



# FINANZGERICHT BADEN-WÜRTTEMBERG

## Beschluss

Az.: 8 S 1/05

In dem Finanzrechtsstreit

.....

Antragstellerin

Prozessbevollmächtigte/r: .....

gegen

Agentur für Arbeit .....

-Familienkasse-

Antragsgegner

wegen Prozeßkostenhilfe

hat der 8. Senat des Finanzgerichts Baden-Württemberg am 22. März 2005 beschlossen:

- 1. Der Antragstellerin wird Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlung für den ersten Rechtszug bewilligt, soweit sie sich mit ihrer Klage gegen die Ablehnung ihres Antrags auf Gewährung von Kindergeld für die Kinder ....., geb. .... Februar 2001, und ....., geb. ... November 2002, für die Zeit von Januar 2003 bis März 2004 wendet.*
- 2. Der Antragstellerin wird Rechtsanwalt ....., beigeordnet.*

### Rechtsmittelbelehrung

Der Beschluss kann gemäß § 128 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) nicht angefochten werden.

## Gründe

### I.

In der Sache ist streitig, ob die Antragstellerin für die Kinder ....., geb. 18. Februar 2001, und ....., geb. 6. November 2002, für die Zeit von Januar 2003 bis März 2004 Anspruch auf Kindergeld hat.

Die Antragstellerin ist Staatsangehörige des Staates Ghana. Sie reiste als Mutter von damals zweier - inzwischen dreier - Kinder Anfang November 2002 in die Bundesrepublik Deutschland ein. Die Antragstellerin erhielt erstmals mit Datum vom 23. April 2004 eine bis zum 22. April 2005 befristete Aufenthaltserlaubnis. Am 2. Juli 2004 erhielt die Antragstellerin eine weitere Aufenthaltserlaubnis, welche rückwirkend zum 30. Januar 2003 erteilt wurde, weil mit der Geburt des zweiten Kindes ..... und dessen deutscher Staatsangehörigkeit ein Aufenthaltsrecht der Antragstellerin in Deutschland auf Dauer erworben wurde. Mit der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vom 2. Juli 2004 war die vorangegangene Aufenthaltserlaubnis vom 23. April 2004 erloschen.

Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vom 2. Juli 2004 hatte sich verzögert, weil das zuständige Standesamt in Deutschland im Wege der Amtshilfe durch die deutsche Botschaft in Ghana die Staatsangehörigkeit des Kindes ..... überprüfen ließ.

Mit Antrag vom 6. Oktober 2003 beantragte die Antragstellerin rückwirkend Kindergeld für die Kinder ..... und ..... für den Zeitraum von Januar 2003 bis März 2004. Mit Bescheid vom 28. Juli 2004 lehnte die Bundesagentur für Arbeit - Familienkasse - die rückwirkende Gewährung von Kindergeld für den Zeitraum Januar 2003 bis März 2004 ab.

Mit Schreiben vom 24. August 2004 legte die Antragstellerin Einspruch gegen den Bescheid vom 28. Juli 2004 ein. Die Bundesagentur für Arbeit hat mit Einspruchsentscheidung vom 17. Januar 2005 diesen Einspruch der Antragstellerin als unbegründet zurückgewiesen.

Mit Schriftsatz vom 16. Februar 2005, Eingang beim Finanzgericht am gleichen Tag, stellte die Antragstellerin vertreten durch ihren Prozessbevollmächtigten Antrag, Prozesskostenhilfe unter Beiordnung des Prozessbevollmächtigten zu bewilligen und die als Anlage beigefügte Klage nach Bewilligung in den Geschäftsgang zu geben.

Die Antragstellerin bezieht gegenwärtig für sich und ihre drei Kinder Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach den Bestimmungen des SGB II (Arbeitslosengeld II).

Auf den Inhalt der als Anlage zum Prozesskostenhilfeantrag eingereichten Klageschrift vom 16. Februar 2005 (Prozesskostenhilfeakte Blatt 16 bis 19), der Entscheidung der Bundesagentur für Arbeit vom 28. Juli 2004 (Prozesskostenhilfeakte Blatt 24) und der Einspruchsentscheidung vom 17. Januar 2005 (Prozesskostenhilfeakte Blatt 28 bis 30) wird wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts verwiesen.

Die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nebst Belege wurden als Anlage zum Antrag auf Bewilligung der Prozesskostenhilfe beim Finanzgericht eingereicht (Prozesskostenhilfeakte Blatt 5 ff.).

Der Antragsgegner tritt in seiner Stellungnahme vom 23. März 2005 der Gewährung von Prozesskostenhilfe nicht entgegen.

## II.

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe ist zulässig und begründet. Der Antragstellerin wird Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlung für den ersten Rechtszug bewilligt, soweit sie sich mit ihrer Klage gegen die Ablehnung ihres Antrags auf Gewährung von Kindergeld für die Kinder ....., geb. .... Februar 2001, und ....., geb..... November 2002, für die Zeit von Januar 2003 bis März 2004 wendet.

1. Prozesskostenhilfe wird einem Beteiligten in einem finanzgerichtlichen Verfahren auf Antrag unter der Voraussetzung gewährt, dass er nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder le

diglich in Raten aufbringen kann, die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichend Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint (§ 142 FGO i. V. m. § 114 Zivilprozessordnung - ZPO -). Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

Nach Aktenlage im Zeitpunkt der Entscheidung über die Prozesskostenhilfe besteht bei summarischer Prüfung zumindest eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass die Klage der Antragstellerin hinreichend Aussicht auf Erfolg verspricht. Erfolgsaussichten können in diesem Sinne zu bejahen sein, wenn es bei der Hauptsache um schwierige Fragen geht, über die im Prozesskostenhilfverfahren eine abschließende Beurteilung nicht möglich ist und wenn das Begehren des Klägers nicht von vornherein als aussichtslos erscheint (vgl. Bundesfinanzhof [BFH] Beschluss vom 13. September 2000, VI B 134/00, Bundessteuerblatt [BStBl] II 2001, 108).

Ein Ausländer hat nach § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG nur Anspruch auf Kindergeld, wenn er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltsgenehmigung ist. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat inzwischen hinsichtlich der Kindergeldgewährung in den Jahren 1994 und 1995 nach den Bestimmungen des § 1 Abs. 3 Satz 1 Bundeskindergeldgesetz (BKGG) in der Fassung des Ersten Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms (1. SKWPG) vom 21. Dezember 1993 entschieden, dass diese Vorschrift mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar sei (BVerfG-Beschluss vom 6. Juli 2004, 1 BvL 4/97, 1 BvL 5/97, 1 BvL 6/97, NVwZ 2005, 201). Der Gesetzgeber wurde aufgefordert, die verfassungswidrige Norm durch eine Neuregelung auch von noch nicht rechts- und bestandskräftig abgeschlossenen Verfahren bis zum 1. Januar 2006 zu ersetzen. Die Nichtgewährung von Kindergeld an Ausländer, die keine Aufenthaltserlaubnis oder Aufenthaltsberechtigung, sondern nur eine Aufenthaltsbefugnis haben, ist nach Ansicht des BVerfG verfassungswidrig. Diese Bestimmung des BKGG in der v. g. Fassung, die insoweit mit § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG inhaltsgleich ist, ist mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar.

Im Streitfall geht es um die rückwirkende Gewährung von Kindergeld, das der Antragstellerin zwar nicht deshalb verwehrt wurde, weil sie nur eine Aufenthaltsbefugnis anstelle einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltsgenehmigung gehabt hätte, sondern deshalb, weil sie für den Zeitraum, für den sie für ihre beiden Kinder Kindergeld begehrt, trotz ihrer materiell-rechtlichen Berechtigung zum unbefristeten Aufenthalt in

Deutschland noch nicht im Besitz der Aufenthaltsgenehmigung war. Diese Ungleichbehandlung zwischen Ausländern, die trotz ihrer materiell-rechtlichen Berechtigung, die wie im Streitfall durch die zuständige Behörde auch nachträglich für den streitigen Zeitraum festgestellt wurde, und denen die ebenfalls materiell-rechtlich berechtigt sind und darüber hinaus auch die ausländerrechtliche Aufenthaltsgenehmigung rechtzeitig in Besitz haben, könnte im Lichte der Erkenntnisse des v. g. Beschlusses des BVerfG ebenfalls gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen. Dies gilt insbesondere, weil das BVerfG die Regelung zur Zielerreichung als ungeeignet einstufte, soweit es das Ziel des Gesetzgebers war, Kindergeld nur solchen Ausländern gewähren zu wollen, von denen zu erwarten sei, dass sie auf Dauer in Deutschland bleiben könnten (BVerfG Beschluss vom 6. Juli 2004, 1 BvL 4/97, 1 BvL 5/97, 1 BvL 6/97, NVwZ 2005, 201).

Für die Gewährung von Kindergeld an Ausländer ist nach § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG Tatbestandsvoraussetzung, „im Besitz“ einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltsgenehmigung zu sein. Erforderlich für die Gewährung von Kindergeld ist somit der Besitz einer Aufenthaltsbefugnis oder Aufenthaltsgenehmigung. Gemessen an den Grundsätzen des v. g. Beschlusses des BVerfG ist der Tatbestand des § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG verfassungskonform extensiv auszulegen, so dass auch eine Aufenthaltsbefugnis als ausreichender Aufenthaltstitel anzusehen ist. Im Streitfall ist dies letztlich nicht entscheidungserheblich, sondern vielmehr, wie das Tatbestandsmerkmal „im Besitz“ eines Aufenthaltstitels auszulegen ist. Nach bisheriger Rechtsauffassung in Rechtsprechung und Literatur, bedeutet „im Besitz“, dass der Ausländer den Aufenthaltstitel körperlich in Händen hält (BFH-Beschluss vom 1. Dezember 1997, VI B 147/97, Sammlung amtlich nicht veröffentlichter Entscheidungen des BFH [BFH/NV] 1998, 696; vgl. BFH-Beschluss vom 18. Dezember 1998, VI B 221/98, BStBl II 1999, 140; Felix, in: Kirchhof, EStG, 3. Aufl., § 62 Rz. 2 m. w. N.; a. A. FG Münster, Urteil vom 15. März 2002, 11 K 4607/01 Kg, EFG 2002, 927 hinsichtlich des Anspruchs auf Kindergeld zwischen Ablauf und erneuter Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis). Die Bestimmung des § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG knüpfe nach Ansicht des BFH nach seinem eindeutigen Wortlaut an den "Besitz" eines Aufenthaltstitels an. Diese Voraussetzung sei nur und erst dann erfüllt, wenn der Ausländer einen Aufenthaltstitel tatsächlich in Händen hält, ihm also das Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik durch entsprechenden Verwaltungsakt mit Wirkung für die Bezugszeit des Kindergeldes zugebilligt worden sei (BFH-Beschluss vom 1. Dezember 1997, VI B 147/97, BFH/NV 1998, 696). Das Tatbestandsmerkmal „im Besitz“

stehe einem rückwirkenden Bezug von Kindergeld entgegen (Weber-Grellet, in: Schmidt, EStG, 23. Aufl., Rz. 8; Felix, in: Kirchhof, EStG, 3. Aufl., § 62 Rz. 2 m. w. N.).

Nach der bisherigen in Rechtsprechung und Literatur vertretenen am Wortlaut des § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG orientierten Auslegung des Tatbestandsmerkmals „im Besitz“ stünde der Antragstellerin kein Anspruch auf rückwirkenden Bezug von Kindergeld für ihre beiden Kinder im streitigen Zeitraum zu. Der Antrag auf Prozesskostenhilfe wäre mangels Erfolgsaussicht unbegründet und Prozesskostenhilfe wäre zu versagen. Der Senat ist bei summarischer Prüfung der Ansicht, dass im Lichte der v. g. Rechtsprechung des BVerfG nicht mehr länger an dieser einschränkenden grammatikalischen Auslegung des Tatbestands des § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG festzuhalten ist. Er hält es bei verfassungskonformer Auslegung des Tatbestandes für rechtlich vertretbar, die materiellrechtliche Berechtigung eines Ausländers zum Aufenthalt in Deutschland zur Begründung eines Anspruchs auf Kindergeld als ausreichend anzusehen, zumindest für die Fälle, in denen der Aufenthaltstitel wie im Streitfall nachträglich erteilt wird. Die Klage hat demnach ausreichende Erfolgsaussichten, so dass Prozesskostenhilfe zu gewähren ist.

2. Soweit die Erfolgsaussicht der Klage besteht, ist der Antragstellerin vor diesem Hintergrund Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlung zu gewähren. Sie kann, wie sich aus der vorgelegten Erklärung über ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse und den beigelegten Unterlagen ergibt, die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen. Sie und ihre drei Kinder leben ausschließlich von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach sozialrechtlichen Bestimmungen.

3. Der Antragstellerin ist für das Klageverfahren ihr Prozessbevollmächtigter gem. § 142 FGO i. V. m. § 121 Abs. 2 ZPO beizuordnen. Der Senat erachtet die Vertretung der Antragstellerin im Klageverfahren durch einen fachkundigen Prozessbevollmächtigten für erforderlich.

4. Eine Kostenentscheidung ist nicht zu treffen. Gerichtsgebühren sind gem. § 142 FGO i. V. m. § 118 Abs. 1 Sätze 4 und 5 ZPO nicht entstanden.

5. Dieser Beschluss ist gem. § 128 Abs. 2 FGO nicht mit der Beschwerde anfechtbar.

.....

.....

.....