
Datum: 26.05.2009
Gericht: Finanzgericht Köln
Spruchkörper: 8. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 K 3439/06
ECLI: ECLI:DE:FGK:2009:0526.8K3439.06.00

Rechtskraft: BFH: III R 44/09

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.
Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.
Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

- Die Beteiligten streiten über den Anspruch der Klägerin auf Kindergeld für ihre beiden in den Jahren 1993 und 1995 geborenen Kinder M und K für den Zeitraum Januar 1996 bis einschließlich August 1999. 1 2
- Die Klägerin ist jugoslawische Staatsbürgerin albanischer Volkszugehörigkeit. Im Mai 1991 reiste sie in die Bundesrepublik Deutschland ein und beantragte ihre Anerkennung als Asylberechtigte. 3
- Diesen Antrag lehnte das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge mit Bescheid vom 26. Januar 1995 ab. Wegen der weiteren Einzelheiten hierzu wird auf den Inhalt dieses Bescheids (enthalten in der beigezogenen Ausländerakte) Bezug genommen. Bis zu diesem Zeitpunkt war die Klägerin Inhaberin einer Aufenthaltsgestattung zur Durchführung des Asylverfahrens des Oberkreisdirektors ... vom 8. Juli 1991, die in der Folgezeit laufend verlängert wurde. Danach war eine Aufnahme einer selbständigen oder vergleichbaren unselbständigen Erwerbstätigkeit nicht gestattet. Eine Arbeitsaufnahme war nur mit gültiger Arbeitserlaubnis gestattet. Ein Studium war nicht gestattet. 4

Gegen den ablehnenden Bescheid des Bundesamts für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge legte die Klägerin Einspruch ein. Im Zuge des Einspruchsverfahrens beantragte sie im Juli 1996 die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis. Bei deren Erteilung würde sie den Asylantrag zurücknehmen. Nachdem das Ordnungs- und Ausländeramt B hierzu mitgeteilt hatte, es beabsichtige, diesen Antrag abzulehnen, weil die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis entsprechend der Härtefallregelung der Innenministerkonferenz voraussetze, dass die Einreise in die Bundesrepublik Deutschland vor dem 1. Juli 1990 erfolgt sei, nahm sie diesen Antrag im Oktober 1996 zurück.

Mit Bescheid vom 5. Juli 1999 änderte das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge seine ursprüngliche Entscheidung und erkannte die Klägerin als Asylberechtigte an. Hierauf beantragte die Klägerin eine Aufenthaltserlaubnis; im September 1999 erteilte das Ausländeramt des Kreises B der Klägerin eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis.

Bis zu diesem Zeitpunkt war die Klägerin nach wie vor Inhaberin laufender Aufenthaltsgestattungen zur Durchführung des Asylverfahrens. Die entsprechende Aufenthaltsgestattung des Kreises B datiert vom 23. August 1995 mit einer Gültigkeitsdauer bis August 1997 bzw. vom 16. Juli 1997 mit einer Gültigkeitsdauer zunächst bis zum 3. Mai 1999 und später bis zum 3. November 1999. In der letztgenannten Aufenthaltsgestattung ist die selbständige oder vergleichbare unselbständige Erwerbstätigkeit nicht gestattet. Arbeitserlaubnispflichtige Erwerbstätigkeit ist nur gemäß einer gültigen Arbeitserlaubnis gestattet. Der vorübergehende Aufenthalt im Regierungsbezirk W ist ohne Erlaubnis gestattet. Wegen der weiteren Einzelheiten hierzu wird auf den Inhalt der genannten Aufenthaltsgestattungen Bezug genommen.

Inzwischen ist die Klägerin seit September 2003 eingebürgert.

Mit einem bei der Beklagten am 8. September 1999 eingegangenen Antrag beantragte die Klägerin Kindergeld für ihre beiden Kinder. Dem Antrag war die Aufenthaltserlaubnis der Klägerin vom 7. September 1999 beigelegt.

Mit Bescheid vom 2. Juni 2000 setzte die Beklagte hierauf das Kindergeld zugunsten der Klägerin ab September 1999 fest. Im Bescheid heißt es weiter, zur Prüfung eines eventuellen Anspruchs auf Kindergeld ab Januar 1994 werde um Mitteilung gebeten, wer bis zu diesem Zeitpunkt das Kindergeld erhalten habe und unter welcher Kindergeldnummer das Kindergeld ausgezahlt werde. Hintergrund dieser Nachfrage war die Tatsache, dass der Prozessbevollmächtigte der Klägerin mit Schreiben vom 31.12.1999 das Kindergeld für den Ehemann der Klägerin (Herr C) beantragt hatte.

Mit weiterem Schreiben vom 22. Februar 2000 forderte die Beklagte die Klägerin auf, die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis bereits vor dem 7. September 1999 nachzuweisen. Anderenfalls bestehe kein Anspruch auf Kindergeld, weil dies für nichtdeutsche Staatsangehörige den Besitz einer gültigen Aufenthaltserlaubnis oder Aufenthaltsberechtigung voraussetze. Eine Aufenthaltsgestattung, Aufenthaltsbefugnis oder Duldung sei hierfür nicht ausreichend.

Nach Aktenlage hat die Klägerin hierauf zunächst nicht reagiert; mit einem bei der Beklagten am 15. November 2005 eingegangenen Schreiben machte die Klägerin mit ihrem Ehemann geltend, sie hätten seit 1994 bis September 1999 keinerlei Kindergeld bezogen, "obwohl ich seit ich in Deutschland bin einer festen Arbeit nachgegangen bin". Ein Mitarbeiter der Beklagten habe empfohlen, nochmals einen Antrag zu stellen, was mit dem Schreiben geschehe. Eine andere Familie aus ihrem Bekanntenkreis habe gemäß § 74 EStG i.V.m.

§§103,104 SGB X rückwirkend Kindergeldzahlungen erhalten. Sie hätten nur für die Zeit das Geld an das Sozialamt zurückzahlen müssen.

Diesem Schreiben beigelegt waren die Einkommensteuerbescheide der Jahre 1992 bis 1997, in denen die Klägerin zusammen mit ihrem Ehemann veranlagt wurde. Aus den Bescheiden ergibt sich, dass der Ehemann der Klägerin Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit erzielt hat. Einkünfte der Klägerin sind in keinem der Bescheide aufgeführt. 13

Mit Bescheid vom 21. November 2005 lehnte die Beklagte die Festsetzung des Kindergelds zugunsten der Klägerin für den Zeitraum vor September 1999 ab und führte hierzu aus, eine rückwirkende Festsetzung könne nicht mehr erfolgen, weil die Festsetzungsfrist abgelaufen sei. Deswegen seien Kindergeldansprüche vor Januar 2001 verjährt. 14

Hiergegen legte die Klägerin am 16. Dezember 2005 Einspruch ein, den die Beklagte mit Einspruchsentscheidung vom 9. August 2006 als unbegründet zurückwies. Zur Begründung berief sich die Beklagte wiederum auf den Ablauf der Festsetzungsfrist. 15

Die Klägerin hat am 21. August 2006 die vorliegende Klage erhoben. 16

Sie macht geltend, sie habe einen Antrag auf Zahlung von Kindergeld gestellt, nachdem sie eine Aufenthaltserlaubnis erlangt habe. Diesem Antrag sei für die Zeit ab September 1999 entsprochen worden. Von Landsleuten, die in derselben tatsächlichen Situation gewesen seien, habe sie jedoch erfahren, dass das Kindergeld auch rückwirkend bewilligt worden sei. Dies habe sie der Beklagten vorgetragen, die ihr dann geraten habe, nochmals einen Antrag auf Gewährung von Kindergeld in Ergänzung des Antrags vom September 1999 zu stellen. Der Antrag auf Gewährung von Kindergeld vom September 1999 für die rückwirkende Zeit davor sei bisher niemals beschieden worden. 17

Sie und ihr Ehemann seien in der Zeit bis September 1999 Inhaber von Aufenthaltsgestattungen gewesen. Ihr Ehemann habe selbst einen Antrag auf Zahlung des Kindergelds gestellt, der noch nicht beschieden sei. 18

Die Klägerin beantragt, 19

unter Aufhebung des Bescheids der Beklagten vom 21. November 2005 in Form der Einspruchsentscheidung vom 9. August 2006 ihr für ihre Kinder nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen Kindergeld zu gewähren. 20

Die Beklagte beantragt, 21

die Klage abzuweisen. 22

Sie macht geltend, nachdem das Kindergeldrecht erst zum 1. Januar 1996 in das Einkommensteuergesetz überführt worden sei, könne Streitgegenstand vorliegend nur der Zeitraum ab Januar 1996 bis August 1999 sein. Für die Zeiträume davor müsse die Klägerin einen Antrag nach dem sozialrechtlichen Bundeskindergeldgesetz stellen und ggf. ihre Rechte vor dem Sozialgericht verfolgen. 23

In der Sache gelte, dass über den Anspruch der Klägerin für die Zeit von Januar 1996 bis August 1999 noch nicht entschieden worden sei; deswegen gälten die zum 1. Januar 2007 in Kraft getretenen neuen Regelungen zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld. Daher müsse vorrangig die Frage geklärt werden, welchen Aufenthaltstitel die Klägerin für den streitigen Zeitraum innehatte. Nach dem bisherigen Vortrag der Klägerin 24

bierte die Klage keine Aussicht auf Erfolg. Dies gelte auch in Ansehung der Regelungen des deutsch-jugoslawischen Sozialabkommens, weil die Klägerin nach den eingereichten Einkommensteuerbescheiden nicht erwerbstätig gewesen sei.

Das Gericht hat die Ausländerakte beigezogen; sie war Gegenstand des Verfahrens. 25

Die Beteiligten haben auf die Durchführung der mündlichen Verhandlung verzichtet. 26

Entscheidungsgründe 27

1. 28

Der Senat entscheidet mit Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung (§ 90 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung - FGO -). 29

2. 30

Die Klage ist unbegründet. 31

Der Bescheid der Beklagten vom 21. November 2005, mit dem sie den Anspruch der Klägerin auf Gewährung von Kindergeld für ihre Kinder für die Zeit vor September 1999 abgelehnt hat und die hierzu ergangene Einspruchsentscheidung sind rechtmäßig und verletzen die Klägerin nicht in ihren Rechten (vergl. § 101 Satz 1 FGO). 32

a. 33

Nach der ursprünglich für den streitigen Zeitraum geltenden Regelung des § 62 Abs. 2 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes - EStG - i.d.F. des Jahressteuergesetzes 1996 hing der Anspruch eines Ausländers auf Kindergeld davon ab, dass er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis war. Eine Aufenthaltsbewilligung, Aufenthaltsbefugnis oder eine Duldung reichte nicht aus. 34

Diese Regelung hielt das Bundesverfassungsgericht - BVerfG - für die wortgleiche Regelung in § 1 Abs. 3 des Bundeskindergeldgesetzes insoweit für unvereinbar mit Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes — GG —, als die Gewährung von Kindergeld von der Art des Aufenthaltstitels abhing. Die Zielsetzung der Vorschrift, Familienleistungen nur für ausländische Staatsangehörige vorzusehen, die sich voraussichtlich auf Dauer in der Bundesrepublik aufhalten, hat das BVerfG nicht beanstandet. Es hat lediglich die Unterscheidung nach den Aufenthaltstiteln für ungeeignet gehalten, dieses Ziel zu erreichen (vergl. dazu BFH-Urteil vom 15. März 2007 III R 93/03, BFH/NV 2007, 1234 m.w.N. auf Beschluss des BVerfG vom 6. Juli 2004 1 BvL 4/97, BVerfGE 111, 160). 35

§ 62 Abs. 2 EStG ist deshalb durch Art. 2 des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13. Dezember 2006 (BGBl I 2006, 2915, BStBl I 2007, 62) neu gefasst worden. Die neue Regelung ist mit Wirkung vom 1. Januar 2006 in Kraft getreten und erfasst alle Sachverhalte, bei denen - wie hier - das Kindergeld noch nicht bestandskräftig festgesetzt worden ist (§ 52 Abs. 61a Satz 2 EStG). Die deswegen hier anzuwendende Neuregelung hat folgenden Wortlaut: 36

(1) Für Kinder im Sinne des § 63 hat Anspruch auf Kindergeld nach diesem Gesetz, wer 37

1. im Inland einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder 38

39

2. ohne Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland	
a) nach § 1 Abs. 2 unbeschränkt einkommensteuerpflichtig ist oder	40
b) nach § 1 Abs. 3 als unbeschränkt einkommensteuerpflichtig behandelt wird.	41
(2) Ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer erhält Kindergeld nur, wenn er	42
1. eine Niederlassungserlaubnis besitzt	43
2. eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat, es sei denn, die Aufenthaltserlaubnis wurde	44
a) nach § 16 oder 17 Aufenthaltsgesetz erteilt,	45
b) nach § 18 Abs. 2 des Aufenthaltsgesetzes erteilt und die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit darf nach der Beschäftigungsverordnung nur für einen bestimmten Höchstzeitraum erteilt werden,	46
c) nach § 23 Abs. 1 des Aufenthaltsgesetzes wegen eines Krieges in seinem Heimatland oder nach den §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 des Aufenthaltsgesetzes erteilt	47
oder	48
3. eine in Nummer 2 Buchstabe c genannte Aufenthaltserlaubnis besitzt und	49
a) sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und	50
b) im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt.	51
Da § 62 Abs. 2 EStG an die Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz - AufenthG - anknüpft, ist bei vor dem 1. Januar 2005 verwirklichten Sachverhalten zu klären, inwieweit die Aufenthaltsrechte nach dem Ausländergesetz 1990 - AuslG - den in § 62 Abs. 2 EStG genannten Aufenthaltstiteln entsprechen. Anhaltspunkte hierfür ergeben sich aus den §§ 101 ff. AufenthG, welche die Fortgeltung bisheriger Aufenthaltsrechte regeln. Es ist zu prüfen, in welcher Form die im streitbefangenen Zeitraum vorhandenen Aufenthaltsrechte nach den §§ 101 ff. AufenthG fortgelten würden bzw. fortgegolten hätten und ob sie zu den Aufenthaltstiteln gehören, die nach § 62 Abs. 2 EStG Voraussetzung für den Bezug von Kindergeld sind (vergl. zur Gesetzesentwicklung und zur Notwendigkeit der Prüfung, ob und inwieweit sich die Aufenthaltstitel entsprechen: BFH-Urteil vom 15. März 2007 III R 93/03, BFH/NV 2007, 1234).	52
Ausgehend von dieser Gesetzeslage steht der Klägerin für die hier streitigen Zeiträume kein Kindergeldanspruch zu, weil sie für diese Zeiträume keinen qualifizierten Aufenthaltstitel gemäß § 62 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 EStG innehatte. Denn sie besaß in dieser Zeit lediglich eine Aufenthaltsgestattung zur Durchführung des Asylverfahrens.	53
Bei der Aufenthaltsgestattung nach § 63 des Asylverfahrensgesetzes - AsylVfG - handelt es sich nicht um eine Aufenthaltserlaubnis i. S. von § 62 Abs. 2 Nr. 2 EStG, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt. Die Gestattung nach § 63 AsylVfG dient vielmehr lediglich dazu, den Aufenthalt des Ausländers bis zum Abschluss des Asylverfahrens zu legalisieren.	54

Ein Aufenthaltstitel soll ihm dadurch nicht eingeräumt werden. Dementsprechend war der Klägerin während der Zeit, in der sie nur über eine Bescheinigung nach § 63 AsylVfG verfügte, eine selbständige Erwerbstätigkeit oder eine vergleichbare unselbständige Tätigkeit nicht gestattet. Eine Arbeitsaufnahme war ihr nur mit gültiger Arbeitserlaubnis gestattet. Die Aufenthaltsgestattung stellt sich damit als lediglich flankierende Maßnahme zur Durchführung des Asylverfahrens, nicht aber als Aufenthaltstitel dar. Deswegen findet die Aufenthaltsgestattung nach § 63 AsylVfG in § 62 Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe c EStG auch keine Erwähnung (ebenso Finanzgericht Düsseldorf, Urteile vom 23. Januar 2007 10 K 5107/05 Kg, EFG 2007, 600 - Revision hierzu beim BFH anhängig unter Az.: III R 13/07 - ; vom 22. Dezember 2008 10 K 30/08 Kg, Juris).

b. 55

Liegen bei der Klägerin deshalb die Voraussetzungen des § 62 EStG in der Neufassung nicht vor, kann sie einen Kindergeldanspruch für den streitigen Zeitraum auch nicht aus der Verfassungswidrigkeit der Neuregelung des § 62 EStG herleiten. Das Gericht folgt insoweit der Rechtsprechung des BFH und der Finanzgerichte, wonach die Neuregelung verfassungskonform ist (BFH-Urteile vom 15. März 2007 III R 93/03, BFH/NV 2007, 1234; vom 12. November 2007 III R 61/04, BFH/NV 2008, 769; FG Köln, Urteil vom 14. Juni 2007 15 K 4522/05, Juris; FG Münster, Urteil vom 1. Dezember 2008 5 K 4329/03, StE 2009, 89).

Die Neuregelung ist - soweit sie dazu führt, dass im Inland lediglich geduldete Ausländer keinen Kindergeldanspruch haben - insbesondere mit Artikel 3 GG vereinbar, weil für die vom Gesetzgeber vorgenommene Differenzierung zwischen Ausländern mit den in § 62 Abs. 2 EStG genannten Aufenthaltstiteln und Ausländern, die lediglich geduldet sind, hinreichende sachliche Gründe bestehen. Während nämlich die herkömmlichen Aufenthaltstitel i.S. des AuslG bzw. des AufenthG einen rechtmäßigen Aufenthalt in der Bundesrepublik begründen, die regelmäßig als Vorstufe eines Daueraufenthalts anzusehen sind, gilt dies bei einer bloßen Duldung nicht (BFH-Urteil vom 15. März 2007 III R 93/03, BFH/NV 2007, 1234). 57

Entsprechend dieser als verfassungskonform anzusehenden Grundüberlegung des Gesetzgebers ist es deshalb auch nicht zu beanstanden, wenn neben den lediglich im Inland geduldeten Ausländern der Personenkreis, der lediglich über eine Aufenthaltsgestattung zur Durchführung des Asylverfahrens verfügt, ebenfalls vom Bezug des Kindergeld ausgeschlossen wird. Denn für Personen, deren Aufenthalt nur zum Zwecke der Durchführung eines Asylverfahrens gestattet ist, widerspräche es dem vorläufigen Charakter der Aufenthaltsgestattung nach § 63 AsylVfG, von einem voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt des Ausländers im Bundesgebiet auszugehen. Entsprechend sieht § 63 Abs. 2 Satz 1 AsylVfG vor, dass die Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung zu befristen ist. 58

Nach Auffassung des Senats gilt dies auch in den Fällen, in denen – wie hier – nach jahrelangem Aufenthalt in Deutschland der Asylbewerber letztlich anerkannt und schließlich eingebürgert wird. Zwar ist nicht zu verkennen, dass bei einem letztendlich anerkannten Asylbewerber die Gründe für die Gewährung des Asyls regelmäßig bereits bei der Einreise nach Deutschland vorgelegen haben, so dass er materiell-rechtlich bereits vom Beginn des Aufenthalts im Inland an einen Anspruch auf Gewährung von Asyl und der Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis besaß. Allerdings würde eine solche Sicht der Dinge eine Rückbeziehung der schlussendlich eingetretenen Umstände (Erfolg des Asylantrags) auf Zeiträume vor der Anerkennung des Asylbewerbers bedeuten, die jedenfalls für Zwecke der Gewährung des Kindergelds nicht angezeigt ist (ebenso: FG Münster, Urteil vom 1. Dezember 2008, 5 K 4329/03 Kg, EFG 2009, 495; FG München, Urteil vom 25.06.2008 9 K 3238/06, Juris). Denn das Kindergeld wird als Steuervergütung monatlich bezahlt (§ 31 Satz 59

3 EStG); das bedingt, dass für jeden Monat, für den das Kindergeld beansprucht wird, eine Prüfung zu erfolgen hat, ob von einem voraussichtlich dauerhaften Aufenthalt des Asylbewerbers in Deutschland auszugehen ist. Dies ist vor der Anerkennung des Asylbewerbes aber regelmäßig nicht der Fall, weil sich in diesem Zeitraum der Ausgang eines Asylverfahrens nicht absehen lässt. Deswegen ist es nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber für die Gewährung des Kindergelds nach wie vor auf den Aufenthaltsstatus des Ausländers abstellt und die Aufenthaltsgestattung zur Durchführung des Asylverfahrens nicht ausreichen lässt.

Zudem konnte der Gesetzgeber bei den danach nicht kindergeldberechtigten Asylbewerbern davon ausgehen, dass das Existenzminimum ihrer Kinder durch Sozialhilfeleistungen oder Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz im ausreichendem Maße gewährleistet ist (vergl. zu den beiden letztgenannten Gesichtspunkten ebenso: FG Düsseldorf, Urteil vom 22. Dezember 2008 10 K 30/08 Kg, Juris). 60

3. 61

Der Klägerin steht für den hier streitigen Zeitraum auch kein Kindergeld gemäß dem deutsch-jugoslawischen Sozialabkommen zu. Denn dies setzt die Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin voraus (vergl. Hessisches FG, Urteil vom 28. April 2003 3 K 3546/01, EFG 2004, 912 und nachfolgend das bestätigende Urteil des BFH vom 12. November 2007 III R 61/04, BFH/NV 2008, 769). Dass die Klägerin im streitigen Zeitraum diese Voraussetzung nicht erfüllte, ergibt sich aus den zur Akte gereichten Einkommensteuerbescheiden, ausweislich derer zwar ihr Ehemann, nicht aber die Klägerin selbst Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit erzielte. Dass die Klägerin nach dem deutsch—jugoslawischen Sozialabkommen anspruchsberechtigt wäre, hat die Klägerin auch nicht geltend gemacht. Das Gericht sieht deshalb zu diesen Punkt von weiteren Ausführungen ab. 62

4. 63

Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO. 64

5. 65

Das Gericht hat die Revision gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO zur Klärung der grundsätzlich bedeutsamen Frage zugelassen, ob der Ausschluss der Asylbewerber vom Bezug von Kindergeld für die Dauer des Asylverfahrens mit verfassungsrechtlichen Anforderung vereinbar ist. 66