übersandte Kindergeldakte der Familienkasse sowie den Auszug aus der für die Klägerin geführten Ausländerakte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist unbegründet.

1. Die Familienkasse hat der Klägerin die Kindergeldgewährung ab Dezember 2005 zu Recht versagt, weil hierfür keine Rechtsgrundlage besteht, weder nach der ab 2005 geltenden Fassung des § 62 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes –im folgenden: EStG a. F. noch auf der Grundlage des § 62 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes in der Fassung des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13. Dezember 2006 (BGBl. I 2006, 2915) –im folgenden: EStG; in dieser Fassung ist die Vorschrift in allen Fällen anzuwenden, in denen das Kindergeld wie im Streitfall noch nicht bestandskräftig festgesetzt ist (§ 52 Abs. 61a Satz 2 EStG).

§ 62 Abs. 2 EStG a. F. und § 62 Abs. 2 EStG knüpfen zur Beurteilung der Kindergeldgewährung bei einem nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländer an den Aufenthaltstitel an, den der Betroffene "besitzt", d. h. tatsächlich in Händen hält (sog. Tatbestandswirkung, vgl. BFH-Beschlüsse vom 18. Dezember 1998 VI B 221/98, BFHE 187, 562, BStBl II 1999, 140; vom 20. Februar 1998 VI B 205/97/ BFH/NV 1998, 963; vom 1. Dezember 1997 VI B 147/97, BFH/NV 1998, 696 und vom 14. August 1997 VI B 43/97, BFH/NV 1998, 169 – eine Ausnahme gilt nur für die Zeit zwischen Ablauf einer Aufenthaltserlaubnis und seiner erneuten Erteilung vgl. FG Münster, Urteile vom 15. März 2002 11 K 4607/01 Kg, EFG 2002, 927 und vom 14. Januar 2005 11 K 3588/04 Kg, EFG 2005, 626). Der bloße Anspruch auf Erteilung einer anderen Art der Aufenthaltserlaubnis begründet demgegenüber noch keinen Kindergeldanspruch. Der Gesetzeswortlaut ist insoweit eindeutig; das ausdrückliche Zuzubilligen des Aufenthaltsrechts durch Verwaltungsakt ist Voraussetzung für den Kindergeldanspruch.

Die Anknüpfung des Kindergeldrechts an getroffene Entscheidungen der Ausländerbehörde (die Tatbestandswirkung ausländerrechtlicher Verwaltungsakte für das Kindergeldrecht) ist als solche verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden; hierfür bestehen vernünftige Gründe. Es ist weder sinnvoll noch praktikabel noch der Familienkasse zuzumuten, wenn diese zu prüfen hätte, ob die Ausländerbehörde einen bestimmten Aufenthaltstitel zu Unrecht erteilt hat, bzw. ob die Ausländerbehörde den Titel früher (ggf. wie viele Monate früher) hätte erteilen können und sollen oder ob der Betroffene eingetretene Verzögerungen bei der Erteilung eines Titels selbst zu vertreten hat. Abgesehen davon hätte die Familienkassen weder die personelle Ausstattung noch besäßen sie regelmäßig die Qualifikation, ausländerrechtliche Sachverhalte besser beurteilen zu können als die Ausländerbehörden.

Hiernach ist für die Beurteilung des Kindergeldanspruchs im hier streitigen Zeitraum die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG heranzuziehen, über die die Klägerin tatsächlich verfügt hat. Dass der Klägerin möglicherweise eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG zum Zwecke des Familiennachzugs zu einem Deutschen hätte beanspruchen können, die zum Bezug von Kindergeld berechtigt, ist unerheblich; solange die Klägerin nicht gegenüber der Ausländerbehörde den Anspruch auf einen "besseren" Aufenthaltstitel erstreitet, sondern sich mit dem ihr erteilten Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 5 AufenthG abfindet, ist dieser für Zwecke des Kindergelds zugrunde-zulegen.

Der Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 5 AufenthG berechtigte gemäß § 62 Abs. 2 EStG a. F. (in der ab 2005 geltenden Fassung des Zuwanderungsgesetzes vom 30. Juli 2004, BGBl I 2004, 1950, BStBl I 2004, 1146) nicht zum Kindergeldbezug. § 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG a. F. erforderte zumindest eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 oder 2 AufenthG (Stellung eines anerkannten Asylbewerbers oder anerkannten Flüchtling).

Nach § 62 Abs. 2 EStG hängt der Kindergeldbezug im Falle einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG von den weiteren Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG ab, u. a. davon, dass die betroffene Person im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt (Buchst. b). Die Klägerin hat diese Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b EStG nicht erfüllt. Sie war weder erwerbstätig, noch hat sie laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch, d. h. bestimmte Lohnersatzleistungen (vgl. ausführlich FG Münster Urteil vom 24. April 2007 15 K 3830/04 Kg, EFG 2007, 1700) bezogen, noch hat sie Elternzeit nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz – BEEG (BGBl I 2006, 2748) in Anspruch genommen, d. h. ein bestehendes Arbeitsverhältnis gemäß § 15 ff. BEEG unterbrochen.

Ein Anspruch auf Kindergeld ergibt sich auch nicht nach Art. 28 Abs. 1 des deutsch-jugoslawischen Sozialabkommens (i. d. F. vom 30. September 1974, BGBl. II 1975, 390), weil die Klägerin nicht als Arbeitnehmerin tätig war (BFH-Urteile vom 15. März 2007 III R 93/03, BFH/NV 2007, 1234 und III R 54/05, BFH/NV 2007,1298).

2. Dieses Ergebnis ist nicht verfassungswidrig. Die Klägerin hat im Streitzeitraum den Lebensunterhalt ihrer Familie mit staatlichen Sozialleistungen insbesondere Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (vgl. § 23 SGB XII) bestritten. Hierdurch hat der Staat die wirtschaftlichen Mindestvoraussetzungen der Hilfeempfängerin und ihrer haushaltsangehörigen Familienmitglieder garantiert. Ein eventueller Kindergeldbezug würde als Einkommen bedarfsdeckend angerechnet und die anderen Sozialleistungen würden in entsprechendem Umfang gemindert. Auf

diese Weise fänden lediglich innerhalb des staatlichen Sektors Umschichtungen statt: für den Sozialhilfeträger ergäbe sich eine Entlastung, für den Fiskus eine entsprechende Belastung. Für den Sozialleistungsempfänger dagegen ist mit einer Kindergeldgewährung kein wirtschaftlicher Vorteil, insbesondere keine zusätzliche Förderung der Familie verbunden (vgl. bereits FG Düsseldorf Urteil vom 13. November 2001 18 K 1922/01 Kg, EFG 2002, 475); auch eine nachträgliche Kindergeldfestsetzung würde gemäß § 74 Abs. 2 EStG, §§ 107, 114 SGB X nur der Sozialbehörde zugute kommen. Die dahinter stehende Erwägung des Gesetzgebers ist nachvollziehbar und nicht zu beanstanden: Der Staat sichert über die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts den gesamten Lebensunterhalt; mehr ist nicht geboten. Soweit durch andere Leistungen wie Kindergeld ein Teilbetrag aufgebracht würde, bräuchte die Sozialleistung zur Deckung des Lebensunterhalts nur den Restbetrag abzudecken.

Bei einem Empfänger von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts kann die Versagung des Kindergelds demgemäß nicht zu einer Grundrechtsverletzung führen. Der Staat braucht nicht Kindergeldansprüche zu gewähren, die letztlich nur zu einem verwaltungsaufwendigen internen Zahlungsausgleich zwischen verschiedenen Behörden führen. Es muss letztlich dem Staat überlassen bleiben, mit welchen Leistungen er die wirtschaftlichen Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein des Hilfeempfängers und seiner Familie im Einzelnen sichert. Dass er dies tut, steht außer Frage.

Hiernach scheidet nicht nur ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG aus; mit dieser Erwägung ist letztlich auch ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu verneinen. Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich nämlich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (BVerfG Beschluss vom 8. Juni 2004 2 BvL 5/00, BVerfGE 110, 412, HFR 2004, 1139, BFH/NV Beilage 2005, 33, unter C. II. 1.). Art. 3 Abs. 1 GG ist jedenfalls verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt; im vorliegenden Fall liefert bereits die oben dargelegte Erwägung einen einleuchtenden Differenzierungsgrund. Weiterhin ist der allgemeine Gleichheitssatz dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 110, 412, a.a.O. m.w.N.). Dafür kommt es wesentlich auch darauf an, in welchem Maß sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfGE 110, 412 a.a.O. m.w.N.). Wenn sich eine Ungleichbehandlung wie im Streitfall wirtschaftlich nicht nachteilig auswirkt, dürften Praktikabilität und Einfachheit der Rechtsanwendung bereits hinreichende Rechtfertigungsgründe darstellen.

3. Die Erwägungen des 1. Senats des BVerfG im Beschluss vom 6. Juli 2004 1 BvL 4-6/97 (BVerfGE 111, 160, BFH/NV Beilage 2 2005, 114) führen zu keinem anderen Ergebnis. Zwar hat der 1. Senat des BVerfG ausgeführt, die Neuregelung des § 1 Abs. 3 Satz 1 des Bundeskindergeldgesetzes in der für 1994 und 1995 geltenden Fassung beeinträchtigt auch im Falle durchgehenden Sozialhilfebezugs die Rechtsposition der betroffenen Familien, weil sich durch die Versagung des Kindergelds deren Chancen verringerten, ihren Aufenthaltsstatus zu verbessern (BVerfGE 111, 160 a.a.O. unter B. II. 2.). Der Verlust des Kindergeldes könne m. a. W. die Notwendigkeit ergänzender Sozialhilfe erhöhen, was (mangels eigenständiger Sicherung des Lebensunterhalts) eine Verbesserung des Aufenthaltsstatus der Familie des Ausländers verhindere, wenn dieser zwar einer Erwerbstätigkeit nachgehe, jedoch auf ergänzende Sozialhilfe angewiesen sei.

Diese Vermutung trifft aber bei den hier entscheidungserheblichen Fassungen des § 62 Abs. 2 EStG, die für Zeiträume ab 2005 gelten, nicht zu. Denn die Entscheidung über eine eventuelle "Verbesserung" des Aufenthaltstitels (jedenfalls auf der Grundlage des AufenthG) - auch im Falle der erstmaligen Erteilung eines Aufenthaltstitels nach bisheriger Duldung - hängt weder von einem bisherigen Bezug des Kindergelds ab noch wird sie durch eine Nichtgewährung von Kindergeld beeinträchtigt. Die Prüfung, ob der Lebensunterhalt gesichert ist (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG), ist eine zukunftsgerichtete Prognoseentscheidung (vgl. OVG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 22. Januar 2007 11 S 30.06, 11 M 22.06, m.w.N). Hierbei ist zu berücksichtigen, ob der Ausländer nach Erteilung des begehrten Aufenthaltstitels einen Kindergeldanspruch erhält und auf diese Weise unter Berücksichtigung der Erwerbstätigkeit seinen Lebensunterhalt sichern kann - in diesem Falle ist also zu erwartendes Kindergeld anzurechnen. Diese von Gesetzes wegen gebotene Berechnungsweise entspricht im übrigen auch der dem Gericht bekannten Praxis der Ausländerbehörden. Auf diese Weise kommt es nicht zu dem vom 1. Senat des BVerfG gerügten "Zirkelschluss" (mangels Aufenthaltstitels kein Kindergeld - mangels Kindergeldbezugs kein besserer Aufenthaltstitel).

4. Die Revision wird wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO) zugelassen. Zwar hat der Bundesfinanzhof in den Entscheidungen vom 15. März 2007 III R 93/03, BFH/NV 2007, 1234 und III R 54/05, BFH/NV 2007, 1298 entschieden, dass § 62 Abs. 2 EStG keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, soweit er Ausländer vom Kindergeldbezug ausschließt, die sich im Rahmen einer ausländerrechtlichen Duldung in Deutschland aufhalten; hieran hält der Bundesfinanzhof auch im Hinblick auf abweichende Entscheidungen des 10. Senats des FG Köln vom 9. Mai 2007 10 K 983/04 und 10 K 1690/07 fest (BFH-Beschluss vom 25. Juli 2007 III S 10/07 (PKH), BFH/NV 2007, 2266). Jedoch steht bisher eine höchstrichterliche Entscheidung für Fälle aus, in denen -wie hier Ausländer Aufenthaltserlaubnisse besitzen, die gemäß § 62 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 EStG keinen Kindergeldanspruch begründen.

5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 FGO.