
Datum: 09.05.2007
Gericht: Finanzgericht Köln
Spruchkörper: 10. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 10 K 2137/04
ECLI: ECLI:DE:FGK:2007:0509.10K2137.04.00

Tenor:

Die Beklagte wird unter Aufhebung des Ablehnungsbescheids vom 17.02. 2005 und der Einspruchsentscheidung vom 08.04.2004 verpflichtet, für die Kinder L und V für die Monate November 1999 bis Dezember 2004 und für das Kind A für die Monate August 2002 bis De-zember 2004 Kindergeld zu gewähren.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist wegen der Kostenentscheidung ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des Kostenerstattungsanspruchs des Klägers abwenden, soweit nicht der Kläger zuvor Sicherheit in derselben Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Beteiligten streiten darüber, ob dem Kläger Kindergeld für seine drei Kinder	1
L (geboren am 08.04.1989 – in Deutschland seit 26.07.1999)	2
V (geboren am 07.09.1992 – in Deutschland seit 26.07.1999)	3
A (geboren am 12.04.2001 – in Deutschland seit Geburt) zusteht.	4
	5
	6

Der Kläger stammt aus dem Kosovo. Er war bis zum 24.06.2002 im Besitz einer Duldung, danach einer Aufenthaltsbefugnis nach § 30 Ausländergesetz. Nunmehr hat er eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 Aufenthaltsgesetz.

Der Kläger war von Juli 1997 bis Dezember 1997 als Arbeitnehmer tätig und erhielt für die Zeit vom 24.12.1997 bis 06.03.1998 Arbeitslosengeld. Danach war er kurzfristig wieder als Arbeitnehmer tätig, erhielt danach wieder Arbeitslosengeld und von Mai bis Oktober 1999 Krankengeld.

Mit Bescheid aus dem Jahre 2001 wurde für die Kinder L und V für die Zeit von Juli 1997 bis Oktober 1999 Kindergeld festgesetzt.

Mit Antrag vom 11.07.2002 beantragte der Kläger Kindergeld. Der Antrag hat folgenden Wortlaut: "Hiermit stelle ich einen Antrag auf Gewährung von Kindergeld, auch für das zwischenzeitlich geborene Kind A". Mit Bescheid vom 17.07.2002 ist der Antrag auf Kindergeld vom 11.07.2002 hinsichtlich des Kindes A abgewiesen worden. Mit Einspruchsentscheidung vom 08.10.2002, auf die wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, wurde der Einspruch wegen des Antrags auf Kindergeld für das Kind A abgelehnt. Hiergegen wurde keine Klage erhoben.

Mit Antrag vom 16.01.2004 beantragte der Kläger erneut Kindergeld für seine drei Kinder.

In dem Antrag gab er an, er habe in der Zeit von 1998 bis 1999 Arbeitslosengeld und von 1999 bis 2004 Arbeitslosenhilfe bezogen. Mit Bescheid vom 17.02.2004 wurde der Antrag vom 16.01.2004 abgelehnt. Hierauf hat der Kläger Einspruch eingelegt, der mit Einspruchsentscheidung vom 08.04.2004, auf die wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, zurückgewiesen wurde.

Zur Begründung führte die Beklagte aus, der Kläger gehöre nicht zu dem Personenkreis des § 62 Abs. 2 EStG. Auch das deutsch/jugoslawische Abkommen über soziale Sicherheit sei auf den Kläger nicht anwendbar. Es sei nur anwendbar, wenn eine arbeitslosenversicherungspflichtige Beschäftigung ausgeübt werde oder im Anschluss an eine solche Beschäftigung Erziehungsgeld gezahlt werde oder man sich bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis in Erholungsurlaub befinde oder Arbeitslosengeld, Krankengeld, Mutterschaftsgeld, Verletztengeld aus der gesetzlichen Unfallversicherung bzw. Übergangsgeld wegen medizinischer Rehabilitationsmaßnahmen der gesetzlichen Rentenversicherung beziehe.

Hierauf hat der Kläger Klage erhoben.

Zur Begründung trägt er vor, die Ablehnung des Kindergeldantrags sei rechtswidrig. Die gesetzliche Regelung, die die Inhaber von Aufenthaltsbefugnissen vom Kindergeldbezug ausschließe, enthalte eine verfassungswidrige, ungerechtfertigte Diskriminierung von Aufenthaltsbefugnissen, deren Aufenthalte der Bundesrepublik Deutschland gleichfalls auf Dauer angelegt.

Bei ihm liege ein Daueraufenthalt vor, da er in Anwendung einer sogenannten Alt- oder Härtefallregelung in den Besitz der Aufenthaltsbefugnis gelangt sei, damit sein faktisch bereits verfestigter Aufenthalt in der Bundesrepublik auf eine dauerhafte Basis gestellt werde.

Der Kläger trägt nunmehr vor, laut Mitteilung des Beklagten sei eine Neufestsetzung frühestens ab August 2002 möglich. Ob sich der Beklagte durchgreifend auf das Argument

der Bestandskraft der vorletzten Ablehnung (vom 17.07.2002) berufen könne, obliege der Entscheidung des Gerichts.

Er sei bis 1998 erwerbstätig gewesen und anschließend arbeitslos geworden. Dies habe mit dem Umstand zusammengehungen, dass er in seinem damals lediglich geduldeten Zustand plötzlich keine Arbeitserlaubnis mehr erhalten habe. Darum habe er in der Folgezeit keine Arbeitsstelle mehr gefunden. Anschließend seien erhebliche gesundheitliche Probleme hinzugekommen, nämlich drei Herzinfarkte, die zu seinem heutigen Zustand der Schwerbehinderung mit einer GdB von 70 geführt hätten. Er sei seither arbeitslos und habe durchgängig bis Ende 2004 Leistungen der Arbeitslosenversicherung nach dem Sozialgesetzbuch 3 bezogen. 17

Seit dem 01.01.2005 beziehe er Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch 2. Die Agentur für Arbeit C werde das mit Leichtigkeit hausintern feststellen können. Die an ihn seit Inkrafttreten von Hartz IV zufließenden Leistungen der Arge nach Sozialgesetzbuch 2 seien an die Stelle der früher bezogenen Arbeitslosenhilfe gemäß Sozialgesetzbuch 3 getreten. Die vom Gesetzgeber insoweit vorgenommene Umstrukturierung sei keine hinreichende Rechtfertigung, ihn vom Kindergeldbezug freizustellen. Insoweit würden weiterhin die gleichen rechtsgrundsätzlichen Bedenken geltend gemacht, wie sie der Klage von vornherein zugrunde gelegen hätten und denen durch die zwischenzeitliche Maßnahmen des Gesetzgebers jedenfalls für den vorliegenden Fall bis zum 31.12.2004 abgeholfen worden sei. 18

Der Kläger beantragt, 19

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheids vom 17.02.2004 in der Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 08.04.2004 zu verpflichten, für die Kinder L und V für die Monate November 1999 bis Dezember 2004 und für das Kind A für die Monate August 2002 bis Dezember 2004 Kindergeld zu gewähren. 20

Der Beklagte beantragt, 21

die Klage abzuweisen. 22

Er trägt vor, nach § 52 Abs. 61 a Satz 2 EStG in der Fassung des zum 01.01.2007 in Kraft getretenen Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss seien die neuen gesetzlichen Regelungen auf alle noch nicht bestandskräftigen Fälle anzuwenden. Dies bedeute hier, dass für den streitigen Zeitraum für einen Kindergeldanspruch des Klägers die Voraussetzungen des neuen § 62 Abs. 2 EStG vorliegen müssten. 23

Aufgrund der letzten bestandskräftigen Ablehnung des Kindergeldes vom 17.07.2002 wäre eine Neufestsetzung frühestens ab Monat August 2002 möglich. 24

Gemäß § 62 Abs. 2 Nr. 2 c EStG müsse derjenige, der im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 Aufenthaltsgesetz sei, zusätzlich die Voraussetzung des § 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG erfüllen. Demnach müsse sich der Kläger vorliegend vor August 2002 drei Jahre rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufgehalten haben und im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig gewesen sein oder laufende Geldleistungen nach 3. Sozialgesetzbuch bezogen oder Elternzeit in Anspruch genommen haben. 25

Nach der in Erkenntnissen aus der Kindergeldakte sei der Kläger vor August 2002 bereits seit drei Jahren zumindest gestattet oder geduldet im Bundesgebiet gewesen, so dass diese Voraussetzung erfüllt sei.

Jedoch sei er im Streitzeitraum weder berechtigt erwerbstätig gewesen, noch hätten die weiteren Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 b EStG in seiner Person vorgelegen. 27

Ansonsten hätte der Kläger bereits nach Abkommensgrundsätzen Kindergeld erhalten können. Lediglich die Zeit, in der der Kläger Arbeitslosengeld bezogen habe, sei anspruchsbegründend. Da er bereits 1998 arbeitslos geworden sei, sei davon auszugehen, dass er ab August 2002 kein Arbeitslosengeld mehr erhalten habe. 28

Entscheidungsgründe 29

Die Klage ist insgesamt zulässig und begründet. Dem Kläger steht das beantragte Kindergeld zu, weil die Ausweisung des Klägers auf unbestimmte Zeit nicht möglich ist und er sich seit über einem Jahr geduldet in der BRD aufhält. 30

I. Die Klage ist nicht nur hinsichtlich des Kindergelds für die Monate November 1999 (L und V), bzw. August 2002 (A) bis April 2004 zulässig, sondern auch hinsichtlich der Monate Mai bis Dezember 2004. Obwohl die Einspruchsentscheidung, mit der die Ablehnung des Kindergeldanspruchs bestätigt wurde, im April 2004 bekannt gegeben worden ist, hält das Gericht entgegen der Ansicht des Niedersächsischen FG im Urteil vom 23. Januar 2006 16 K 12/04 (EFG 2006, 751) eine Klage, mit der die Verurteilung der beklagten Behörde zur Gewährung von Kindergeld begehrt werden soll, auch für die Monate nach Bekanntgabe der letzten Verwaltungsentscheidung für zulässig. 31

a) Das Niedersächsische FG hält in seinem Urteil vom 23. Januar 2006 eine Klage gegen einen die Festsetzung von Kindergeld ablehnenden Bescheid für insoweit unzulässig, als sich der Klageantrag auch auf die Monate nach der Bekanntgabe des Ablehnungsbescheids erstreckt. Dabei geht es unter Bezugnahme auf das BFH-Urteil vom 28. Januar 2004 VIII R 12/03 (BFH/NV 2004, 786) von der These aus, dass der Regelungsgehalt eines Bescheides, durch den ein Kindergeldantrag abgelehnt wird, lediglich den Zeitraum bis einschließlich des Monats der Bekanntgabe erfasse. In diesem BFH-Urteil heißt es zwar einerseits ausdrücklich, dass ein Bescheid, durch den ein ohne ausdrückliche zeitliche Beschränkung gestellter Kindergeldantrag abgelehnt wird, den Anspruch auf Kindergeld nur für den bis dahin abgelaufenen Zeitraum regelt und keine Regelungswirkung für künftige, bei Bescheiderlass noch nicht entstandene Kindergeldansprüche entfaltet. In der Entscheidung des VIII. Senat war allerdings - anders als im vorliegenden Fall - nicht das Kindergeld für künftige Monate streitig, die auf den Monat der Bekanntgabe des Ablehnungsbescheids folgten. Streitig war vielmehr, ob sich die Regelungswirkung eines im Dezember 2000 erlassenen Bescheides auch auf die vergangenen Monate vor Bescheiderlass erstreckte. Diese Frage beantwortete der BFH in seinem Subsumtionsschluss letztlich damit, dass sich die Bestandskraft des Ablehnungsbescheids auch auf die Monate vor Dezember 2000 erstrecke. 32

b) Die These der fehlenden Regelungswirkung für künftige, bei Bescheiderlass noch nicht entstandene Kindergeldansprüche gilt seit dem zwischenzeitlichen Wechsel der Zuständigkeit für das Kindergeld zum III. Senat des BFH jedenfalls nicht mehr uneingeschränkt. Das Urteil des VIII. Senat vom 28. Januar 2004 erging im Anschluss an die Rechtsprechung des VI. Senat zur Regelungswirkung bestandskräftiger Verwaltungsakte, die ihre Grundlage in der allenfalls begrenzten Eignung der Vorschriften der AO 1977 zur Regelung der verfahrensrechtlichen Problematik von Dauerverwaltungsakten hatte. Diese Entscheidungen 33

waren ergebnisorientiert und von dem Ziel getragen, die Regelungswirkung bestandskräftiger Ablehnungsbescheide soweit wie möglich einzuschränken, um später - etwa nach besserer Rechtserkenntnis - rückwirkend für die Vergangenheit noch so viel Kindergeld wie möglich gewähren zu können. Der III. Senat hat sich in seinem Urteil vom 2. Juni 2005 III R 66/04 (BFHE 210, 265, BStBl II 2006, 184) dagegen erstmals mit der Frage auseinander gesetzt, ob das für Dauerverwaltungsakte nur begrenzt taugliche abgabenrechtliche Instrumentarium es erlaubt, dass der Kindergeldberechtigte mit seiner Klage - neben der Aufhebung des ablehnenden Bescheides - für künftige Monate auch die Verpflichtung der Familienkasse erreichen kann, Kindergeld auf unbestimmte Zeit zu zahlen. Er hat dabei den Standpunkt vertreten, dass es sich bei einer Klage gegen einen das Kindergeld ablehnenden Bescheid nicht um eine Anfechtungsklage in Form der Änderungsklage, sondern um eine Verpflichtungsklage handelt, mit der die Aufhebung der Ablehnungsentscheidung und eine Verpflichtung der Familienkasse erreicht werden kann, über den Kindergeldantrag des Klägers unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden (Bescheidungsurteil). Der III. Senat begründet seine Auffassung ausdrücklich mit der Erwägung, dass bei der Ablehnung von Kindergeld zu berücksichtigen sei, *dass die Kindergeldfestsetzung als Dauerverwaltungsakt im Regelfall keinen bestimmten Zeitraum umfasse*. Zu einer Änderung oder Aufhebung der Festsetzung komme es erst dann, wenn sich die für den Kindergeldanspruch maßgeblichen Verhältnisse änderten (§ 70 Abs. 2 EStG); bis dahin würde das Kindergeld aufgrund der Festsetzung monatlich gezahlt.

c) Der erkennende Senat ist der Auffassung, dass weitgehende Konkordanz zwischen den unterschiedlichen Ansätzen des VIII. Senat und des III. Senat, die einmal die Wirkung eines Ablehnungsbescheids für die Vergangenheit und einmal für künftige Monate zum Gegenstand hatten, in der Weise hergestellt werden kann, dass der Regelungsinhalt von Ablehnungsbescheiden differenziert beurteilt wird, je nachdem, ob die Ablehnung bestandskräftig geworden ist oder im Klageverfahren angefochten wird. Wird die Ablehnung nicht angefochten, bleibt es bei dem Grundsatz, dass ein Ablehnungsbescheid lediglich den Kindergeldanspruch für die bis zur Bekanntgabe abgelaufenen Monate regelt und deshalb keine Wirkung für die Kindergeldansprüche künftiger Monate entfaltet. Wird die Regelung hingegen im Klageverfahren angefochten, ist im anschließenden Urteil eine Verpflichtung des Familienkasse auch für künftige Monate möglich. Die Legitimation, Ablehnungsbescheiden einen unterschiedlichen Regelungsinhalt beizumessen, je nachdem ob sie bestandskräftig oder im Klageverfahren angefochten werden, ergibt sich daraus, dass für nicht bestandskräftig gewordene Verwaltungsakte im Klageverfahren andere Änderungsvorschriften fortgelten als bei bestandskräftig gewordenen Verwaltungsakten, für die etwa § 172 AO 1977 nicht gilt.

34

Für diese Betrachtungsweise sprechen nicht zuletzt Praktikabilitätsgesichtspunkte. Die Lösung des erkennenden Senats vermeidet Ungereimtheiten, die sich auf der Grundlage der Ausführungen des VI. Senat und des VIII. Senat ergeben können, wenn eine Kindergeld-Ablehnung erfolgreich angefochten wird, sich das Klageverfahren aber - aus welchen Gründen auch immer - über mehrere Jahre erstreckt. Denn in einem solchen Fall würde der Kindergeldberechtigte durch eine obsiegende Entscheidung das Kindergeld lediglich bis zum Monat der Bekanntgabe der Einspruchsentscheidung (letzte Verwaltungsentscheidung) erlangen können. Die Kindergeldgewährung für die folgenden Monate würde davon abhängen, dass rechtzeitig - vor Ablauf der Festsetzungsfrist - ein erneuter Kindergeldantrag gestellt wird. Mit der Notwendigkeit, für die auf den Monat der Bekanntgabe der Ablehnungsentscheidung folgenden Monate einen erneuten Kindergeldantrag zu stellen, wird ein Anspruchsinhaber aber angesichts des anhängigen Klageverfahrens kaum rechnen. Er könnte deshalb bei langjährigen Klageverfahren einen Teil seiner Ansprüche durch den

35

Ablauf der vierjährigen Festsetzungsfrist für Monate verlieren, die auf den Monat der Bekanntgabe des Ablehnungsbescheids folgen. Diese Ungereimtheit wird vermieden, wenn man die Regelungswirkung einer Kindergeldablehnung, die im Klageverfahren angefochten wird, auch auf die Monate nach ihrer Bekanntgabe erstreckt und mit dem III. Senat eine Bescheidung auch für diese Monate für zulässig erachtet.

II. Die Klage ist auch begründet. Die Kindergeldberechtigung des Klägers für die Monate bis einschließlich Dezember 2004 ergibt sich aus § 62 Abs. 2 EStG i. d. F. des JStG 1996, der vor dem Hintergrund des BVerfG-Beschlusses vom 6. Juli 2004 1 BvL 4/97, 1 BvL 5/97, 1 BvL 6/97 (BVerfGE 111, 160, BFH/NV 2005, Beilage 2, 114) entgegen seinem Wortlaut einschränkend dahin auszulegen ist, dass der Ausschluss von Ausländern von der Kindergeldberechtigung nicht für solche ausländischen Eltern gilt, die auf unbestimmte Zeit nicht abgeschoben werden können und die sich seit mindestens 1 Jahr ununterbrochen in Deutschland aufhalten. 36

1. Entgegen den Ausführungen des BFH in dem zur Veröffentlichung bestimmten Urteil vom 15. März 2007 III R 93/03 (auf der Homepage des BFH erschienen am 9. Mai 2007) lehnt der erkennende Senat die Anwendung der Neufassung des § 62 Abs. 2 EStG vom 13. Dezember 2006 auf den Streitfall ab, weil er deren Erstreckung auf Altfälle durch die Anwendungsvorschrift des § 52 Abs. 61a Satz 2 EStG für verfassungsrechtlich unzulässig hält. 37

a) Gemäß § 62 Abs. 2 EStG, der durch 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) an die Systematik der Aufenthaltstitel nach dem Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet vom 30. Juli 2004 (AufenthG - BGBl I 2004, 1950) angepasst worden ist, hängt die Kindergeldberechtigung von nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern, denen lediglich eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG wegen eines Krieges in seinem Heimatland oder nach den §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG erteilt worden ist (§ 62 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c EStG) davon ab, dass sie sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhalten und darüber hinaus im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig sind, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch beziehen oder Elternzeit in Anspruch nehmen (§ 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG). 38

b) Die Regelung ist mit Wirkung vom 1. Januar 2006 in Kraft getreten, erfasst aber darüber hinaus alle Sachverhalte, bei denen das Kindergeld - wie auch im Streitfall - noch nicht bestandskräftig festgesetzt worden ist (§ 52 Abs. 61a Satz 2 EStG). Wegen der Anknüpfung der Neufassung des § 62 Abs. 2 EStG an die Aufenthaltstitel nach den AufenthG einerseits und wegen der rückwirkenden Erstreckung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf vor dem 1. Januar 2005 verwirklichte Sachverhalte (Altfälle) andererseits, in denen sich die Aufenthaltstitel noch nach dem AuslG richteten, müsste nach dieser Regelung für Altfälle jeweils geklärt werden, inwieweit die Aufenthaltsrechte nach dem AuslG 1990 den in § 62 Abs. 2 EStG genannten Aufenthaltstiteln entsprechen (BFH-Urteil vom 15. März 2007 III R 93/03, zur Veröffentlichung bestimmt, Homepage des BFH vom 9. Mai 2007 für einen geduldeten Aufenthalt in der BRD seit 1992 betreffend Kindergeld für die Monate von Juli 1997 bis Juli 1999). Ein Aufenthalt aufgrund einer Duldung berechtigte danach nicht zum Bezug von Kindergeld; bei einer bloßen Aufenthaltsbefugnis aus humanitären Gründen hinge die Kindergeldberechtigung in aller Regel davon ab, ob sich der Ausländer seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufgehalten hat und 39

darüber hinaus im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig war bzw. laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch bezogen oder Elternzeit in Anspruch genommen hat.

c) Danach müsste die Kindergeldberechtigung im Streitfall versagt und die Klage abgewiesen werden. Der erkennende Senat wendet die Neufassung des § 62 Abs. 2 EStG vom 13. Dezember 2006 jedoch nicht auf den Streitfall an. 40

aa) Das BVerfG hat mit Beschluss vom 6. Juli 2004 1 BvL 4/97, 1 BvL 5/97, 1 BvL 6/97 (BVerfGE 111, 160, BFH/NV 2005, Beilage 2, 114) entschieden, dass § 1 Abs. 3 Satz 1 BKGG in der Fassung des Ersten Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms (1. SKWPG) vom 21. Dezember 1993 (BGBl. I 1993, 2353), durch den Ausländer von Kindergeld ausgeschlossen wurden, die lediglich im Besitz einer Aufenthaltsbefugnis waren, mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar ist. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass Ausländer ihren ausländerrechtlichen Status nicht beeinflussen könnten, befand das BVerfG, dass eine an der Art des Aufenthaltstitels ausgerichtete Differenzierung zwischen ausländischen Eltern nicht durch Gründe von hinreichendem Gewicht gerechtfertigt sei. Denn der Gesetzgeber dürfe bei der Bestimmung der Art und Weise des Familienleistungsausgleichs nicht allein aus fiskalischen Erwägungen eine Gruppe von Personen, gegenüber denen der Staat aus Art. 6 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG grundsätzlich zu einem Ausgleich verpflichtet sei, von einer bestimmten Leistung ausschließen, die anderen gewährt werde. Bei Ausländern, die legal in Deutschland lebten, sei unabhängig von der Art des Aufenthaltstitels zu berücksichtigen, dass sie - wie auch Deutsche - in gleicher Weise durch die persönlichen und finanziellen Aufwendungen bei der Kindererziehung belastet seien. Soweit es Ziel der gesetzlichen Neuregelung gewesen sei, Kindergeld nur solchen Ausländern zu gewähren, die sich auf Dauer in Deutschland aufhalten, sei die Regelung ungeeignet, dieses Ziel zu erreichen, weil einerseits diejenigen, die über eine Aufenthaltsbefugnis verfügten, sich nicht typischerweise nur kurzfristig in Deutschland aufhielten, andererseits eine Aufenthaltserlaubnis auch befristet bei kurzfristigem Aufenthalt erteilt werde. Ebenso hat der EuGHMR mit Urteil vom 25. Oktober 2005 in der Sache 59140/00 (DStR 2006, 1404, BFH/NV 2006, Beilage 3, 357) entschieden, dass der Ausschluss von im Inland lebenden Ausländern ohne Aufenthaltsberechtigung vom deutschen Kindergeld gegen das Diskriminierungsverbot der Europäischen Menschenrechtskonvention verstößt. 41

bb) Das BVerfG hat dem Gesetzgeber in seinem o. a. Beschluss vom 6. Juli 2004 eine Frist bis zum 1. Januar 2006 gesetzt, die verfassungswidrige Norm durch eine Neuregelung zu ersetzen. Andernfalls sollte auf alle noch nicht rechts- oder bestandskräftig abgeschlossenen Verfahren das bis zum 31. Dezember 1993 geltende Recht anzuwenden sein, d.h., das BKGG in der Fassung des Gesetzes zur Neuregelung des Ausländerrechts vom 9. Juli 1990 (BGBl. I 1990, 1354). Nach dieser Regelung haben Ausländer, die sich ohne Aufenthaltsgenehmigung in der BRD aufhalten, einen Kindergeldanspruch, wenn sie nach den §§ 51, 53 und 54 AuslG auf unbestimmte Zeit nicht abgeschoben werden können, frühestens jedoch für die Zeit nach einem gestatteten oder geduldeten ununterbrochenen Aufenthalt von einem Jahr. 42

cc) Vor diesem Hintergrund teilt der erkennende Senat nicht die Auffassung des III. Senats des BFH, der sowohl die Neuregelung des § 62 Abs. 2 EStG als auch die Anwendungsvorschrift des § 52 Abs. 61a Satz 2 EStG über die rückwirkende Erstreckung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf vor dem 1. Januar 2005 verwirklichte Sachverhalte (Altfälle) für verfassungsrechtlich unbedenklich hält (BFH-Urteil vom 15. März 43

aaa) Die Anordnung einer derartigen Rückwirkung auch auf Altfälle ist weder verfassungsgemäß noch entspricht sie dem Grundsatz der gegenseitigen Achtung von Verfassungsorganen. Das BVerfG hatte dem Gesetzgeber in seinem Beschluss vom 6. Juli 2004 1 BvL 4/97, 1 BvL 5/97, 1 BvL 6/97 (BVerfGE 111, 160, BFH/NV 2005, Beilage 2, 114) einen klaren, bis zum 1. Januar 2006 befristeten Regelungsauftrag erteilt und die Nichterfüllung dieses Auftrags mit der Anordnung der Anwendbarkeit des bis zum 31. Dezember 1993 gültigen Rechts sanktioniert. Daraus ergibt sich, dass sämtliche offenen Altfälle ab Januar 2006 entscheidungsreif waren, da der Gesetzgeber den verfassungsgerichtlichen Regelungsauftrag ignoriert hat. In einer Vielzahl der offenen Fälle hätte deshalb das Kindergeld auf der Grundlage des bis 1993 gültigen Rechts gewährt werden müssen, wenn die Gerichte dem verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgebot entsprochen hätten. Der erkennende Senat hat - wie viele andere Finanzgerichte und der BFH - von einer Entscheidung der Fälle nur deshalb abgesehen, weil die beklagte Behörde immer wieder um ein Zuwarten mit der Entscheidung im Hinblick auf die zu erwartende Neuregelung gebeten hatte. Wenn der Gesetzgeber es in einer solchen Situation in der Hand hätte, durch eine rückwirkende Anwendungsregelung eines verspätet erlassenen Gesetzes den klaren Sanktionsausspruch des Verfassungsgerichts zu umgehen, hätte dies zur Konsequenz, dass Kindergeld in allen Fällen hätte gewährt werden müssen, in denen die Gerichte sogleich unter Beachtung des Beschleunigungsgebotes entschieden hätten, während es in allen anderen Fällen, in denen die Gerichte im Vertrauen auf die zu erwartende Neuregelung gewartet hätten, nicht zu gewähren wäre. Eine derart unterschiedliche Behandlung gleicher Tatbestände hält der erkennende Senat für verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar.

44

bbb) Darüber hinaus hält der erkennende Senat auch die Neuregelung selbst für nicht verfassungsgemäß. Insoweit wird Bezug genommen auf die zur Veröffentlichung bestimmten Vorlagebeschlüsse betreffend das Kindergeld für die Monate ab Januar 2005 in den Sachen 10 K 1689/07 und 10 K 1690/07 vom heutigen Tage.

45

ccc) Die rückwirkende Anwendung der Neuregelung ist auch nicht aufgrund der Verwerfungskompetenz des BVerfG gemäß Art. 100 GG geboten. Ein unterinstanzliches Gericht kann einer für verfassungswidrig gehaltenen Norm in eigener Zuständigkeit die Anwendung versagen, wenn das BVerfG bereits eine Entscheidung zu einer vergleichbaren Rechtsvorschrift getroffen hat (vgl. BFH-Urteil vom 1. Juni 2004 IX R 35/04, BStBl II 2005, 26; Niedersächsisches FG, Urteil vom 23. Januar 2006 16 K 12/04, EFG 2006, 751). Dies muss auch gelten, wenn der Gesetzgeber eine verfassungsgerichtliche Regelungsfrist dadurch umgeht, dass er den Anwendungsbereich einer Neuregelung auf bereits abgeschlossene Sachverhalte vorverlagert.

46

2. Aus diesem Grund richtet sich die Kindergeldberechtigung des Klägers im Streitfall für die Monate bis einschließlich Dezember 2004 nach § 62 Abs. 2 EStG i. d. F. des JStG 1996. Nach dieser Vorschrift 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) reichte nicht aus. Entgegen ihrem Wortlaut ist die Vorschrift allerdings einschränkend dahin auszulegen, dass der Ausschluss von Ausländern von der Kindergeldberechtigung für nicht für solche ausländischen Eltern gilt, die auf unbestimmte Zeit nicht abgeschoben werden können und die sich seit mindestens 1 Jahr ununterbrochen in Deutschland aufhalten (Anschluss an das Urteil des

47

- a) Die Erwägungen, aus denen das BVerfG § 1 Abs. 3 Satz 1 BKGG i. d. F. des 1. SKWPG vom 21. Dezember 1993 (BGBl. I 1993, 2353), durch den wegen der Anknüpfung an den Aufenthaltstitel Ausländer vom Kindergeld ausgeschlossen wurden, die lediglich im Besitz einer Aufenthaltsbefugnis waren, für verfassungswidrig erklärt hat (Beschluss vom 6. Juli 2004 1 BvL 4/97, 1 BvL 5/97, 1 BvL 6/97, BVerfGE 111, 160, BFH/NV 2005, Beilage 2, 114; s.o. 1. c aa), treffen wegen der Identität der Tatbestandsmerkmale in gleicher Weise auf § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG i. d. F. des JStG 1996 zu (ebenso die Gesetzesbegründung der Neuregelung vom 13. Dezember 2006, BT-Drucks. 16/1368, S. 8; ferner BFH-Urteil vom 15. März 2007 III R 93/03, a.a.O.). Deshalb ist es unerheblich, dass die Regelung aufgrund der Systemänderung durch das JStG 1996 nunmehr in § 62 EStG eingebettet wurde. § 62 Abs. 2 EStG i. d. F. des JStG 1996 verstößt ebenso gegen Art. 3 Abs. 1 GG wie § 1 Abs. 3 Satz 1 BKGG in der Fassung vom 21. Dezember 1993. Aus diesem Grund ist § 62 Abs. 2 EStG i. d. F. des JStG 1996 entsprechend dem Entscheidungsausspruch des BVerfG entgegen seinem Wohnort einschränkend dahin auszulegen, dass ausländischen Eltern, die sich ohne den erforderlichen Aufenthaltstitel in Deutschland aufhalten, Kindergeld zu gewähren ist, wenn sie nach den §§ 51, 53 und 54 AuslG auf unbestimmte Zeit nicht abgeschoben werden können, dies allerdings frühestens für die Zeit nach einem gestatteten oder geduldeten ununterbrochenen Aufenthalt von einem Jahr (so bereits Niedersächsisches FG, Urteil vom 23. Januar 2006 16 K 12/04, EFG 2006, 751). 48
- b) Wie bereits das Niedersächsische FG a.a.O. ist auch der erkennende Senat der Auffassung, keine Entscheidung des BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG darüber einzuholen zu müssen, ob die Vorschrift des § 62 Abs. 2 Satz 1 EStG gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt. Denn wenn das BVerfG bereits eine Entscheidung zu einer vergleichbaren Rechtsvorschrift getroffen hat (im Streitfall zu § 1 Abs. 3 Satz 1 BKGG), kann das unterinstanzliche Gericht diese Entscheidung in eigener Entscheidungszuständigkeit auf die andere Rechtsnorm übertragen (vgl. BFH-Urteil vom 1. Juni 2004 IX R 35/04, BStBl II 2005, 26). 49
3. Danach war das Kindergeld im Streitfall wie beantragt zu gewähren, weil der Kläger, der sich seit mindestens 1997 bis auf den heutigen Tag ununterbrochen in der BRD aufhält, trotz seiner bloßen Duldung unstreitig jedenfalls faktisch auf unbestimmte Zeit nicht abgeschoben werden konnte und sein Aufenthalt im Jahr 2004 bereits über mehrere Jahre andauerte. Dabei war zu beachten, dass der bestandskräftige Ablehnungsbescheid vom 17.07.2002 und die dazu ergangene Einspruchsentscheidung ausdrücklich nur das Kind A betraf, so dass für dieses eine Kindergeldfestsetzung rückwirkend nur ab dem Monat August 2002 erfolgen konnte. Für die Kinder L und V war dagegen eine rückwirkende Kindergeldfestsetzung ab dem Monat November 1999 möglich, da der Kläger für sie für die Zeit bis Oktober 1999 Kindergeld erhalten hatte. 50
4. Im Streitfall war die Verpflichtung der beklagten Behörde auszusprechen, das Kindergeld für die Monate November 1999 bis Dezember 2004 für L und V und für die Monate August 2002 bis Dezember 2004 für A zu gewähren. 51
- a) Zwar hat der BFH im Urteil vom 2. Juni 2005 III R 66/04 (BFHE 210, 265, BStBl II 2006, 184) den Standpunkt vertreten, dass mit einer Klage gegen einen das Kindergeld ablehnenden Bescheid neben der Aufhebung der Ablehnungsentscheidung grundsätzlich lediglich eine Verpflichtung der Familienkasse zur erneuten Bescheidung des Kindergeldantrags unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erreicht werden kann (Bescheidungsurteil). Eine Verpflichtung zur Festsetzung von Kindergeld sei nur möglich, wenn nach der für den Streitfall maßgeblichen Sach- und Rechtslage der Anspruch auf den 52

Erlass des begehrten Verwaltungsakts bestehe. Die Behörde habe aber die Sach- und Rechtslage in den Monaten nach ihrer letzten Entscheidung naturgemäß noch nicht prüfen können. Es sei nicht Aufgabe der Gerichte, grundsätzlich der Verwaltung zustehende Funktion auszuüben und von der Verwaltung bisher noch nicht geprüfte Sachverhalte aufzugreifen und durch eigene Ermittlungen zu klären, damit dem Kläger keine außergerichtliche Instanz genommen werde.

b) Diese Sorge teilt der erkennende Senat jedoch zumindest in den Fällen nicht, in denen die Kinder minderjährig sind, ihr Wohnsitz im Haushalt der Eltern und damit im Inland unstreitig ist und auch sonst keine Zweifel an der Kindergeldberechtigung bestehen. Denn unter diesen Voraussetzungen ist der Kindergeldanspruch - wie auch im Streitfall - ohne weiteres zu bejahen, sodass die Sache spruchreif ist und die Verpflichtung zur Festsetzung des begehrten Kindergelds ausgesprochen werden kann. 53

c) Etwas anderes gilt allerdings nach der völligen Neufassung des § 62 Abs. 2 EStG durch Art. 2 des AuslAnsprG vom 13. Dezember 2006 (BGBl I 2006, 2915, BStBl I 2007, 62) für die zunächst vom Klageantrag mitumfassten Monate ab Januar 2005. Da das Gesetz in seiner Neufassung zum einen dem BVerfG noch nicht zur Prüfung vorgelegen hat und es sich zum anderen wegen des ab Januar 2005 in Kraft getretenen Aufenthaltsgesetz hinsichtlich dieser Monate auch nicht um einen Altfall handelt, für den die verfassungsrechtlichen Bedenken des Senats betreffend die Anwendungsregelung eingreifen, sieht sich der erkennende Senat an einer Gewährung von Kindergeld ohne vorherige Einholung einer Entscheidung des BVerfG gehindert. Er hat deshalb das Verfahren auf Gewährung von Kindergeld für die Monate ab Januar 2005 abgetrennt und gemäß Art. 100 Abs. 1 GG ausgesetzt (vgl. FG Köln, Vorlagebeschluss vom 9. Mai 2005 10 K 1690/07, zur Veröffentlichung bestimmt). 54

III. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 135 Abs. 1 FGO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 151 FGO i.V.m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 55

IV. Die Revision wird sowohl wegen grundsätzlicher Bedeutung als auch wegen Abweichung von dem BFH-Urteil vom 15. März 2007 III R 93/03 (a.a.O.) zugelassen. 56