

FG Köln

Urteil vom 20.12.2007

Tatbestand

Die Klägerin, eine somalische Staatsangehörige, reiste am 29.11.1997 nach Deutschland ein. Ihr Asylantrag wurde durch Bescheid des Bundesamtes für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge vom 20.02.1998 abgelehnt.

Seit dem 23.09.1999 ist die Klägerin im Besitz einer Aufenthaltsbefugnis, die zuletzt bis zum 07.10.2005 befristet war. Eine Arbeitsaufnahme war danach nur mit gültiger Arbeitserlaubnis gestattet. Am 04.10.2006 erhielt die Klägerin eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 Aufenthaltsgesetz (AufenthG).

In der Zeit von April 2002 vom September 2002 arbeitete die Klägerin stundenweise als Zimmermädchen. Nachdem im November 2002 der Sohn J geboren worden war, bezog sie anschließend bis zum 31.01.2006 Sozialhilfe bzw. Arbeitslosengeld II. Seit dem 01.02.2007 arbeitet die Klägerin wieder als Zimmermädchen.

Am 09.01.2003 stellte die Klägerin bei der Beklagten einen Kindergeldantrag.

Mit dem hier streitgegenständlichen Bescheid vom 28.01.2003 wurde der Antrag abgelehnt. Das Einspruchsverfahren verlief erfolglos (Einspruchsentscheidung vom 07.05.2003).

Am 09.05.2003 meldete die Stadt C einen Erstattungsanspruch gemäß § 74 Einkommensteuergesetz (EStG) bei der Beklagten an.

Am 04.09.2006 stellte die Klägerin einen neuen Kindergeldantrag. Der Antrag wurde mit Bescheid vom 07.09.2006 abgelehnt.

Die Klägerin hat am 23.05.2003 Klage erhoben.

Die Klägerin stellt eine kurzfristige Beendigung des Rechtsstreits in Aussicht, wenn die Beklagte sich verpflichte, rückwirkend ab Februar 2007 und sodann fortlaufend Kindergeld zu zahlen. Der Rechtsstreit könne dann als erledigt angesehen werden.

Die Klägerin beantragt, den Bescheid vom 28.01.2003 und die hierzu ergangene Einspruchsentscheidung vom 07.05.2003 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, ihr für den Zeitraum November 2002 bis August 2006 Kindergeld in gesetzlicher Höhe zu gewähren.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte vertritt weiterhin die Auffassung, dass der angefochtene Bescheid rechtmäßig sei. Zwar entspreche die der Klägerin erteilte Aufenthaltsbefugnis einem Titel nach § 25 Abs. 3 AufenthG. Die Klägerin habe jedoch im streitgegenständlichen Zeitraum nicht die weiteren Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b) EStG erfüllt, da sie nicht erwerbstätig gewesen sei. Der Klägerin werde anheim gestellt, für die Zeit ab Februar 2007 einen erneuten Kindergeldantrag zu stellen.

Der Senat hat die Ausländerakte beigezogen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist unbegründet.

I. Gemäß § 62 Abs. 2 Nr. 1 EStG in der Fassung des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13.12.2006 – AuslAnsprG – (Bundesgesetzblatt – BGBl – I 2006, 2915, 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 §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG kann gemäß § 62 Abs. 2 Nr. 3 i. V. m. Nr. 2 Buchst. c) EStG 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 (SGB III) bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt.

§ 62 Abs. 2 EStG in der Fassung des Gesetzes vom 13.12.2006 ist mit Wirkung vom 01.01.2006 in Kraft getreten und erfasst alle Sachverhalte, bei denen – wie im Streitfall – das Kindergeld noch nicht bestandskräftig festgesetzt worden ist (§ 52 Abs. 61a Satz 2 EStG).

Nach diesen Grundsätzen steht der Klägerin für den streitgegenständlichen Zeitraum von November 2002 bis August 2006 kein Kindergeld zu. Zwar verfügte sie über einen Aufenthaltstitel, der grundsätzlich zum Bezug von Kindergeld berechtigte. Ein Anspruch auf Kindergeld ist aber deswegen ausgeschlossen, weil die Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG nicht erfüllt sind.

1. Da § 62 Abs. 2 EStG in der Fassung des Gesetzes vom 13.12.2006 an die Aufenthaltstitel nach dem AufenthG vom 30.07.2004 (BGBl I 2004, 1950) anknüpft, das am 01.01.2005 das Ausländergesetz (AuslG) 1990 abgelöst hat, ist bei vor dem 01.01.2005 verwirklichten Sachverhalten zu klären, inwieweit die Aufenthaltstitel nach dem AuslG 1990 den in § 62 Abs. 2 EStG genannten Aufenthaltstiteln entsprechen (vgl. Bundesfinanzhof – BFH – Urteil vom 15.03.2007, III R 93/03, BFH/NV 2007, 1234; Finanzgericht – FG – Düsseldorf Urteil vom 23.01.2007, 10 K 2661/04 Kg, Entscheidungen der Finanzgerichte – EFG – 2007, 605; FG Münster Urteil vom 24.04.2007, 15 K 3830/04, EFG 2007, 1700).

Die der Klägerin am 23.09.1999 erteilte und danach stets verlängerte Aufenthaltsbefugnis (vgl. § 30 AuslG 1990) ist mit der in § 62 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c EStG genannten Aufenthaltserlaubnis im Sinne des § 25 Abs. 3 AufenthG vergleichbar. Die Aufenthaltsbefugnis galt ab 01.01.2005 nach der Fortgeltungsregelung des § 101 Abs. 2 AufenthG als Aufenthaltserlaubnis entsprechend dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Aufenthaltzweck und Sachverhalt fort. Der Klägerin wurde auch später eine Aufenthaltserlaubnis im Sinne des § 25 Abs. 3 AufenthG erteilt. Weitere Ausführungen dazu sind entbehrlich, da die Beklagte keine andere Rechtsauffassung vertritt.

2. Es könnte sogar dahinstehen, ob die Klägerin einen Aufenthaltstitel besaß, der mit den in § 62 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c EStG genannten Titel vergleichbar war. Jedenfalls sind die Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG nicht erfüllt.

Zwar hielt die Klägerin sich zu Beginn des streitgegenständlichen Zeitraums seit mehr als drei Jahren rechtmäßig in Deutschland auf (§ 62 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a EStG). Sie war aber in diesem Zeitraum weder erwerbstätig noch hat sie Elternzeit in Anspruch genommen oder laufende Geldleistungen nach dem SGB III bezogen (§ 62 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b EStG). Die Klägerin hat ihren Lebensunterhalt aus Mitteln bestritten, die ihr nach den Regelungen des Bundessozialhilfegesetzes bzw. des SGB II (Arbeitslosengeld II) zur Verfügung gestellt worden sind.

Auch das Arbeitslosengeld II nach § 19 SGB II in der Fassung des Gesetzes vom 24.12.2003 (BGBl I 2003, 2848) ist mit den Geldleistungen nach dem SGB III, d. h. den Lohnersatzleistungen (Arbeitslosengeld I) nach § 117 SGB III in der Fassung des Gesetzes vom 07.12.2006 (BGBl I 2006, 2814), nicht vergleichbar. Das Arbeitslosengeld II ist seinem Charakter nach keine beitragsfinanzierte Leistung, sondern eine aus Steuermitteln finanzierte Transferleistung (vgl. Bundessozialgericht Urteil vom 23.11.2006, B 11b AS 1/06 R, SozR 4-4200 § 20 Nr. 3). Der Klägerin hat mangels Erfüllung arbeitslosenversicherungsrechtlicher Voraussetzungen jedoch nur ein Anspruch auf Leistungen unter Sozialhilfegesichtspunkten zugestanden.

II. Die Regelung des § 62 Abs. 2 EStG in der Fassung des Gesetzes vom 13.12.2006 begegnet nach Auffassung des Senats keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Der Senat sieht deshalb keine Veranlassung zu einer Vorlage beim Bundesverfassungsgericht (BVerfG).

Nach § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG in der Fassung des Jahressteuergesetzes (JStG) 1996 hing der Anspruch eines Ausländers auf Kindergeld davon ab, dass er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung (§ 27 AuslG 1990) oder Aufenthaltserlaubnis (§ 15 AuslG 1990) war. Eine Aufenthaltsbewilligung (§§ 28, 29 AuslG 1990), Aufenthaltsbefugnis (§ 30 AuslG 1990) oder eine Duldung (§§ 55, 56 AuslG 1990) reichten nicht aus. Das BVerfG hat durch Beschluss vom 06.07.2007 (1 BvL 4/97, BFH/NV 2005, Beilage 2, 114) entschieden, dass die Regelung des § 1 Abs. 3 Bundeskindergeldgesetz (BKGG) in der Fassung des Ersten Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms vom 21.12.1993, die mit § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG in der Fassung des JStG 1996 nahezu wörtlich übereinstimmte, mit Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz (GG) unvereinbar sei, soweit die Gewährung des Kindergeldes von der Art des Aufenthaltstitels abhing. Die Zielsetzung der Vorschrift, Familienleistungen nur für ausländische Staatsangehörige vorzusehen, die sich voraussichtlich auf Dauer in der Bundesrepublik aufhalten, hat das BVerfG jedoch nicht beanstandet.

1. Der Senat ist der Auffassung, dass die Neuregelung des § 62 Abs. 2 EStG mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist.

Ebenso wie das AuslG 1990 geht auch das AufenthG von einem – wenn auch weniger stringenten – Stufensystem der Verfestigung des Aufenthalts aus. Es ist deshalb sachgerecht, dass diese Differenzierung in § 62 Abs. 2 EStG übernommen wurde und innerhalb dieses Rahmens drei Abstufungen gebildet wurden. In diesem System ist die Niederlassungserlaubnis die formal stärkste Form der rechtlichen Verfestigung des Aufenthalts aufgrund fortgeschrittener Integration. Sie ist zeitlich unbeschränkt, darf nur in den durch das AufenthG ausdrücklich zugelassenen Fällen mit einer Nebenbestimmung versehen werden und verschafft dem Berechtigten einen besonderen Ausweisungsschutz (vgl. §§ 9 Abs. 1, 56 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG). Ferner berechtigt die Niederlassungserlaubnis zu jeder Art von Erwerbstätigkeit. Sie ist daher auf den dauerhaften, grundsätzlich unentziehbaren Verbleib eines Ausländers angelegt. Diese gesicherte Rechtsposition macht § 9 Abs. 2 AufenthG von qualifizierten Integrationsanforderungen abhängig. Anknüpfend hieran werden Ausländer, die eine Niederlassungserlaubnis erhalten haben, in den Kreis der Kindergeldberechtigten einbezogen (§ 62 Abs. 2 Nr. 1 EStG), während in den übrigen Fällen ein Kindergeldanspruch grundsätzlich nur besteht, wenn die besonderen Integrationsvoraussetzungen in Gestalt einer Berechtigung zur Erwerbstätigkeit bzw. noch weitergehend einer (berechtigten) Erwerbstätigkeit vorliegen (§ 62 Abs. 2 Nr. 2 EStG).

Das vom Gesetzgeber gewählte Unterscheidungsmerkmal und seine Zielrichtung sind mit dem Gleichheitssatz zu vereinbaren. Der Gesetzgeber hat den Grundsatz beibehalten, dass Ausländer nur dann Kindergeld erhalten sollen, wenn sie sich voraussichtlich dauerhaft in Deutschland aufhalten (vgl. BT-Drucks. 16/1368). Der Ansatzpunkt des Gesetzgebers, dass Ausländer ihren Aufenthalt in Deutschland durch eine Erwerbstätigkeit verfestigen, ist schlüssig und nachvollziehbar. Die Erwerbstätigkeit liefert einen gewichtigen Anhaltspunkt für die anzustellende Prognose, ob der Ausländer sich in die hiesigen Lebensverhältnisse in Deutschland einfügen kann, da sie im sozialpolitischen Interesse ein Mindestmaß an Integration gewährleistet (vgl. auch FG Köln Urteil vom 14.06.2007, 15 K 1928/02, juris). Durch die Erwerbstätigkeit wird das zentrale gesetzgeberische und auch gesellschaftlich als dringend anerkannte Anliegen gefördert, den in Deutschland lebenden Ausländern die Teilnahme am Sozialleben zu eröffnen. Die Annahme, dass eine Beschäftigung und damit eine eigenständige Sicherung des Lebensunterhaltes, einer Integration förderlich ist, wird dadurch bestätigt, dass umgekehrt im Ausländerrecht ein Erwerbstätigkeitsverbot eingesetzt wird, um eine die spätere Entfernung aus Deutschland unter Umständen hindernde Integration in die hiesigen Lebensverhältnisse zu vermeiden und hierdurch die Bereitschaft der freiwilligen Rückkehr zu fördern – etwa entsprechend der gesetzlichen Verpflichtung nach erfolglosen Asylverfahren (vgl. dazu Bundesverwaltungsgericht Beschluss vom 28.12.1990, 1 B 14/90, juris).

Dass der Gesetzgeber wiederum auch Zeiten ohne Erwerbstätigkeit (Bezug von Arbeitslosengeld I, Elternzeit) berücksichtigt hat, steht dem nicht entgegen. Das Arbeitslosengeld I ist die (vorübergehende) Folge einer nichtselbstständigen Tätigkeit und in den Genuss von Elternzeit kommen nur Personen, die zu Lasten einer Erwerbstätigkeit ihr Kind selbst betreuen und erziehen (vgl. FG Düsseldorf Urteil vom 20.03.2007, 10 K 1510/04 Kg, EFG 2007, 1530). Damit wird ein hinreichender Bezug zur Erwerbstätigkeit begründet.

Unerheblich ist insoweit, ob die Klägerin als Inhaberin einer Aufenthaltsbefugnis bzw. -erlaubnis über ein verfestigtes Aufenthaltsrecht verfügte. Denn die grundsätzliche Pflicht zur Ausreise besteht weiter fort. Es wird lediglich aus besonderen Gründen von der Vollziehung dieser Verpflichtung abgesehen. Dass die Ausreisehindernisse voraussichtlich noch längere Zeit bestehen, ändert hieran nichts. Der Gesetzgeber konnte davon ausgehen, dass bei diesem Personenkreis die Bindungen an Deutschland weniger ausgeprägt sind als bei dem Inhaber einer Niederlassungserlaubnis.

2. Schließlich fügt sich § 62 Abs. 2 EStG in der Fassung des Gesetzes vom 13.12.2006 in das abgestimmte System des Verhältnisses von Steuerentlastung und Sozialleistung ein. Seit der Neuregelung durch das JStG 1996 wird die gebotene steuerliche Freistellung eines Einkommensbetrages in Höhe des Existenzminimums des Kindes durch den Kinderfreibetrag (§ 32 Abs. 6 EStG) oder durch das Kindergeld (§§ 62 ff. EStG) bewirkt. Soweit das Kindergeld zu der gebotenen steuerlichen Freistellung nicht erforderlich ist, dient es der Förderung der Familie (§ 31 Satz 2 EStG). Das Kindergeld stellt demnach eine Sozialleistung dar, wenn keine oder nur eine geringe Einkommensteuer zu zahlen ist oder wenn der Bezug von Kindergeld günstiger ist als die Berücksichtigung von Kinderfreibeträgen im Rahmen der Veranlagung zur Einkommensteuer. Vor diesem Hintergrund hat das BVerfG gerade für die Personengruppe, die nicht oder nicht in vollem Umfang vom steuerrechtlichen Kinderfreibetrag profitiert, aber auch nicht (ausschließlich) von der Sozialhilfe lebt, die mit § 62 EStG in der Fassung des JStG 1996 inhaltlich gleichlautende Vorschrift des § 1 Abs. 3 BKKG für verfassungswidrig beurteilt (Beschluss vom 06.07.2007, 1 BvL 4/97, a. a. O. unter B. III. 2. der Gründe).

Zu dieser Personengruppe gehören solche Ausländer wie die Klägerin, die nicht erwerbstätig waren, jedoch nicht. Die Klägerin war im streitgegenständlichen Zeitraum von jeglicher Ertragsteuerlast freigestellt. Damit hätte durch die Gewährung von Kindergeld nicht der nach § 32 Abs. 6 EStG verfolgte Zweck erreicht werden können, einen (teilweisen) Ausgleich der durch die Kinderunterhaltslast verminderten steuerlichen Leistungsfähigkeit zu erreichen. Die Klägerin hat im streitgegenständlichen Zeitraum Leistungen der Grundsicherung in einer Höhe erhalten, wie sie das BSHG bzw. das SGB II vorgesehen haben. Hierdurch ist ein Ausgleich für den Kindesunterhalt erfolgt.

III. Der Senat folgt nicht der Auffassung des 10. Senats des FG Köln (vgl. Vorlagebeschluss an das BVerfG vom 09.05.2007, 10 K 1689/07, juris), der den Gesetzeswortlaut „eine berechtigte Erwerbstätigkeit im Bundesgebiet“ für zu unbestimmt hält. Der Senat ist in Übereinstimmung mit dem Niedersächsischen FG (Urteil vom 09.07.2007, 16 K 427/05, EFG 2007, 1787) der Auffassung, dass der Begriff der Erwerbstätigkeit in § 62 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b EStG dem in § 2 Abs. 2 AufenthG entspricht, da § 62 Abs. 2 EStG auch im Übrigen an die Begriffsdefinitionen des AufenthG anknüpft. Anders als der 10. Senat des FG Köln meint, bedurfte es keiner – mit einer klaren und knappen Gesetzesfassung angesichts der Vielzahl denkbarer Fallgestaltungen kaum zu erreichenden – näheren Beschreibung der Erwerbstätigkeit wie etwa von Art und Umfang (vgl. dazu FG Düsseldorf Urteil vom 29.05.2007, 10 K 174/06 Kg, EFG 2007, 1453) oder der Höhe der erzielten Einkünfte (vgl. dazu Hessisches FG Urteil vom 12.07.2007 2 K 66/07, juris; FG Düsseldorf Urteil vom 20.03.2007, 10 K 1510/04 Kg, EFG 2007, 1530).

IV. Da die Klage keinen Erfolg hat, kann die Frage nach dem Umfang der Bindungswirkung des angefochtenen Bescheides vom 28.01.2003 dahinstehen.

V. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 Finanzgerichtsordnung (FGO). Die Revision wurde gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO zugelassen, weil über die Verfassungsmäßigkeit der Voraussetzung einer berechtigten Erwerbstätigkeit in § 62 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b EStG noch nicht abschließend entschieden wurde (vgl. BFH-Beschluss vom 21.08.2007, III S 23/07 (PKH), BFH/NV 2007, 2290).