

FG München

Urteil vom 5.12.2007

Tatbestand

Streitig ist, ob der Kläger für die Kinder A, geboren am 22. Februar 1982 und B, geboren am 28. Juni 1993, für den Zeitraum von Juli bis einschließlich November 1997 und von Juni bis einschließlich August 1998 einen Anspruch auf Kindergeld hat.

Der Kläger ist Staatsangehöriger der Republik Bosnien-Herzegowina und kam als Bürgerkriegsflüchtling im Jahre 1992 nach Deutschland. Auf seinen Kindergeldantrag vom 7. Juni 2001 gewährte ihm das damalige Arbeitsamt Familienkasse (Beklagte) für seine Tochter A und seinen Sohn B Kindergeld nach § 52 Abs. 62 i. V. m. § 66 Abs. 3 Einkommensteuergesetz (EStG) in der in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. April 1997 und dem Bundeskindergeldgesetz (BKGG) i. V. m. dem deutsch-jugoslawischen Abkommen über soziale Sicherheit vom 30. September 1974 (Bundesgesetzblatt – BGBl – II 1975, 390) mit Bescheid vom 30. November 2001 für die Zeit von Dezember 1997 bis einschließlich Februar 1998 für zwei Kinder, von März bis Mai 1998 für ein Kind und von September 1998 bis einschließlich Juli 2000 für ein Kind, nicht jedoch für die Zeiten seiner Arbeitslosigkeit in der Zeit vom Juli bis November 1997 sowie von Juni bis einschließlich August 1998.

Im Einspruchsverfahren änderte die Familienkasse den Bescheid vom 30. November 2001 unter dem Datum vom 4. März 2002 dahingehend ab, dass sie dem Kläger nunmehr für die Zeit von März bis Mai 1998 sowie von September 1998 bis einschließlich April 2000 Kindergeld für zwei Kinder gewährte. Im Übrigen wies sie den Einspruch als unbegründet zurück (vgl. Einspruchsentscheidung vom 27. März 2002).

Mit der vorliegenden Klage begehrt der Kläger weiterhin Kindergeld für A und B für die Zeit von Juli bis einschließlich November 1997 und von Juni bis einschließlich August 1998 und trägt zur Begründung vor, er wohne seit 1992 ununterbrochen mit seinen zwei Kindern in Deutschland und habe eine Aufenthaltserlaubnis. Es sei menschenunwürdig, als Arbeitsloser kein Geld zu bekommen. Die Berufung auf das deutsch-jugoslawische Abkommen sei unzulässig.

Im Einzelnen wird auf die Schreiben vom 20. April und 7. Mai 2002 Bezug genommen.

Der Kläger beantragt, unter Änderung des Bescheids vom 4. März 2002 und der Einspruchsentscheidung vom 27. März 2002 die Beklagte zu verpflichten, ihm Kindergeld für die Kinder A und B auch

für die Zeit von Juli bis einschließlich November 1997 und von Juni bis einschließlich August 1998 zu gewähren.

Die Beklagte beantragt Klageabweisung.

Zur Begründung bezieht sie sich im Wesentlichen auf die Einspruchsentscheidung.

Mit Schreiben vom 12. Juli 2007 teilte das Landratsamt D – Amt für Ausländer- und Staatsangehörigkeitsrecht – mit, dass der Kläger vom 6. Februar bis 26. Juni 1997 im Besitz einer Duldung gewesen und ihm anschließend eine Grenzübertrittsbescheinigung ausgehändigt worden sei. Mit Bescheid vom 26. August 1997 sei die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung sowie einer Duldung abgelehnt und der Kläger zur Ausreise aufgefordert worden. Während des dagegen geführten Widerspruchsverfahrens sei er im Besitz von Grenzübertrittsbescheinigungen gewesen, bis er am 25. März 1998 eine – zunächst bis 10. August 1998 befristete – Duldung nach § 60 a Aufenthaltsgesetz (AufenthG) erhalten habe, die am 4. August 1998 bis zum 10. Februar 1999 verlängert worden sei.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt (§ 90 Abs. 2 Finanzgerichtsordnung – FGO –).

Entscheidungsgründe

Die Klage ist unbegründet.

Zu Recht hat die Beklagte die Gewährung von Kindergeld für den Zeitraum von Juli bis einschließlich November 1997 und von Juni bis einschließlich August 1998 abgelehnt.

1. Nach § 62 Abs. 2 Nr. 1 EStG in der Fassung des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13. Dezember 2006 – AuslAnsprG – (Bundessteuerblatt – BStBl – I 2007, 62) erhält ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer Kindergeld, wenn er über eine Niederlassungserlaubnis verfügt. Auch aus einer Aufenthaltserlaubnis, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat, kann sich unter den Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 2 EStG ein Anspruch auf Kindergeld ergeben. Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG wegen eines Krieges im Heimatland oder nach den §§ 23 a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG kann einen Kindergeldanspruch begründen, wenn sich der Ausländer seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt (§ 62 Abs. 2 Nr. 3 i. V. m. Nr. 2 c EStG). Ein Aufenthalt aufgrund einer Duldung berechtigt auch nach neuem Recht nicht zum Bezug von Kindergeld.

Die neue Regelung ist mit Wirkung vom 1. Januar 2006 in Kraft getreten und erfasst alle Sachverhalte, bei denen – wie im Streitfall – das Kindergeld noch nicht bestandskräftig festgesetzt worden ist (§ 52 Abs. 61 a Satz 2 EStG). Da § 62 Abs. 2 EStG an die Aufenthaltstitel nach dem AufenthG anknüpft, ist bei vor dem 1. Januar 2005 verwirklichten Sachverhalten zu klären, inwieweit die Aufenthaltsrechte

nach dem AuslG 1990 den in § 62 Abs. 2 EStG genannten Aufenthaltstiteln entsprechen. Anhaltspunkte hierfür ergeben sich aus den §§ 101 ff. AufenthG, welche die Fortgeltung bisheriger Aufenthaltsrechte regeln. Es ist zu prüfen, in welcher Form die im streitbefangenen Zeitraum vorhandenen Aufenthaltsrechte nach den §§ 101 ff. AufenthG fortgelten würden bzw. fortgegolten hätten und ob sie zu den Aufenthaltstiteln gehören, die nach § 62 Abs. 2 EStG Voraussetzung für den Bezug von Kindergeld sind.

Eine vor dem 1. Januar 2005 erteilte Aufenthaltsberechtigung oder unbefristete Aufenthaltserlaubnis gilt als Niederlassungserlaubnis fort (§ 101 Abs. 1 AufenthG). Die übrigen Aufenthaltsgenehmigungen – Aufenthaltsbewilligung nach §§ 28, 29 AuslG 1990 oder Aufenthaltsbefugnis nach § 30 AuslG 1990 (vgl. § 5 AuslG 1990) – gelten fort als Aufenthaltserlaubnisse entsprechend dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Aufenthaltswitz und Sachverhalt (§ 101 Abs. 2 AufenthG).

Duldungen bleiben nach § 102 AufenthG für den Zeitraum ihrer Geltungsdauer weiter wirksam. Nach Ablauf der Geltungsdauer ist zu entscheiden, ob eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG oder eine Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG erteilt werden kann oder die Duldung nach § 60a AufenthG zu verlängern ist (vgl. Urteil des Bundesfinanzhofs – BFH – vom 15. März 2007 III R 93/03, BFH/NV 2007, 1234).

An dieser Auffassung hält der BFH auch nach erneuter Prüfung unter Einbeziehung der hiervon abweichenden Entscheidungen des FG Köln vom 9.5.2007 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). Der Senat schließt sich dieser Rechtsauffassung an.

2. Der Kläger hatte im maßgeblichen Zeitraum keine Aufenthaltsgenehmigung i.S. von § 5 AuslG 1990, die nach § 101 AufenthG hätte fortgelten können. Nach der Auskunft des Landratsamts D – Amt für Ausländer- und Staatsangehörigkeitsrecht – vom 12. Juli 2007 war der Kläger im Zeitraum von Juli bis November 1997 lediglich im Besitz einer Grenzübertrittsbescheinigung und in der Zeit Juni bis August 1998 im Besitz einer Duldung nach § 60 a AufenthG. Ein Anspruch auf Kindergeld nach § 62 Abs. 2 EStG scheidet daher aus.

Die geduldeten erwerbstätigen Ausländer sind bewusst von dem Bezug von Kindergeld ausgeschlossen worden. Sie sollten bei der Neuregelung des Kindergeldes in § 62 Abs. 2 EStG nicht berücksichtigt werden, weil nach dem Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 11. November 2005 für diese Personen eine befriedigende Lösung nach dem AufenthG vorgesehen ist (vgl. BT-Drucks 16/1368, S. 8).

3. Die Regelung des § 62 EStG in der Fassung des AuslAnsprG verstößt nicht gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Grundgesetz. Der Senat schließt sich der vom Finanzgericht (FG) Köln in den Vorlagebeschlüssen vom 9. Mai 2007 10 K 1689/07 und 10 K 1690/07 vertretenen Auffassung nicht an.

a) Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts – BVerfG – vom 6. Juli 2004 1 BvL 4/97, BVerfGE 111, 160, BFH/NV 2005, Beilage 2, 114 zur Verfassungswidrigkeit des § 1 Abs. 3 BKG i.d.F. des Ersten Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms vom 21.

Dezember 1993 steht dem Ausschluss der nur geduldeten Ausländer vom Kindergeld in § 62 Abs. 2 EStG nicht entgegen (BFH in BFH/NV 2007, 1234).

b) Der Senat hält die Nichtgewährung von Kindergeld für geduldete Ausländer, auch wenn sie sich wie der Kläger über einen längeren Zeitraum in der Bundesrepublik aufhalten und erwerbstätig sind, für vereinbar mit Art. 3 Abs. 1 GG.

aa) Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Dem Gesetzgeber ist damit aber nicht jede Differenzierung verwehrt. Der Gesetzgeber ist – insbesondere zur Abwicklung von Massenverfahren – befugt, zu generalisieren, zu typisieren und zu pauschalisieren, ohne allein wegen damit verbundener Härten gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu verstoßen. Der Gesetzgeber darf einen steuererheblichen Vorgang um der materiellen Gleichheit willen im typischen Lebensvorgang erfassen und individuell gestaltbare Besonderheiten unberücksichtigt lassen (BVerfG vom 10. April 1997 - 2 BvL 77/92, BVerfGE 96, 1 [6 f.]). Eine zulässige Typisierung setzt unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes freilich voraus, dass mit ihr verbundene Härten nur unter Schwierigkeiten vermeidbar sind, dass sie lediglich eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist. Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist im Übrigen bei bevorzugender Typisierung weiter gespannt als bei benachteiligender Typisierung (vgl. BVerfG vom 24. Juli 1963 - 1 BvL 11/61, BVerfGE 17, 1, [23 f.]; vom 28. April 1999 - 1 BvL 11/94, BVerfGE 100, 138 [174]; vom 4. April 2001 - 2 BvL 7/98, BVerfGE 103, 310 [319]; st. Rspr.). Für den Gesetzgeber ergeben sich aber aus dem allgemeinen Gleichheitssatz umso engere Grenzen, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann. Der hierbei zu berücksichtigende Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG von Ehe und Familie enthält keine Beschränkung auf Deutsche. Ob eine gesetzliche Regelung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz vereinbar ist, hängt davon ab, ob für die getroffene Differenzierung Gründe von solchem Gewicht bestanden, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen (BVerfG-Beschluss in BVerfGE 111, 160, BFH/NV 2005, Beilage 2, 114).

bb) Für die vom Gesetzgeber vorgenommene Differenzierung zwischen Ausländern mit den in § 62 Abs. 2 EStG genannten Aufenthaltstiteln und Ausländern, die lediglich geduldet sind, bestehen hinreichende sachliche Gründe.

Während die herkömmlichen Aufenthaltstitel i.S. des AuslG 1990 bzw. des AufenthG einen rechtmäßigen Aufenthalt in der Bundesrepublik begründen, die regelmäßig als Vorstufe eines Daueraufenthalts anzusehen sind, gilt dies bei einer bloßen Duldung nicht. Vielmehr wird mit der nach § 56 Abs. 2 AuslG 1990 auf ein Jahr bzw. nunmehr nach § 60a Abs. 1 AufenthG auf grundsätzlich sechs Monate befristeten erneuerbaren Duldung nur die Abschiebung zeitweise ausgesetzt – Aussetzung der Vollziehung der Ausreiseverpflichtung bzw. Abschiebungsstopp – und die grundsätzlich bestehende Ausreisepflicht des Ausländers nicht beseitigt. Sie sind jedoch vollziehbar ausreisepflichtig und müssen jederzeit mit dem Wegfall des Abschiebungshindernisses und dem Widerruf der Duldung rechnen (§ 56 Abs. 5 AuslG 1990, § 60 a Abs. 5 AufenthG). Der geduldete Aufenthalt ist damit nicht legal, sondern lediglich nicht strafbar – § 56 Abs. 1 und 2 AuslG 1990 bzw. § 60a AufenthG (BFH in BFH/NV 2007, 1234). Dass es in beiden Fällen zu Ausnahmesituationen kommt und eine Duldung

nach § 60 a AufenthG sich zu einem dauernden Aufenthaltstitel i.S. d § 62 Abs. 2 EStG verfestigt bzw. es trotz eines bestehenden Aufenthaltstitel i. S. d. § 62 Abs. 2 EStG zu einer (endgültigen) Ausreise kommt, führt nicht zu einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung gemäß Art. 3 GG. Insoweit ist die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zu respektieren.

Die Erwägung des Gesetzgebers, das Kindergeld nur Ausländern zu gewähren, die aufgrund eines Aufenthaltstitels einen rechtmäßigen dauerhaften Aufenthalt in der Bundesrepublik begründet haben und bei denen im Unterschied zu lediglich geduldeten Ausländern auch eine langfristige Integration ihrer Familien in der Bundesrepublik beabsichtigt ist, ist vor diesem Hintergrund hinreichend sachlich gerechtfertigt (vgl. auch BFH in BFH/NV 2007, 1234; so auch Urteil des FG Düsseldorf vom 20. März 2007 10 K 1510/04 Kg, EFG 2007, 1530 und Urteil des FG Münster vom 24. April 2007 15 K 3830/04 Kg, EFG 2007, 1700).

cc) Der Senat vermag die Bedenken des FG Münster im Beschluss vom 27. April 2007 8 K 4071/06 Kg (PKH), EFG 2007, 1702 nicht zu teilen, wonach die Vorschrift des § 62 Abs. 2 EStG in der Fassung des AuslAnsprG wegen der erst verspätet am 13. Dezember 2006 und nicht – wie vom BVerfG gefordert – zum 1. Januar 2006 getroffenen Regelung nicht rückwirkend auf alle offenen Fälle anzuwenden sei, sondern das bis zum 31. Dezember 1993 geltenden Recht anzuwenden sei.

Die Voraussetzungen für die Zahlung des Kindergeldes sind zwar nach § 66 Abs. 2 EStG für jeden Monat gesondert zu prüfen. Die steuerliche Freistellung des Existenzminimums eines Kindes einschließlich der Bedarfe für Betreuung und Erziehung oder Ausbildung wird jedoch im gesamten Veranlagungszeitraum entweder durch die Freibeträge nach § 32 Abs. 6 EStG oder durch Kindergeld nach Abschnitt X des EStG bewirkt, wobei das Kindergeld, soweit es dafür nicht erforderlich ist, der Förderung der Familie dient und im laufenden Kalenderjahr monatlich als Steuervergütung gezahlt wird (vgl. § 31 EStG). Die ESt entsteht mit Ablauf des Veranlagungszeitraums (§ 36 Abs. 1 EStG). Die Regelung mit Gesetz vom 13. Dezember 2006 mit Wirkung zum 1. Januar 2006 war damit rechtzeitig.

Das Problem einer eventuellen Verfassungswidrigkeit der (rückwirkenden) Anwendung der neuen Regelung des § 62 Abs. 2 EStG in der Fassung des AuslAnsprG auf alle noch offenen Fälle unter dem Gesichtspunkt einer Schlechterstellung durch die Neuregelung gegenüber den Vorgängerregelungen stellt sich im Streitfall nicht, da auch nach den bisherigen Regelungen ein Anspruch auf Kindergeld bei einer bloßen Duldung ausgeschlossen war.

4. Der Kläger hat ebenfalls keinen Anspruch auf Kindergeld nach dem deutsch-jugoslawischen Abkommen, da er im Streitzeitraum arbeitslos war.

Nach Art. 28 Abs. 1 des Abkommens i.d.F. vom 30. September 1974 (BGBl II 1975, 390) haben Personen Anspruch auf deutsches Kindergeld, die in der Bundesrepublik beschäftigt sind und den in der Bundesrepublik geltenden Rechtsvorschriften unterliegen oder nach Beendigung ihres Beschäftigungsverhältnisses Leistungen aus der Kranken- oder Arbeitslosenversicherung beziehen. Da sich das Abkommen nach dessen Art. 2 Abs. 1 Buchst. d (BGBl II 1969, 1439) sachlich auf die deutschen Vorschriften über das Kindergeld für Arbeitnehmer bezieht, sind beschäftigte Personen i.S. des

Art. 28 des Abkommens nur Arbeitnehmer (ständige Rechtsprechung, z. B. Urteil des Bundessozialgerichts – BSG – vom 12. April 2000 B 14 KG 3/99 R, BSGE 86, 115; BFH-Beschluss vom 28. Juni 2004 VIII B 93/04, BFH/NV 2004, 1638, m. w. N. zur Rechtsprechung).

Die sachliche Beschränkung des Abkommens auf Kindergeld für Arbeitnehmer verstößt entgegen der Auffassung des Klägers nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Denn sie beruht darauf, dass nach dem – in den Teilrepubliken unterschiedlichen – jugoslawischen Recht nur Arbeitnehmer Anspruch auf Kindergeld hatten. Die gegenseitig eingegangenen Verpflichtungen konnten also nur durch eine Beschränkung des sachlichen Kindergeldbereichs auf das »Kindergeld für Arbeitnehmer« im Gleichgewicht gehalten werden (BSG-Urteil in BSGE 86, 115). Das im Völkerrecht geltende Prinzip der Gegenseitigkeit (vgl. dazu z. B. Beschluss des BVerfG vom 17. Januar 1991 2 BvR 595/87, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1991, 661) ist ein sachlicher Grund, der die unterschiedliche Behandlung von selbständig und nichtselbständig tätigen Personen rechtfertigt. Im Übrigen weist die Beklagte zu Recht darauf hin, dass der Kläger ohne dieses Abkommen auch keinen Anspruch auf die bisher gewährten Kindergeldzahlungen hätte.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO.