
Datum: 23.01.2007
Gericht: Finanzgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 10. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 10 K 2661/04 Kg
ECLI: ECLI:DE:FGD:2007:0123.10K2661.04KG.00

Tenor:

Unter Aufhebung der Einspruchsentscheidung vom 8. April 2004 und Änderung des Bescheides vom 4. August 2003 wird die Beklagte verpflichtet, Kindergeld für die Kinder "A", "B" und "C" für die Zeit von Januar 2003 bis Juni 2003 festzusetzen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

- I. 2
- Strittig ist, ob der Kläger Anspruch auf Kindergeld für seine 1988, 1991 und 1992 geborenen Kinder für den Zeitraum von Januar 2003 bis Juni 2003 hat. 3
- Der Kläger ist polnischer Staatsangehöriger. Er reiste am 27. Juni 1990 mit seiner Ehefrau und dem ältesten Kind in die Bundesrepublik Deutschland ein. Seine Anträge, ihm einen Vertriebenenausweis gemäß § 1 Abs. 3 des Bundesvertriebenengesetzes (BVFG) auszustellen und eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, lehnte die Stadt "D" durch Bescheide vom 27. September und 7. November 1990 ab. In dem Bescheid, durch den die Erteilung der 4

Aufenthaltserlaubnis abgelehnt wurde, forderte die Stadt "D" den Kläger zugleich zur Ausreise auf und drohte ihm für den Fall, dass er dieser Aufforderung nicht nachkomme, die Abschiebung nach Polen an (Ausländerakte Bl. 6 ff.). Der Kläger legte gegen diesen Bescheid Widerspruch ein. Seinen Antrag, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs anzuordnen, lehnte das Verwaltungsgericht "E" durch Beschluss vom 7. August 1992 ab (Ausländerakte Bl. 44 ff.). Die dagegen eingelegte Beschwerde wies das Obergerverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen durch Beschluss vom 24. Juni 1994 zurück (Ausländerakte Bl. 100 ff.). Der Widerspruch wurde durch Widerspruchsbescheid vom 22. März 1993 zurückgewiesen; Klage dagegen wurde nicht erhoben (Ausländerakte Bl. 145).

Die zwischenzeitlich aufgrund eines Umzugs zuständig gewordene Ausländerbehörde der Stadt "F" erteilte dem Kläger am 24. Juni 1994 eine Bescheinigung gemäß § 42 Abs. 2 des Ausländergesetzes (AuslG), nach der sie bis zur Entscheidung über den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung von einer Vollziehung der Ausreisepflicht absehe. Die Bescheinigung war bis zum 23. September 1994 gültig (Ausländerakte Bl. 95 R).

Die "G" GmbH erklärte in einer Bescheinigung vom 6. September 1994, dass sie beabsichtige, den Kläger ab dem 1. Oktober 1994 als Gabelstaplerfahrer einzusetzen. Die Ausländerbehörde der Stadt "F" erteilte dem Kläger daraufhin eine Aufenthaltsgenehmigung in Gestalt der Duldung gemäß § 69 Abs. 2 bzw. 3 AuslG bis zum 7. Dezember 1994 (Ausländerakte Bl. 110). Das Arbeitsamt "H" erteilte dem Kläger auf einen am 6. September 1994 gestellten Antrag hin für die Zeit vom 6. September bis zum 7. Dezember 1994 eine Arbeitserlaubnis für die Tätigkeit als Gabelstaplerfahrer bei der "G" GmbH (Ausländerakte Bl. 112). Sowohl die Aufenthaltsgenehmigung als auch die Arbeitserlaubnis wurden in der Folgezeit nach Vorlage von Bescheinigungen der "G" GmbH über die Fortdauer des Arbeitsverhältnisses jeweils befristet verlängert, die Aufenthaltsgenehmigung als Aufenthaltsbefugnis (Ausländerakte Bl. 118). Das Arbeitsamt "H" erteilte dem Kläger am 18. Dezember 2001 eine unbefristete und unbeschränkte Arbeitserlaubnis. Die Ausländerbehörde der Stadt "F" erteilte ihm am 18. Juli 2003 eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis, weil der Kläger sich seit acht Jahren geduldet bzw. aufgrund einer Aufenthaltsbefugnis im Bundesgebiet aufhalte (Ausländerakte Bl. 179). Die Aufenthaltserlaubnis wurde am 10. August 2004 für rückwirkend gültig ab dem 23. Januar 2003 erklärt (Ausländerakte Bl. 189).

Der Kläger beantragte unmittelbar nach Erteilung der unbefristeten Aufenthaltserlaubnis bei der Familienkasse des Arbeitsamtes "H" (Familienkasse) Kindergeld für seine drei Kinder. Nachdem er auch eine Haushaltsbescheinigung vorgelegt hatte, setzte die Familienkasse durch Bescheid vom 4. August 2003 Kindergeld für die Kinder ab Juli 2003 fest. Der Kläger legte dagegen Einspruch ein, mit dem er eine Festsetzung des Kindergeldes ab Dezember 2002 begehrte. Er begründete dies damit, dass er seit Dezember 1994 im Besitz einer Aufenthaltsbefugnis gewesen sei und damit nach acht Jahren, d. h. ab Dezember 2002, Anspruch auf eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis gehabt habe. Dass sie ihm erst im Juli 2003 erteilt worden sei, habe er nicht zu vertreten. Die verspätete Erteilung beruhe vielmehr auf einem Verschulden der Ausländerbehörde der Stadt "F".

Die Familienkasse wies den Einspruch durch Einspruchsentscheidung vom 8. April 2004 als unbegründet zurück. Sie sah die Anspruchsvoraussetzungen für die Zeit vor Juli 2003 als nicht erfüllt an.

Mit der Klage hält der Kläger an seinem Begehren und seiner Rechtsauffassung fest. Er verweist darauf, dass er den Antrag auf Erteilung der unbefristeten Aufenthaltserlaubnis

bereits im Dezember 2002 gestellt habe. Aufgrund ihm nicht zuzurechnender Verzögerungen bei der Beibringung weiterer Unterlagen sowie der Ausstellung eines neuen Reisepasses und einer verzögerten Bearbeitung bei der Ausländerbehörde sei es erst im Juli 2003 zu deren Erteilung gekommen. Er müsse deshalb so behandelt werden, als sei er bereits im Januar 2003 im Besitz der unbefristeten Aufenthaltserlaubnis gewesen, zumal ihm diese am 10. August 2004 rückwirkend ab dem 23. Januar 2003 zuerkannt worden sei.

Der Kläger beantragt, 10

unter Änderung des Bescheides vom 4. August 2003 und Aufhebung der 11
Einspruchsentscheidung vom 8. April 2004 Kindergeld für die Kinder "A", "B" und "C" für
die Zeit von Januar 2003 bis Juni 2003 zu gewähren,

hilfsweise, die Revision zuzulassen. 12

Die Beklagte beantragt, 13

die Klage abzuweisen, 14

hilfsweise, die Revision zuzulassen. 15

Sie weist darauf hin, dass es für die Beurteilung der Frage, ab wann ein Ausländer i. S. von § 16
62 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) i. d. F. des Jahressteuergesetzes (JStG)
1996 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis sei, auf das Datum ihrer Erteilung ankomme. Ein
Anspruch auf Kindergeld könne nicht rückwirkend begründet werden. Die Entscheidung der
Ausländerbehörde entfalte Tatbestandswirkung; sie wirke kindergeldrechtlich nicht zurück.
Aus der Tatbestandswirkung folge, dass die Familienkasse nicht berechtigt sei, selbst über
die Berechtigung des Ausländers zum Aufenthalt im Inland zu befinden (Hinweis auf den
Beschluss des Bundesfinanzhofs - BFH - vom 1. Dezember 1997 VI B 147/97, Sammlung
amtlich nicht veröffentlichter Entscheidungen des Bundesfinanzhofs - BFH/NV - 1998, 656).
Danach sei ein Ausländer nur und erst dann im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder -
erlaubnis, wenn er einen dieser Aufenthaltstitel tatsächlich in den Händen halte.

Der Kläger ist demgegenüber der Ansicht, dass aus der Rückwirkung, mit der die 17
Ausländerbehörde die Aufenthaltserlaubnis versehen habe, auch kindergeldrechtlich ein
Anspruch für den Streitzeitraum folge. Die Familienkasse habe insoweit nicht selbst die
Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 EStG i. d. F. des JStG 1996 zu prüfen, sondern sei an die
Entscheidung der Ausländerbehörde gebunden. Wegen der Einzelheiten seiner
Stellungnahme zur Klageerwidern wird auf seinen Schriftsatz vom 6. Oktober 2004
verwiesen.

Der Senat hat die Kindergeldakte der Beklagten und die Ausländerakte der Stadt "F" 18
beigezogen.

II. 19

Die Klage ist begründet. Der Kläger hat auch für die Zeit von Januar 2003 bis Juni 2003 20
Anspruch auf Kindergeld für seine Kinder "A", "B" und "C". Der Bescheid vom 4. August 2003
und die Einspruchsentscheidung vom 8. April 2004 sind deshalb rechtswidrig; sie verletzen
den Kläger in seinen Rechten. Die Beklagte war daher zu verpflichten, auch für diesen
Zeitraum Kindergeld festzusetzen (§ 101 Satz 1 der Finanzgerichtsordnung - FGO -).

21

Die Anspruchsberechtigung von Ausländern bezüglich des Kindergeldes beurteilt sich seit dem 1. Januar 2006 nicht mehr nach § 62 Abs. 2 EStG i. d. F. des JStG 1996 bzw. der geänderten Fassung aufgrund des Zuwanderungsgesetzes vom 30. Juli 2004, sondern nach § 62 Abs. 2 EStG i. d. F. des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13. Dezember 2006 (BGBl. I 2006, 2915). In dieser Fassung ist § 62 Abs. 2 EStG auch in allen Fällen anzuwenden, in denen das Kindergeld - wie im Streitfall - noch nicht bestandskräftig festgesetzt ist (§ 52 Abs. 61 a Satz 2 EStG i. d. F. des Gesetzes vom 13. Dezember 2006).

1. § 62 Abs. 2 EStG in der nunmehr gültigen Fassung stellt sowohl in Nr. 1 als auch in Nr. 2 und Nr. 3 darauf ab, ob der Ausländer eine Niederlassungserlaubnis oder eine Aufenthaltserlaubnis "besitzt". Nach dem BFH-Beschluss in BFH/NV 1998, 696 ist diese Voraussetzung nur und erst dann erfüllt, wenn der Ausländer eine Aufenthaltsgenehmigung der gesetzlich vorgeschriebenen Art tatsächlich in Händen hält, ihm also das Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik durch entsprechenden Verwaltungsakt mit Wirkung für die Bezugszeit des Kindergeldes zugestanden worden ist (ebenso Felix in Kirchhof/ Söhn/Mellinghoff, EStG, § 62 Rdnr. C 9). Der Senat hält diese Auslegung für zutreffend und folgt ihr deshalb. 22

Danach kann für den Streitzeitraum nur auf den Aufenthaltstitel abgestellt werden, über den der Kläger in dieser Zeit verfügte. Dies war die erstmals am 20. Dezember 1994 erteilte und bis zum 17. Juli 2003 stets verlängerte Aufenthaltsbefugnis, deren Rechtsgrundlage der Senat in § 30 Abs. 3 AuslG sieht. Nach dieser Vorschrift konnte einem Ausländer, der - wie der Kläger - unanfechtbar ausreisepflichtig war, eine Aufenthaltsbefugnis abweichend von § 8 Abs. 1 AuslG auch dann erteilt werden, wenn die Voraussetzungen des § 55 Abs. 2 AuslG für eine Duldung vorlagen, weil seiner freiwilligen Ausreise und seiner Abschiebung Hindernisse entgegenstanden, die er nicht zu vertreten hatte. Nach § 55 Abs. 2 AuslG wurde einem Ausländer eine Duldung erteilt, solange seine Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich war oder nach § 53 Abs. 6 oder § 54 AuslG ausgesetzt werden sollte. § 54 AuslG regelte die Aussetzung von Abschiebungen aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland durch eine oberste Landesbehörde. Der Senat geht davon aus, dass der im Schreiben der Stadt "F" vom 25. August 1994 an die Bevollmächtigten des Klägers (Ausländerakte Bl. 107) zitierte Runderlass des Innenministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 13. Oktober 1992 - I B 5/44.41 eine solche Regelung enthielt, denn er war offensichtlich die Grundlage dafür, den Aufenthalt des Klägers zunächst weiter zu dulden (Ausländerakte Bl. 108, 110 und 114) und ihm nach Aufnahme der Beschäftigung bei der "G" GmbH eine Aufenthaltsbefugnis zu erteilen. 23

Die Aufenthaltsbefugnis gemäß § 30 AuslG ist - wie auch andere nach dem AuslG erteilte Aufenthaltstitel - in § 62 Abs. 2 EStG nicht aufgeführt. Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, dass eine nach dem AuslG erteilte Aufenthaltsgenehmigung schon allein deshalb keine anspruchsbegründende Wirkung für einen Zeitraum vor In-Kraft-Treten des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG) haben kann. Durch § 62 Abs. 2 i. V. m. § 52 Abs. 61 a Satz 2 EStG i. d. F. des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss sollte ein vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) für verfassungswidrig erkannter Rechtszustand beseitigt werden. Das BVerfG hat durch Beschluss vom 6. Juli 2004 (1 BvL 4/97, BVerfGE 111, 160) entschieden, dass § 1 Abs. 3 des Bundeskindergeldgesetzes (BKGG) i. d. F. des Ersten Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms vom 21. Dezember 1993, der mit § 62 EStG i. d. F. des JStG 1996 nahezu wörtlich übereinstimmte, mit Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) unvereinbar war, und den Gesetzgeber zu einer Neuregelung bezüglich 24

des BKGG aufgefordert. Diesem Auftrag wollte der Gesetzgeber durch das Gesetz zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss nachkommen (vgl. BR-Drucks. 68/06 und BT-Drucks. 16/1368, S. 8).

Die abschließende Fassung, die § 62 Abs. 2 EStG im Gesetzgebungsverfahren gefunden hat, geht auf eine Beschlussempfehlung des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend zurück (BT-Drucks. 16/2940). Sie soll im Einklang mit dem BVerfG-Beschluss in BVerfGE 111, 160 gewährleisten, dass ausländische Staatsangehörige, die sich voraussichtlich auf Dauer in Deutschland aufhalten, Familienleistungen - u. a. Kindergeld - erhalten. Ausländer, bei denen der Aufenthalt im Inland voraussichtlich nur vorübergehend ist, wie etwa bei Schülern, Studenten oder Saisonarbeitern, sollten keinen Anspruch auf Familienleistungen erhalten. Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 16, § 17 oder § 18 Abs. 2 AufenthG genügt daher nicht, um einen Anspruch auf Kindergeld zu begründen (§ 62 Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe a und b EStG). Anders verhält es sich bei einer Niederlassungserlaubnis (§ 62 Abs. 2 Nr. 1 EStG), bei der die Kindergeldberechtigung an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft ist, weil die Niederlassungserlaubnis schon nach den ihrer Erteilung zugrunde liegenden Umständen einen Aufenthalt auf Dauer erwarten lässt. Bei Aufenthaltstiteln nach den §§ 23 Abs. 1, 23 a, 24 und 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG bedarf es dagegen, um von einem voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt im Inland ausgehen zu können, eines weiteren Indizes, nämlich eines mindestens dreijährigen rechtmäßigen, gestatteten oder geduldeten Aufenthalts im Bundesgebiet **und** einer berechtigten Erwerbstätigkeit oder eines einer solchen gleichgestellten Tatbestandes (§ 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG). Diese Erwägungen waren auch Gegenstand der Beratung des Gesetzentwurfs in der vom Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend vorgeschlagenen Fassung im Bundestag (Stenografischer Bericht 57. Sitzung, Plenarprotokoll 16/57, S. 5590 ff.).

25

Das Ziel des Gesetzgebers, diese Regelung auch auf alle Fälle anzuwenden, in denen das Kindergeld noch nicht bestandskräftig festgesetzt ist (§ 52 Abs. 61 a EStG), würde nicht erreicht, wenn die Neuregelung auf Altfälle, in denen Aufenthaltstitel nach dem AuslG und nicht nach dem AufenthG vorliegen, allein deshalb nicht angewendet würde, weil der Antragsteller nicht über einen Aufenthaltstitel nach dem AufenthG verfügt. Der Gesetzgeber hat es nach Auffassung des Senats lediglich versehentlich versäumt, in § 52 Abs. 61 a Satz 2 EStG eine Regelung aufzunehmen, die für Aufenthaltstitel nach dem AuslG der Neuregelung entspricht. Diese Lücke ist in verfassungskonformer Auslegung der Neuregelung in der Weise zu schließen, dass § 62 Abs. 2 EStG auch auf Aufenthaltstitel nach dem AuslG anzuwenden ist, wenn der Titel zum Zweck der Erwerbstätigkeit erteilt wurde und sowohl er als auch die Zustimmung zur Ausübung einer Beschäftigung unmittelbar verlängert werden konnten (vgl. BT-Drucks. 16/2940, S. 12). Nur so ist sichergestellt, dass bei Familien wie der des Klägers, die nicht oder nicht in vollem Umfang vom steuerrechtlichen Kinderfreibetrag (§ 32 Abs. 6 EStG) profitieren, aber auch nicht (ausschließlich) von Sozialhilfe leben, die verminderte finanzielle Leistungsfähigkeit berücksichtigt wird. Gerade für diese Personengruppe hat das BVerfG im Beschluss in BVerfGE 111, 160 (unter B. III. 2. der Gründe) die inhaltlich gleichlautende Vorschrift des § 1 Abs. 3 BKGG in der ab 1994 geltenden Fassung als verfassungswidrig beurteilt.

26

2. a) Danach hat der Kläger - wie beantragt - bereits ab Januar 2003 Anspruch auf Kindergeld.

27

Nach § 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG n. F. erhält ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer Kindergeld, wenn er eine in Nr. 2 Buchstabe c genannte Aufenthaltserlaubnis besitzt und sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und

28

im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt.

- Die dem Kläger am 20. Dezember 1994 gemäß § 30 Abs. 3 AuslG erteilte Aufenthaltserlaubnis ist den Voraussetzungen nach mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG vergleichbar. Sie galt gemäß § 101 Abs. 2 AufenthG auch nach dessen Inkraft-Treten fort. Sie wurde zwar nur befristet erteilt, sollte aber für den Fall des Fortbestandes des Beschäftigungsverhältnisses stets befristet verlängert werden, bis die Voraussetzungen für eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis gegeben waren. Der Kläger hielt sich damit zu Beginn des Streitzeitraums auch mehr als drei Jahre rechtmäßig im Bundesgebiet auf und war hier aufgrund der erstmals am 5. Oktober 1994 erteilten und stets verlängerten Arbeitserlaubnis zudem berechtigt erwerbstätig. Der Senat hält es für unschädlich, dass die Arbeitserlaubnis bis zum 27. November 1996 nicht unbeschränkt war. Im Bericht des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend heißt es zwar, der Gesetzentwurf sehe eine Anspruchsberechtigung für Personen vor, die nach dem AufenthG "uneingeschränkt" erwerbstätig sein dürfen (BT-Drucks. 16/2940, S. 12). Damit dürfte jedoch lediglich die zeitliche Beschränkung gemeint sein, die bei einer befristeten und nicht auf Verlängerung angelegten Aufenthaltserlaubnis gemäß § 18 AufenthG typisch ist. Eine gegenständlich beschränkte Arbeitserlaubnis besagt dagegen nicht, dass sie nicht eine unbefristete Arbeits- und Aufenthaltserlaubnis vorbereiten soll. 29
- b) Die weiteren Voraussetzungen für einen Anspruch auf Kindergeld sind ebenfalls gegeben. Die Kinder des Klägers sind nach § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 i. V. m. § 32 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 EStG zu berücksichtigen. Nach der Haushaltsbescheinigung vom 31. Juli 2003 leben sie in seinem Haushalt. Dass dies bezogen auf den Streitzeitraum nicht zutrifft, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Der Kläger ist schließlich gemäß § 64 Abs. 2 Satz 2 EStG zum Berechtigten bestimmt worden. 30
- Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 FGO. 31
- Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 151 Abs. 3, 155 FGO i. V. m. §§ 708 Nr. 10, 711 der Zivilprozessordnung. 32
- Die Revision war gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO zuzulassen. Es ist bislang nicht höchstrichterlich geklärt, ob und ggf. nach welchen Kriterien § 62 Abs. 2 EStG n. F. auf Aufenthaltstitel Anwendung findet, die unter der Geltung des AuslG erteilt wurden. Die Sache hat daher grundsätzliche Bedeutung. 33