

Finanzgericht Baden-Württemberg

Beschluss vom 14.4.2008

Tenor

Der Antrag des Klägers auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe wird abgelehnt.

Gründe

I.

Im Hauptsacheverfahren ist streitig, ob die dort beklagte Familienkasse (die Beklagte – Bekl –) gegenüber dem Antragsteller (Ast) die Festsetzung von Kindergeld für seine vier Kinder für die Zeit ab dem 1. Oktober 2007 zu Recht abgelehnt hat.

Der 1962 geborene Ast ist Staatsangehöriger der (früheren jugoslawischen) Republik Mazedonien. Er ist seit 1995 mit seiner Ehefrau ..., einer serbischen Staatsangehörigen, verheiratet und Vater der vier gemeinsamen Kinder ... (geboren 1995), ... (geboren 1997), ... und ... (geboren 2001). Der Ast hält sich seit Anfang der neunziger Jahre als Bewerber um politisches Asyl in der Bundesrepublik Deutschland auf. Kindergeld für seine Kinder beantragte der Ast zunächst nicht, da er sich lediglich im Besitz einer ausländerrechtlichen Duldung ohne Erlaubnis zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit befand und da ihm bekannt war, dass ihm aufgrund dieses Umstands kein Kindergeld bewilligt werden würde.

Am 21. Juni 2007 verfügte das Landratsamt X gegenüber dem Ast erneut die Aussetzung der Abschiebung (Duldung) mit dem aufgedruckten Hinweis: „Kein Aufenthaltstitel! Der Inhaber ist ausreisepflichtig!“ Eine Erwerbstätigkeit war dem Ast nur mit Erlaubnis der Ausländerbehörde erlaubt. Die erteilte Duldung war befristet bis zum 20. September 2007.

Am 25. Juni 2007 änderte das Landratsamt X die genannte Duldungsverfügung dahin, dass dem Ast fortan eine Beschäftigung erlaubt war. Daraufhin nahm der Ast am 2. Juli 2007 eine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit als Arbeitnehmer bei der M-GmbH auf, die durch Arbeitsvertrag vom 24. Juli 2007 verlängert und als Urlaubsvertretung bis zum 31. Januar 2008 befristet wurde.

Mit Antrag vom 23. Juli 2007, bei der Bekl eingegangen am 24. Juli 2007, beantragte der Ast erstmals Kindergeld für seine vier Kinder. Auf diesen Antrag hin setzte die Bekl zugunsten des Ast mit

Bescheid vom 18. September 2007 Kindergeld für die Monate Juli bis September 2007 fest. Die Festsetzung begründete die Bekl mit der Erwerbstätigkeit des Ast, aufgrund derer die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Kindergeld vorlägen. Zugleich enthielt der Bescheid die Aufforderung an den Ast, dass er, „um über den weiteren Anspruch ab Oktober 2007 entscheiden zu können“, seine verlängerte Duldung in Kopie sowie eine aktuelle Lohnabrechnung vorlegen möge. Das Kindergeld für die genannten drei Monate wurde sodann an den Ast nachgezahlt.

Am 16. November 2007 rief die Ehefrau des Ast bei der Bekl an und bat um Fortzahlung des Kindergelds über den September 2007 hinaus. Auf Aufforderung der Bekl legte der Ast zudem die Kopie einer ihm am 22. November 2007 erteilten erneuten Duldung seitens des Landratsamts X vor.

Bei Prüfung der Unterlagen gelangte die Bekl zu der Auffassung, der Ast gehöre „nicht zum Personenkreis von Abkommensstaaten“, da mit der Republik Mazedonien kein Abkommen bestehe. Daher bestehe zugunsten des Ast auch kein Kindergeldanspruch. Mit dieser Begründung lehnte sie mit Bescheid vom 28. November 2007 den Antrag des Ast auf Kindergeld ab Oktober 2007 ab. Den hiergegen eingelegten Einspruch vom 5. Dezember 2007, eingegangen am 6. Dezember 2007, mit dem der Ast über seinen späteren Prozessbevollmächtigten geltend machte, darauf vertraut haben zu können, dass ihm auch künftig ohne Niederlassungs- oder Aufenthaltserlaubnis Kindergeld gewährt werde, wies die Bekl mit Einspruchsentscheidung vom 7. Dezember 2007 mit im Wesentlichen gleichlautender Begründung zurück.

Hiergegen wendet sich der Ast mit seiner Klage vom 10. Dezember 2007, beim Finanzgericht (FG) eingegangen am 11. Dezember 2007, für die er die Bewilligung von Prozesskostenhilfe (PKH) unter Beiordnung seines Prozessbevollmächtigten beantragt. Zur Begründung beruft sich der Ast auf einen allgemeinen Vertrauensgrundsatz dahingehend, dass die Entscheidung einer Behörde, wie sie die Bekl am 18. September 2007 getroffen habe, genau überprüft werde, bevor sie ergehe. Sei für die Bewilligung von Kindergeld mit Bescheid von jenem Tage eine Duldung ohne weitere Voraussetzungen ausreichend gewesen, auch wenn diese Entscheidung fehlerhaft gewesen sei, so könne es nicht zu seinen – des Ast – Lasten gehen, wenn er anschließend auf die Richtigkeit dieser Entscheidung auch für die Zukunft vertraut habe. Er habe aufgrund seines Vertrauens in die weitere Zahlung des Kindergelds diverse Vermögensdispositionen getroffen – namentlich ein Auto angeschafft und versichert, neue Schultaschen, -bücher und andere Schulsachen für seine Kinder gekauft, einen neuen Fernseher erworben und seine Angehörigen in Mazedonien unterstützt –, die er nun nicht mehr rückgängig machen könne.

II.

Der Antrag auf Bewilligung von PKH war abzulehnen, da die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen. Die beabsichtigte Rechtsverfolgung des Ast bietet keine hinreichende Aussicht auf Erfolg (§ 142 der Finanzgerichtsordnung i. V. m. § 114 Satz 1 der Zivilprozeßordnung). Der Ast hat einen Anspruch auf Kindergeld weder nach dem Einkommensteuergesetz (EStG) noch nach zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Mazedonien geltenden zwischenstaatlichen Vereinbarungen. Auch auf einen zu seinen Gunsten wirkenden Vertrauenstatbestand kann er sich nicht berufen.

1. Als lediglich geduldeter Ausländer kann der Ast die Zahlung von Kindergeld – ungeachtet dessen, ob er eine ihm gestattete Erwerbstätigkeit ausübt oder nicht – nicht beanspruchen. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz selbst und aus der dazu ergangenen, mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH).

a) Nach § 62 Abs. 2 EStG erhält ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer Kindergeld nur, wenn er entweder eine Niederlassungserlaubnis oder – mit Einschränkungen – eine Aufenthaltserlaubnis, die ihn zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt, besitzt. Sowohl die Niederlassungserlaubnis (§ 9 Abs. 1 Satz 1 Aufenthaltsgesetz) als auch die Aufenthaltserlaubnis (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Aufenthaltsgesetz) stellen einen Aufenthaltstitel dar, dessen es zum rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet bedarf (§ 4 Abs. 1 Satz 1 Aufenthaltsgesetz). Demgegenüber kann einem Ausländer, der – wie der Ast – einen Asylantrag gestellt hat, gemäß § 10 Abs. 1 Aufenthaltsgesetz vor bestandskräftigem Abschluss des Asylverfahrens ein Aufenthaltstitel regelmäßig nicht erteilt werden. Aus diesem Grunde ist der Aufenthalt des Ast im Bundesgebiet nach wie vor lediglich geduldet; die gegenüber dem Ast ausgesprochene Duldung stellt – worauf in der Duldungsverfügung auch ausdrücklich hingewiesen wird – keinen Aufenthaltstitel dar und ändert an der Ausreisepflicht des Ast nichts.

b) Wie der BFH in seinem Grundsatzurteil vom 15. März 2007 III R 93/03 (BFHE 217, 443, BFH/NV 2007, 1234) sowie in der Parallelentscheidung vom gleichen Tage III R 54/05 (BFH/NV 2007, 1298) entschieden hat, haben Ausländer, die sich – wie der Ast – im Rahmen einer ausländerrechtlichen Duldung im Inland aufhalten, auch nach der Neuregelung des § 62 Abs. 2 EStG i.d.F. des Art. 2 des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13. Dezember 2006 – AuslAnsprG – (BGBl I 2006, 2915, BStBl I 2007, 62) keinen Anspruch auf Kindergeld. Mit den beiden zur Veröffentlichung in BFHE bestimmten Urteilen vom 22. November 2007 III R 54/02 (BFH/NV 2008, 457) und III R 60/99 (juris) hat der BFH zudem bekräftigt, dass er an dieser Auffassung auch nach erneuter Prüfung unter Einbeziehung der hiervon abweichenden Entscheidungen des FG Köln vom 9. Mai 2007 10 K 983/04 (Entscheidungen der Finanzgerichte – EFG – 2007, 1254, Revision beim BFH anhängig unter dem Az. III R 43/07) und 10 K 1690/07 (EFG 2007, 1247, konkretes Normenkontrollverfahren anhängig beim Bundesverfassungsgericht – BVerfG – unter dem Az. 2 BvL 4/07) festhält, weil diese Entscheidungen insoweit keine neuen Gesichtspunkte enthalten (gleicher Ansicht z. B.: Urteil des FG München vom 5. Dezember 2007 9 K 3691/07, juris). Aus diesem Grunde hat der BFH mit Beschlüssen vom 25. Juli 2007 III S 10/07 (PKH) (BFH/NV 2007, 2266) und vom 15. November 2007 III S 15/07 (PKH) (juris) die Anträge von – wie der Ast – hinsichtlich ihres Aufenthalts in Deutschland lediglich geduldeten (Revisions-) Klägern auf Bewilligung von PKH für Verfahren wegen Kindergeld abgelehnt.

c) Der beschließende Senat folgt dieser Rechtsprechung des BFH. Danach kommt der Klage des Ast nicht schon im Hinblick auf die beim BVerfG anhängigen Verfahren der konkreten Normenkontrolle 2 BvL 3/07 und 2 BvL 4/07 (ersteres aufgrund des Vorlagebeschlusses des FG Köln vom 9. Mai 2007 10 K 1689/07, juris) hinreichende Aussicht auf Erfolg zu. Denn die dem BVerfG vorgelegte Frage, ob § 62 Abs. 2 EStG i. d. F. des AuslAnsprG insoweit mit dem Grundgesetz (GG) vereinbar ist, als die Gewährung von Kindergeld im Falle eines gestatteten oder geduldeten Aufenthalts aus humanitären Gründen von über drei Jahren noch von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig gemacht wird (§ 62 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c und Nr. 3 EStG), ist höchstrichterlich durch die Urteile des BFH in BFHE

217, 443, BFH/NV 2007, 1234, in BFH/NV 2007, 1298 (jeweils unter II.4.b) und in BFH/NV 2008, 457 (unter II.3.a) bereits entschieden. Dort hat der BFH im Einzelnen auch ausgeführt, aus welchen Gründen die Nichtgewährung von Kindergeld für geduldete Ausländer, auch wenn sie sich wie der Ast über einen längeren Zeitraum in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten und erwerbstätig sind, mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist.

Daneben steht auch der Beschluss des BVerfG vom 6. Juli 2004 1 BvL 4/97 (BVerfGE 111, 160, BFH/NV 2005, Beilage 2, 114) zur Verfassungswidrigkeit des § 1 Abs. 3 des Bundeskindergeldgesetzes i. d. F. des Ersten Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms vom 21. Dezember 1993 (BGBl I 1993, 2353) dem Ausschluss der nur geduldeten Ausländer vom Kindergeld in § 62 Abs. 2 EStG nicht entgegen. Zwar sind die Rechtsgrundsätze dieser Entscheidung auch als Maßstab für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von § 62 Abs. 2 EStG heranzuziehen. Die Entscheidung des BVerfG betrifft aber ausschließlich die Nichtgewährung von Kindergeld für Ausländer, die nicht über eine Aufenthaltserlaubnis oder Aufenthaltsberechtigung, sondern nur über eine Aufenthaltsbefugnis verfügten. Das BVerfG hat insoweit einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG angenommen, als die Gewährung des Kindergeldes allein von der Art des Aufenthaltstitels abhing. Mit der dem Streitfall zugrunde liegenden Rechtsfrage, ob ein nur geduldeter Ausländer ohne jeden Aufenthaltstitel vom Kindergeld ausgeschlossen werden darf, hat sich das BVerfG hingegen nicht befasset (vgl. BFH-Beschlüsse in BFHE 217, 443, BFH/NV 2007, 1234, und in BFH/NV 2007, 1298, jeweils unter II.4.a).

2. Der Klage kommt auch nicht im Hinblick darauf eine hinreichende Erfolgsaussicht zu, als der Ast als mazedonischer Staatsangehöriger aufgrund zwischenstaatlicher Abkommen einen Anspruch auf Kindergeld geltend machen könnte.

a) Zwar bestand für Staatsangehörige der früheren Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien ein Anspruch auf Kindergeld nach Art. 28 Abs. 1 des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien über Soziale Sicherheit (Soz-SichAbk Jugoslawien) vom 12. Oktober 1968 (BGBl II 1969, 1438), geändert durch Art. 2 des Änderungsabkommens vom 30. September 1974 (BGBl II 1975, 390), wenn sie im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland als Arbeitnehmer beschäftigt waren. Dies galt – ungeachtet des insoweit anderslautenden Abkommenstextes – auch dann, wenn sich die Kinder nicht in dem anderen Vertragsstaat Jugoslawien aufhielten, sondern in Deutschland als dem Vertragsstaat, in dem der Anspruchsteller beschäftigt war (Urteil des Niedersächsischen FG vom 31. Januar 2008 16 K 343/07, juris; inzident auch BFH-Entscheidungen vom 4. November 2002 VIII B 131/02, BFH/NV 2003, 168, vom 9. Juli 2003 VIII B 98/03, BFH/NV 2003, 1423, und vom 22. November 2007 III R 63/04, juris, unter II.5.).

Auch fanden die Bestimmungen des Abkommens auf mazedonische Staatsangehörige auch nach der Abspaltung der Republik Mazedonien von der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien im Jahre 1991 zunächst weiter Anwendung (Urteile des Bundessozialgerichts – BSG – vom 16. Dezember 1999 B 14 KG 1/99 R, BSGE 85, 240, und des FG Münster vom 24. April 2007 15 K 3830/04 Kg, EFG 2007, 1700, unter I.; für Bosnien und Herzegowina nunmehr zweifelnd BSG-Beschluss vom 23. Mai 2006 B 13 RJ 17/05 R, Die Sozialgerichtsbarkeit 2007, 227, Az. des BVerfG: 2 BvR 3/06; offengelassen im BFH-Urteil in BFH/NV 2008, 457, unter II.5.). Durch Notenwechsel vom

16. Dezember 1993 war zwischen der Bundesregierung und der mazedonischen Regierung zudem vereinbart worden, die zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der ehemaligen Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien geschlossenen bilateralen Verträge im Verhältnis zwischen Deutschland und Mazedonien solange weiter anzuwenden, bis beide Seiten etwas Abweichendes vereinbaren (vgl. die Bekanntmachung des Auswärtigen Amtes vom 26. Januar 1994, BGBl II 1994, 326). Von der Fortgeltung des SozSichAbk Jugoslawien im Verhältnis zur Republik Mazedonien und von der sich daraus ergebenden Kindergeldberechtigung mazedonischer Staatsangehöriger ging zunächst auch die Verwaltung aus (vgl. zuletzt Bundesamt für Finanzen – BfF –, Dienstanweisung zur Durchführung des Familienleistungsausgleichs nach dem X. Abschnitt des Einkommensteuergesetzes – DA FamEStG –, BStBl I 2004, 743, zu DA 62.4.3 Satz 5).

b) Indessen ist das SozSichAbk Jugoslawien einschließlich des Änderungsabkommens hierzu vom 30. September 1974 gemäß Art. 42 des Abkommens zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der mazedonischen Regierung über Soziale Sicherheit (SozSichAbk Mazedonien) vom 8. Juli 2003 (BGBl II 2004, 1068) im Verhältnis zwischen den beiden Vertragsparteien mit Wirkung zum 1. Januar 2005 außer Kraft getreten (vgl. die Bekanntmachung des Auswärtigen Amtes vom 30. Dezember 2004, BGBl II 2005, 95). Dem SozSichAbk Jugoslawien vergleichbare Ansprüche auf Kindergeld enthält das SozSichAbk Mazedonien, das sich nach dessen Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 ausschließlich auf die deutschen Rechtsvorschriften über Kranken-, Unfall-, Renten- und hüttenknappschaftliche Zusatzversicherung sowie die Alterssicherung der Landwirte bezieht, nicht mehr. Zugleich erhellt aus Ziff. 14 des Schlussprotokolls zum SozSichAbk Mazedonien, das nach dessen Art. 43 Bestandteil des Abkommens ist, dass sich die beiden Vertragsparteien des Umstandes, dass durch Art. 42 SozSichAbk Mazedonien bisher bestehende Ansprüche auf Kindergeld beseitigt werden, durchaus bewusst gewesen sind.

c) Daraus folgt, dass mazedonische Staatsangehörige wie der Ast seit dem 1. Januar 2005 ihre Kindergeldberechtigung nur noch nach den allgemeinen Vorschriften des § 62 Abs. 2 EStG geltend machen können (so auch DA FamEStG 62.4.4 Abs. 3 Satz 2 in der durch Weisung des BfF vom 14. Juli 2005 St I 4 -S 2470- 43/04, BStBl I 2005, 819 mit Wirkung zum 1. Januar 2005 geänderten Fassung).

3. Hinreichende Aussicht auf Erfolg hat die Klage des Ast schließlich auch nicht deswegen, weil die Bekl zu seinen Gunsten einen Vertrauenstatbestand geschaffen hätte, der sie nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zur weiteren Gewährung von Kindergeld auch für die Zukunft verpflichten würde.

a) An einem solchen Vertrauenstatbestand für den streitigen Kindergeldanspruch ab Oktober 2007 fehlt es schon deswegen, weil die Bekl die Festsetzung des Kindergelds im Bescheid vom 18. September 2007 ausdrücklich auf die Monate Juli bis September 2007 beschränkt und sich für die Entscheidung über den weiteren Anspruch für die Folgezeit eine erneute Prüfung vorbehalten hatte. Zwar hatte die Bekl mit der gewählten Begründung für die Festsetzung, der Ast habe eine Duldung und arbeite seit dem 2. Juli 2007, zugleich zum Ausdruck gebracht, dass sie die genannten Umstände derzeit als für den Bezug von Kindergeld hinreichend erachte. Eine solche fehlerhafte Entscheidung für die Vergangenheit kann indessen keine Verpflichtung der Behörde begründen, den gleichen Fehler beim Erlass eines nachfolgenden Verwaltungsakts zu wiederholen.

b) Eine derartige Festsetzung des Kindergelds für eine befristete Zeit, nach deren Ablauf sich die Behörde eine erneute Entscheidung über den Kindergeldanspruch vorbehält, kann für den Betroffenen jedenfalls keinen stärkeren Vertrauenstatbestand setzen als eine von Beginn an unbefristete Kindergeldfestsetzung. Für letztere eröffnet § 70 Abs. 3 Sätze 1 und 2 EStG der Behörde jedoch ohne weiteres die Möglichkeit, materielle Fehler der (unbefristeten) Festsetzung durch Neufestsetzung oder durch Aufhebung der Festsetzung mit Wirkung ab dem Folgemonat zu beseitigen.

Die genannte Vorschrift betrifft die Fälle, in denen der zutreffende Sachverhalt der Familienkasse bekannt ist, sie die ihr bekannten Tatsachen jedoch – wie im Streitfall – rechtlich unzutreffend würdigt, oder ihrer Entscheidung irrtümlich einen unrichtigen Sachverhalt zugrunde legt. In diesen Fällen schafft § 70 Abs. 3 EStG einen Interessenausgleich dahingehend, dass die Familienkasse nicht über einen längeren Zeitraum hinweg an die später als unrichtig erkannte Festsetzung gebunden bleibt (vgl. BTDrucks 13/3084, S. 21), während der Kindergeldberechtigte seinerseits für die Vergangenheit Vertrauensschutz hinsichtlich der fehlerhaften Festsetzung genießt (BFH-Urteil vom 26. Juli 2001 VI R 163/00, BFHE 196, 274, BStBl II 2002, 174, unter 3.b.aa). Daraus folgt, dass die Bekl dem Ast die Zahlung von Kindergeld für die Zukunft selbst dann hätte verweigern können, wenn sie die Festsetzung des Kindergelds im Bescheid vom 18. September 2007 nicht auf die Monate Juli bis September 2007 beschränkt hätte. Bei dieser Sachlage war ihr die Aufgabe der als fehlerhaft erkannten Rechtsauffassung im Streitfall erst recht möglich. Umstände, die die von der Bekl vollzogene Änderung ihrer Rechtsauffassung als illoyale Rechtsausübung erscheinen ließen (vgl. dazu BFH-Urteil vom 14. Oktober 2003 VIII R 56/01, BFHE 203, 472, BStBl II 2004, 123), sind zudem weder vorgetragen noch erkennbar.