

T e n o r :

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens trägt der Kläger.

Die Revision wird zugelassen.

T a t b e s t a n d :

Streitig ist, ob der Kläger Anspruch auf Kindergeld für seinen am 01.11.2006 geborenen Sohn P. und für die am 25.06.2008 geborenen Zwillinge B. und C. hat.

Der Kläger und seine Ehefrau besitzen die ägyptische Staatsangehörigkeit und sind am 25.09.2007 in die Bundesrepublik Deutschland eingereist. Die Ehefrau erhielt zur Durchführung eines Promotionsstudiums eine Aufenthaltsgenehmigung nach § 16 Abs. 1 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) und der Kläger erhielt erstmalig am 06.11.2007 eine Aufenthaltsgenehmigung nach § 30 Abs. 1 AufenthG (Ehegattennachzug). Die Aufenthaltsgenehmigung des Klägers (Bl. 10 der Kindergeldakte -KgA-) enthielt zunächst den folgenden Zusatz: "Selbständige und unselbständige Erwerbstätigkeit nicht gestattet. Gebunden an den Aufenthalt der Ehefrau. Selbständige Erwerbstätigkeit nicht gestattet. Unselbständige Erwerbstätigkeit nur mit Erlaubnis der zuständigen Ausländerbehörde gestattet. ...". Der Satz "Selbständige und unselbständige Erwerbstätigkeit nicht gestattet" wurde von der Ausländerbehörde am 01.10.2010 gestrichen (Bl. 28, 36 KgA). Der restliche Text blieb zunächst unverändert. Am 15.03.2012 wurden auch die Sätze „Selbständige Erwerbstätigkeit nicht gestattet. Unselbständige Erwerbstätigkeit nur mit Erlaubnis der zuständigen Ausländerbehörde gestattet“ gestrichen und es wurde der handschriftliche Zusatz „Erwerbstätigkeit erlaubt“ aufgenommen (Bl. 70 KgA).

Die Beklagte hatte in der Vergangenheit Anträge des Klägers auf Kindergeld bereits mehrfach abgelehnt, zuletzt mit Bescheid vom 13.04.2011. Einspruch wurde gegen diesen Bescheid nicht eingelegt.

Am 27.01.2012 hat der Kläger erneut Kindergeld für seine drei Kinder beantragt. Er wies in den nachfolgenden Schriftsätzen darauf hin, dass er in der Vergangenheit mehrfach die Erteilung einer Arbeitserlaubnis bei der Ausländerbehörde beantragt habe, diese ihm jedoch stets versagt worden sei. Dabei habe die Sachbearbeiterin allerdings § 29 Abs. 5 Nr. 3 AufenthG, wonach er – der Kläger – schon kraft Gesetzes zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt gewesen sein, übersehen. Der Kläger reichte zudem eine Kopie seiner geänderten Aufenthaltserlaubnis mit dem Vermerk „Erwerbstätigkeit erlaubt“ ein.

Die Beklagte gab dem Antrag unter Hinweis darauf, dass der Kläger erst seit März 2012 zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt sei, mit Bescheid vom 23.04.2012 ab März 2012 statt. Der Kläger legte hiergegen Einspruch ein, welcher mit Einspruchsentscheidung vom 23.05.2012 als unbegründet zurückgewiesen wurde.

Am 12.06.2012 stellte der Kläger einen Prozesskostenhilfeantrag für eine beabsichtigte Klage, welche die Festsetzung von Kindergeld für P. für November 2006 bis Februar 2012 und für die Zwillinge B. und C. von Juni 2008 bis Februar 2012 zum Gegenstand haben sollte. Der Senat, der über diesen Antrag ohne Kenntnis der Kindergeldakte zu entscheiden hatte, gab dem Antrag mit Beschluss vom 17.12.2012 lediglich in Bezug auf den Zeitraum November 2010 bis Februar 2012 statt. Hinsichtlich der Einzelheiten der Begründung wird auf den Prozesskostenhilfebeschluss Bezug genommen.

Am 31.12.2012 hat der Kläger Klage erhoben und unter Bezugnahme auf den Prozesskostenhilfeantrag Wiedereinsetzung in die Klagefrist beantragt. Begehrt wurde mit der Klage ursprünglich die Festsetzung von Kindergeld für die Monate November 2009 bis Februar 2012. Das Verfahren betreffend Kindergeld für die Monate November 2009 bis April 2011 wurde mit Beschluss vom 22.02.2013 abgetrennt.

Der Kläger stützt seinen Anspruch darauf, dass ihm eine Erwerbstätigkeit schon kraft Gesetzes – nämlich durch § 29 Abs. 5 Nr. 3 AufenthG – gestattet gewesen sei. Nach dieser Vorschrift berechtigte eine Aufenthaltsgenehmigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, wenn die eheliche Lebensgemeinschaft seit mindestens zwei Jahren rechtmäßig im Bundesgebiet bestanden habe und die Aufenthaltserlaubnis des Ausländers, zu dem der Familiennachzug stattfinde, weder mit einer Nebenbestimmung nach § 8 Abs. 2 AufenthG versehen sei noch dessen Aufenthalt durch Gesetz oder Verordnung von einer Verlängerung ausgeschlossen sei. So verhalte es sich auch im Streitfall, so dass er – der Kläger – zwei Jahre nach Erteilung der Aufenthaltsgenehmigung vom 06.11.2007 – d.h. ab dem 06.11.2009 – zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt gewesen sei. Der Zusatz „Erwerbstätigkeit nicht gestattet“ sei falsch geworden, weshalb ihn die Ausländerbehörde, nachdem sie auf die Gesetzeslage hingewiesen worden sei, auch gestrichen habe.

Im Streitfall gehe es letztlich darum, ob er – der Kläger – über eine Aufenthaltserlaubnis im Sinne des § 62 Abs. 2 Nr. 2 1.HS EStG verfügt habe, d.h. über eine Aufenthaltserlaubnis, „die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat“. Genau dies sei der Fall gewesen. Denn es gehe im Streitfall gerade nicht um eine Erwerbsberechtigung, die zunächst bei der Ausländerbehörde zu beantragen sei. Nur in diesen Fällen werde von der ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) der „Besitz“ der Aufenthaltserlaubnis - d. h. eine erteilte Arbeitserlaubnis – verlangt. Das Aufenthaltsgesetz kenne darüber hinaus Aufenthaltserlaubnisse, die schon kraft Gesetzes zu Erwerbstätigkeit berechtigen, ohne dass eine solche Berechtigung erst von der Ausländerbehörde zu erteilen sei. Um eine solche handele es sich bei der Aufenthaltserlaubnis nach § 30 AufenthG, weshalb es auf den Besitz - d.h. eine Entscheidung der Ausländerbehörde über die Arbeitserlaubnis - gar nicht ankomme.

Der Kläger beantragt,

den Ablehnungsbescheid vom 23.04.2012 sowie die Einspruchsentscheidung vom 23.05.2012 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, zu seinen Gunsten Kindergeld für die Kinder P., B. und C. von Mai 2011 bis Februar 2012 festzusetzen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hält daran fest, dass der Kläger im Streitzeitraum nicht im Besitz eines Titels i. S. d. § 62 Abs. 2 Nr. 2 1.HS EStG gewesen sei.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Kindergeldakte sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Klage ist zulässig.

Zwar ist die Klageschrift erst nach Ablauf der einmonatigen Klagefrist des § 47 Abs. 1 FGO bei Gericht eingegangen. Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) ist einem Kläger jedoch nach § 56 FGO Wiedereinsetzung in die Klagefrist zu gewähren, wenn innerhalb der Klagefrist ein Antrag auf Prozesskostenhilfe gestellt wurde, diesem Antrag alle erforderlichen Erklärungen beigelegt waren und die versäumte Handlung – hier die Klageerhebung – innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung des Prozesskostenhilfebeschlusses nachgeholt wurde (vgl. BFH, Urteil vom 03.04.1987 – VI B 150/85, BStBl II 1987, 573 m. w. N.). Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt, so dass dem Kläger Wiedereinsetzung in die Klagefrist zu gewähren war.

Die Klage ist jedoch nicht begründet.

Die Beklagte hat es zu Recht abgelehnt, zu Gunsten des Klägers für dessen drei Kinder für den Zeitraum Mai 2011 bis Februar 2012 Kindergeld festzusetzen. Denn der Kläger war in diesem Zeitraum nicht anspruchsberechtigt i. S. d. § 62 EStG.

Nach § 62 Abs. 2 EStG erhält ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer Kindergeld nur, wenn er

- eine Niederlassungserlaubnis (Abs. 2 Nr.1) besitzt
- oder eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder

berechtigt hat und nicht nach §§ 16, 17, 18 Abs. 2, 23 Abs. 1, 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG erteilt wurde (Abs. 2 Nr. 2)

- oder er eine Aufenthaltserlaubnis nach §§ 23 Abs. 1, 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG besitzt und sich zusätzlich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem SGB III bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt (Abs. 2 Nr. 3).

Der Kläger fällt in den Anwendungsbereich des § 62 Abs. 2 EStG, da er die ägyptische Staatsangehörigkeit besitzt und ägyptische Staatsbürger nicht freizügigkeitsberechtigt sind.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 EStG liegen im Streitfall unstreitig nicht vor, da der dem Kläger nach § 30 AufenthG ausgestellte Aufenthaltstitel nicht zu den dort genannten Aufenthaltstiteln gehört.

Entgegen der Auffassung des Klägers liegen auch die Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 2 EStG nicht vor.

Zwar ist dem Kläger dahingehend zuzustimmen, dass er im Streitzeitraum gem. § 29 Abs. 5 Nr. 3 AufenthG grundsätzlich bereits kraft Gesetzes zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt war. Nach § 29 Abs. 5 Nr. 3 AufenthG berechtigt eine zum Zwecke des Familiennachzugs erteilte Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, wenn die eheliche Lebensgemeinschaft seit mindestens zwei Jahren rechtmäßig im Bundesgebiet bestanden hat und die Aufenthaltserlaubnis des Ausländers, zu dem der Familiennachzug stattfindet, nicht mit einer Nebenbestimmung nach § 8 Abs. 2 AufenthG versehen oder dessen Aufenthalt nicht bereits durch Gesetz oder Verordnung von einer Verlängerung ausgeschlossen ist. Diese Voraussetzungen waren im Streitfall ab November 2009 erfüllt, denn der Kläger hatte am 06.11.2007 eine Aufenthaltserlaubnis erhalten und sich in der Folgezeit in Deutschland aufgehalten, so dass die eheliche Lebensgemeinschaft ab November 2009 seit mindestens zwei Jahren rechtmäßig im Bundesgebiet bestanden hat. Dafür, dass der auf § 16 Abs. 1 AufenthG beruhende Aufenthaltstitel der Ehefrau des Klägers mit einer Nebenbestimmung nach § 8 Abs. 2 AufenthG versehen war, ist nichts ersichtlich und eine Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 16 AufenthG ist auch nicht kraft Gesetzes oder kraft Verordnung ausgeschlossen (zur Verlängerbarkeit s. § 16 Abs. 1 letzter HS, Abs. 4 AufenthG).

Der Kläger war im Streitzeitraum jedoch nicht – wie von § 62 Abs. 2 Nr. 2 1.HS EStG verlangt wird - „im Besitz“ eines Aufenthaltstitels, der ihn zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigte. Dass es für den Bezug von Kindergeld allein auf den tatsächlichen Besitz aufenthaltsrechtlicher Titel ankommt und nicht darauf, ob ein Ausländer einen Anspruch auf einen Titel hat, der zum Bezug von Kindergeld berechtigt, hat der BFH bereits mehrfach entschieden (z. B. Beschluss vom 18.02.2009 – III B 132/08, BFH/NV 2009, 922; Urteil vom 28.04.2010 – III R 1/08, BStBl II 2010, 980; Urteil vom 26.08.2010 – III R 47/09, BStBl II 2011, 589). Das Gleiche gilt hinsichtlich der Frage, ob der Ausländer zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit

berechtigt ist. Auch insoweit reicht es nicht aus, dass der Ausländer einen Anspruch auf die Erlaubnis der Ausübung einer Erwerbstätigkeit gehabt haben mag, sondern maßgebend ist vielmehr, ob die Arbeitserlaubnis oder die Erlaubnis zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit tatsächlich vorlagen (z. B. BFH, Urteil vom 27.01.2011 – III R 45/09, BStBl II 2011, 720).

Soweit ersichtlich hatte der BFH bislang allerdings nur Fälle zu entscheiden, in denen die Frage, ob eine Erwerbstätigkeit erlaubt wird, von der Ausländerbehörde einzelfallbezogen zu prüfen ist. In diese Fallgruppe, bei der die Erwerbsberechtigung erst durch eine positive Entscheidung/Bescheidung konstitutiv begründet wird, gehören z. B. Titel nach § 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG.

Daneben kennt das Aufenthaltsgesetz jedoch auch Titel, deren Inhaber bereits kraft Gesetzes zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt ist (vgl. § 4 Abs. 2 S. 1 AufenthG). Zu dieser Fallgruppe gehören z.B. Niederlassungserlaubnisse (§ 9 Abs. 1 AufenthG) oder Titel nach § 28 Abs. 5 AufenthG (Familiennachzug zu Deutschen). Zwar hat die Ausländerbehörde auch in diesen Fällen auf dem Titel zu vermerken, ob eine Erwerbstätigkeit erlaubt ist (s. § 4 Abs. 2 S. 2 AufenthG), jedoch hat der Vermerk „Erwerbstätigkeit erlaubt“ hier nur deklaratorischen Charakter.

Der Senat hält es für geboten, die „Besitz“-Rechtsprechung des BFH auch auf die Fälle anzuwenden, in denen der Ausländer zwar eigentlich kraft Gesetzes zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt ist, auf dem ihm erteilten Aufenthaltstitel jedoch das Gegenteil vermerkt ist.

Hierfür spricht zunächst, dass es sich bei einem Aufenthaltstitel um einen Verwaltungsakt handelt. Wird dieser nicht angefochten, wird er einschließlich etwaiger Nebenbestimmungen bestandskräftig. Die Bestandskraft hat zur Folge, dass der Adressat des Bescheides diesen auch dann gegen sich geltend lassen muss, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig sein sollte. Bezogen auf den Streitfall bedeutet das, dass die Nebenbestimmung „Selbständige Erwerbstätigkeit nicht gestattet. Unselbständige Erwerbstätigkeit nur mit Erlaubnis der zuständigen Ausländerbehörde gestattet“ für den Kläger bindend ist, auch wenn sie falsch ist. Korrigiert wurde der Verwaltungsakt erst mit Wirkung ab dem 15.03.2012.

Zudem ist der Sinn und Zweck des § 4 Abs. 2 Satz 2 AufenthG zu beachten. Hiernach muss jeder Aufenthaltstitel erkennen lassen, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt ist. Die Vorschrift dient letztlich dazu, Klarheit über das Vorliegen der Erwerbsberechtigung zu schaffen. Dritte sollen die Erwerbsberechtigung nicht eigenständig prüfen müssen, sondern können sich auf den Eintrag verlassen bzw. dürfen diesen nicht eigenmächtig übergehen. Gerade in Masseverfahren wie der Kindergeldfestsetzung ist § 4 Abs. 2 Satz 2 AufenthG von erheblicher Bedeutung. Denn die Familienkasse, die für die Prüfung der ausländerrechtlichen Bestimmungen nicht originär zuständig ist, muss sich auf die Eintragungen im Aufenthaltstitel verlassen können. Dies gilt in ganz besonderem Maße für Aufenthaltserlaubnisse nach § 30 AufenthG, da bei diesen Titeln ohne genaue Kenntnis des Sachverhalts – wie z. B. Kenntnisse über Art und Inhalt des dem

Ehegatten erteilten Titels – gar nicht beurteilt werden kann, ob der kindergeldbeantragende Titelinhaber die Voraussetzungen des § 29 Abs. 5 AufenthG erfüllt und damit eigentlich schon kraft Gesetzes zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt ist, oder ob ihm eine solche Tätigkeit vielmehr – was der Regelfall sein dürfte – erst nach ausdrücklicher Genehmigung durch die Ausländerbehörde gestattet ist.

Zu beachten ist zudem, dass der Kläger sein Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit solange, wie sich in dem Aufenthaltstitel der (sinngemäße) Vermerk „Erwerbstätigkeit nicht gestattet“ befand, faktisch nicht ausüben konnte. Denn gem. § 4 Abs. 3 Satz 3 AufenthG muss derjenige, der im Bundesgebiet einen Ausländer beschäftigt oder mit nachhaltigen entgeltlichen Dienst- oder Werkleistungen beauftragt, prüfen, ob der Ausländer im Besitz eines Titels ist, der ihn zur Ausübung einer solchen Tätigkeit berechtigt. Steht auf dem Titel „Erwerbstätigkeit nicht gestattet“ oder wird die Erwerbsberechtigung vom Vorliegen einer Arbeitserlaubnis abhängig gemacht und kann der Ausländer eine solche Arbeitserlaubnis nicht vorweisen, dann darf der Arbeitgeber den Ausländer nicht beschäftigen.

Festzuhalten ist damit, dass der Kläger - auch wenn ihm eine Erwerbstätigkeit kraft Gesetzes erlaubt gewesen ist - einen entsprechenden Aufenthaltstitel im Streitzeitraum noch nicht in den Händen hielt und er daher auch nicht im „Besitz“ eines solchen Titels i.S.d. § 62 Abs. 2 Nr. 2 1.HS EStG war.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO. Die Revision wurde gem. § 115 Abs. 2 Nr. 2 FGO zur Fortbildung des Rechts zugelassen.