

# Urteil vom 28. April 2010, III R 1/08

## Kindergeld für nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer

BFH III. Senat

AufenthG § 2 Abs 3 S 2, AufenthG § 5 Abs 1 Nr 1, AufenthG § 25 Abs 5, AufenthG § 28, BErzGG § 1 Abs 6, BErzGG § 8 Abs 1, EStG § 52 Abs 61a S 2, EStG § 62 Abs 2, FGO § 74, GG Art 3 Abs 1, GG Art 100 Abs 1, SGB 10 § 104, SozSichAbk YUG Art 28 Abs 1

vorgehend FG Düsseldorf, 08. November 2007, Az: 18 K 1580/06 Kg

## Leitsätze

Trotz der zu § 1 Abs. 6 BErzGG ergangenen Vorlagebeschlüsse des BSG vom 3. Dezember 2009 B 10 EG 5/08 R, B 10 EG 6/08 R und B 10 EG 7/08 R ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, dass der Kindergeldanspruch nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer, die im Besitz bestimmter Aufenthaltstitel sind, nach § 62 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c EStG n.F. von der Integration in den deutschen Arbeitsmarkt abhängt (Festhalten am Senatsurteil vom 22. November 2007 III R 54/02, BFHE 220, 45, BStBl II 2009, 913) .

## Tatbestand

- 1** I. Die aus dem ehemaligen Jugoslawien stammende Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) reiste im November 2000 im Alter von 18 Jahren in die Bundesrepublik Deutschland (Bundesrepublik) ein, um zu ihrem 16 Jahre alten Verlobten A zu ziehen. Zunächst war sie ausländerrechtlich geduldet. In der Folgezeit brachte sie zwei Kinder zur Welt. Nachdem der mazedonische Einwanderer E, der im Besitz einer Niederlassungserlaubnis war, die Vaterschaft für ein drittes, im Juni 2005 geborenes Kind anerkannt hatte, erhielt dieses die deutsche Staatsbürgerschaft. Der Unterhalt der Klägerin und ihrer Kinder war durch Sozialleistungen der Stadt D sichergestellt. Die Ausländerbehörde erteilte der Klägerin im Dezember 2005 eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG). Die Klägerin beantragte noch im gleichen Monat Kindergeld für ihre drei Kinder. Die Beklagte und Revisionsbeklagte (Familienkasse) lehnte den Antrag ab. Der Einspruch der Klägerin hatte keinen Erfolg.
- 2** Das Finanzgericht (FG) wies die Klage durch Urteil vom 9. November 2007 18 K 1580/06 Kg (Entscheidungen der Finanzgerichte 2008, 388) ab. Es führte im Wesentlichen aus, die Beschränkung der Kindergeldberechtigung von Ausländern nach § 62 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) i.d.F. des Art. 2 des Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss --AusAnsprG-- vom 13. Dezember 2006 (BGBl I 2006, 2915, BStBl I 2007, 62) führe im Streitfall nicht zu einem verfassungswidrigen Ergebnis, da der Lebensunterhalt der Klägerin und ihrer Kinder durch Sozialleistungen gesichert gewesen sei.
- 3** Zur Begründung der Revision trägt die Klägerin vor, es verstoße gegen den Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG), wenn Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG keinen Anspruch auf Kindergeld hätten, wohl aber solche mit einer Erlaubnis nach § 28 Abs. 1 AufenthG. Gleichheitswidrig sei auch, dass das Kindergeld für Kinder mit deutscher Staatsangehörigkeit vom Aufenthaltstitel der Mutter abhängt. Als Mutter eines deutschen Kindes habe sie, die Klägerin, Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG gehabt. Sie sei als Angehörige des Volkes der Roma aus dem ehemaligen Jugoslawien geflohen, weil sie dort diskriminiert worden sei. Nur wegen einer Ausweisungsverfügung habe sie lediglich eine Erlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG erhalten. Dies sei auf die fehlerhafte Beratung durch die Ausländerbehörde zurückzuführen, die ihr Begehren nicht als Asylantrag aufgefasst und deshalb eine Duldung ausgesprochen habe. Die Art der Aufenthaltserlaubnis sei kein geeignetes Kriterium für die Kindergeldberechtigung.
- 4** Die Klägerin beantragt, das angefochtene Urteil, den Ablehnungsbescheid vom 28. Dezember 2005 sowie die dazu ergangene Einspruchsentscheidung vom 13. März 2006 aufzuheben und die Familienkasse zu verpflichten,

Kindergeld für drei Kinder ab Dezember 2005 zu gewähren.

- 5 Die Familienkasse beantragt, die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

## Entscheidungsgründe

- 6 II. Die Revision ist unbegründet und wird zurückgewiesen (§ 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--). Die Klägerin hat für den streitigen Zeitraum keinen Anspruch auf Kindergeld.
- 7 1. Die Neuregelung der Kindergeldberechtigung nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer in § 62 Abs. 2 EStG n.F. ist mit Wirkung vom 1. Januar 2006 in Kraft getreten und erfasst gemäß § 52 Abs. 61a Satz 2 EStG alle Sachverhalte, bei denen das Kindergeld noch nicht bestandskräftig festgesetzt worden ist. Die Gesetzesänderung war eine Reaktion auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 6. Juli 2004 1 BvL 4/97 (BVerfGE 111, 160, BFH/NV 2005, Beilage 2, 114), in dem dieses § 1 Abs. 3 des Bundeskindergeldgesetzes i.d.F. des Ersten Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms vom 21. Dezember 1993 (BGBl I 1993, 2353) als insoweit unvereinbar mit Art. 3 Abs. 1 GG ansah, als die Gewährung von Kindergeld allein von der Art der ausländerrechtlichen Aufenthaltsgenehmigung nach dem Ausländergesetz 1990 abhing. Das Gesetz stellt in § 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG n.F. nunmehr auf die Integration nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer in den deutschen Arbeitsmarkt ab. Damit ist der Gesetzgeber den Vorgaben des BVerfG nachgekommen, das beanstandet hatte, dass die frühere Regelung nur ausländische Eltern benachteiligte, die legal in der Bundesrepublik lebten und bereits in den Arbeitsmarkt integriert waren (s. BVerfG-Beschluss in BVerfGE 111, 160, BFH/NV 2005, Beilage 2, 114, unter B.III.4.).
- 8 2. Der Senat hat mit Urteilen vom 15. März 2007 III R 93/03 (BFHE 217, 443, BStBl II 2009, 905) sowie vom 22. November 2007 III R 54/02 (BFHE 220, 45, BStBl II 2009, 913) entschieden, dass der Gesetzgeber bei der Neuregelung der Kindergeldberechtigung in § 62 Abs. 2 EStG n.F. im Rahmen des ihm zustehenden Gestaltungsspielraums handelte, als er die Kindergeldberechtigung von Ausländern vom Besitz bestimmter Aufenthaltstitel nach dem AufenthG abhängig machte und bei einzelnen Titeln, die einen schwächeren aufenthaltsrechtlichen Status vermitteln, darüber hinaus von einem mindestens dreijährigen rechtmäßigen, gestatteten oder geduldeten Aufenthalt im Bundesgebiet sowie von einer berechtigten Erwerbstätigkeit, vom Bezug laufender Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) oder von der Inanspruchnahme von Elternzeit (§ 62 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c, Nr. 3 EStG n.F.). An den Grundsätzen dieser Urteile hält der Senat fest.
- 9 3. Die Vorlagebeschlüsse des Bundessozialgerichts (BSG) nach Art. 100 Abs. 1 GG vom 3. Dezember 2009 B 10 EG 5/08 R, B 10 EG 6/08 R sowie B 10 EG 7/08 R (juris), die zur wortgleichen Regelung der Berechtigung von Ausländern zur Inanspruchnahme von Erziehungsgeld nach § 1 Abs. 6 des Gesetzes zum Erziehungsgeld und zur Elternzeit (BErzGG) i.d.F. des AuslAnsprG ergangen sind, begründen keine Zweifel an der Verfassungskonformität des § 62 Abs. 2 EStG n.F.
- 10 a) Das BSG hat verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich des Ausschlusses der Anspruchsberechtigung von Ausländern sowohl in Fällen, in denen die aktuelle Einbindung in den Arbeitsmarkt während der für das Erziehungsgeld in Betracht kommenden Bezugszeit wegfällt oder schon vorher weggefallen ist, als auch dann, wenn nur der Ehepartner des Ausländers nach Maßgabe der gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen aktuell in den Arbeitsmarkt integriert ist. Darüber hinaus ist nach Meinung des BSG die "Voraussetzung des aktuellen Bezugs des Ausländers zum Arbeitsmarkt auch nicht als verfassungsrechtlich zulässige Typisierung gerechtfertigt". Der Gesetzgeber habe nicht typischerweise all jene Ausländer erfasst, denen trotz eines ursprünglich nur als vorübergehend vorgesehenen Aufenthalts eine "günstige" Daueraufenthaltsprognose gestellt werden könne. Der "aktuelle Bezug zum Arbeitsmarkt" sei zwar ein möglicher, jedoch "ein zu eng begrenzter Faktor".
- 11 b) Die vom BSG vorgebrachten Bedenken gegen § 1 Abs. 6 BErzGG kommen im steuerrechtlichen Kindergeld nicht zum Tragen, da das Kindergeld, anders als das Erziehungsgeld (s. § 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG), als Einkommen auf Sozialleistungen angerechnet wird. Die Anrechnung des Kindergeldes ist verfassungsgemäß (vgl. BVerfG-Beschluss vom 11. März 2010 1 BvR 3163/09, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2010, 800, zu Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch --SGB II--). Nicht in den Arbeitsmarkt integrierte Ausländer, die nach § 62 Abs. 2 EStG n.F. keinen Anspruch auf Kindergeld haben, erhalten typischerweise Sozialleistungen, deren Höhe sich u.a. nach der Anzahl der im gemeinsamen Haushalt lebenden Kinder richtet. Solchen Ausländern entsteht durch die Beschränkung der Kindergeldberechtigung in § 62 Abs. 2 EStG n.F. typischerweise kein finanzieller Nachteil, der zu einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG führen könnte. Ausländern, die Anspruch auf Kindergeld haben und die

darüber hinaus Sozialleistungen beziehen, wird das Kindergeld entweder als Einkommen des anspruchsberechtigten Elternteils oder als Einkommen des minderjährigen Kindes (vgl. § 11 Abs. 1 Satz 3 SGB II, § 82 Abs. 1 Satz 2 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch) auf die Sozialleistungen angerechnet oder auf Antrag nach § 74 Abs. 2 EStG i.V.m. § 104 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch an den Sozialleistungsträger erstattet oder nach § 74 Abs. 1 Satz 4 EStG an ihn abgezweigt. Eine Ausweitung der Kindergeldberechtigung nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer, die ihren Unterhalt mit Sozialleistungen bestreiten, brächte für diese somit in der Regel keine finanziellen Vorteile. Selbst wenn das BVerfG auf die Vorlagebeschlüsse des BSG hin § 1 Abs. 6 BErzGG als verfassungswidrig ansehen und der Gesetzgeber zu einer Neuregelung für die Vergangenheit gezwungen sein sollte, hätte dieser keinen Anlass, die Voraussetzungen für die Kindergeldberechtigung nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer nach § 62 Abs. 2 EStG zu ändern. Es besteht somit auch kein Grund, das vorliegende Verfahren entsprechend § 74 FGO auszusetzen und die Entscheidung des BVerfG über die Vorlagebeschlüsse des BSG abzuwarten.

- 12** 4. Auch der vom BVerfG im Beschluss in BVerfGE 111, 160, BFH/NV 2005, Beilage 2, 114 angeführte Gesichtspunkt, dass der Wegfall von Kindergeld und die Inanspruchnahme (ergänzender) Sozialhilfe die Chancen von Ausländern verringern könnte, ihren Aufenthaltsstatus zu verbessern, begründet keine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 62 Abs. 2 EStG n.F. Nach dem ab 2005 geltenden Aufenthaltsrecht setzt die Erteilung eines Aufenthaltstitels in der Regel voraus, dass der Lebensunterhalt gesichert ist (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG). Dabei ist auch zu prüfen, ob ein Ausländer nach Erteilung eines bestimmten Titels Kindergeld erhält (s. § 2 Abs. 3 Satz 2 AufenthG). Der bisherige Bezug von Sozialhilfe ist somit kein Grund, die Erteilung eines Aufenthaltstitels abzulehnen, wenn ein Ausländer mit Hilfe des Kindergeldes sowie seines Erwerbseinkommens den Unterhalt für seine Familie bestreiten kann. Nach den bindenden Feststellungen des FG (§ 118 Abs. 2 FGO) entspricht diese Vorgehensweise bei der Prüfung der Erteilungsvoraussetzung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG der Praxis der Ausländerbehörden.
- 13** 5. Die Klägerin hatte im streitigen Zeitraum lediglich eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG. Dieser Aufenthaltstitel berechtigt nach § 62 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c i.V.m. Nr. 3 Buchst. a und b EStG n.F. nur dann zum Bezug von Kindergeld, wenn sich der Ausländer seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und darüber hinaus im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem SGB III bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt. Diese Voraussetzungen erfüllte die Klägerin nicht. Der Umstand, dass sie nach ihrem Vortrag Kindergeld hätte beanspruchen können, wenn die Ausländerbehörde sie anders beraten hätte, muss hierbei außer Betracht bleiben, da 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 (s. Beschlüsse des Bundesfinanzhofs vom 18. Dezember 1998 VI B 221/98, BFHE 187, 562, BStBl II 1999, 140, und vom 18. Februar 2009 III B 132/08, BFH/NV 2009, 922).
- 14** 6. Schließlich kann die Klägerin auch aus dem Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien über Soziale Sicherheit vom 12. Oktober 1968 (BGBl II 1969, 1438) i.d.F. des Änderungsabkommens vom 30. September 1974 (BGBl II 1975, 390) keinen Anspruch auf Kindergeld herleiten. Nach Art. 28 Abs. 1 dieses Abkommens können Personen Kindergeld beanspruchen, die in der Bundesrepublik beschäftigt sind und den in der Bundesrepublik geltenden Rechtsvorschriften unterliegen oder nach Beendigung ihres Beschäftigungsverhältnisses Geldleistungen aus der Krankenversicherung wegen vorübergehender Arbeitsunfähigkeit oder Leistungen der Arbeitslosenversicherung beziehen. Diese Voraussetzungen sind im Streitfall nicht gegeben. Beschäftigte Personen im Sinne dieses Abkommens sind nur Arbeitnehmer (Senatsurteil in BFHE 217, 443, BStBl II 2009, 905), nicht aber Personen, die --wie die Klägerin-- ihren Unterhalt mit Sozialleistungen bestreiten.

Quelle: [www.bundesfinanzhof.de](http://www.bundesfinanzhof.de)