

# Beschluss vom 19. Januar 2011, III S 44/09 (PKH)

## Kein Kindergeld für Ausländer aufgrund der Europäischen Menschenrechtskonvention und der sog. Qualifikationsrichtlinie - hinreichende Aussicht auf Erfolg der beabsichtigten Rechtsverfolgung

BFH III. Senat

AufenthG § 25 Abs 3, EGRL 83/2004 Art 28, MRK Art 8, EStG § 62 Abs 2, ZPO § 114 S 1, FGO § 142, FGO § 115 Abs 2 Nr 1, BErzGG § 1 Abs 6

### Leitsätze

NV: Die vom BSG mit Vorlagebeschlüssen vom 3.12.2009 B 10 EG 5/08 R, B 10 EG 6/08 R sowie B 10 EG 7/08 R vorgebrachten Bedenken gegen § 1 Abs. 6 BErzGG kommen beim steuerrechtlichen Kindergeld nicht zum Tragen.

### Tatbestand

- 1** I. Die Klägerin, Revisionsklägerin und Antragstellerin (Klägerin) begehrt die Bewilligung von Prozesskostenhilfe (PKH) und die Beiordnung des Rechtsanwalts R für ihre Revision beim Bundesfinanzhof (BFH) wegen Kindergeld, die das Finanzgericht (FG) zugelassen hat.
- 2** Die aus Äthiopien stammende Klägerin lebt seit Juni 2003 mit ihrem Sohn in der Bundesrepublik Deutschland, seit November 2007 ist sie im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG). Sie bezog zunächst Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz, ab November 2007 bis Januar 2008 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) und ab Februar 2008 laufende Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII). Nach einem amtsärztlichen Gutachten vom Dezember 2007 ist die Klägerin auf Dauer erwerbsunfähig; eine Nachuntersuchung wurde erst nach Ablauf von 18 Monaten empfohlen. Die Beklagte und Revisionsbeklagte (Familienkasse) lehnte den Antrag der Klägerin auf Kindergeld mit Bescheid vom 7. Januar 2008 ab, da die Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) nicht erfüllt seien. Der Einspruch blieb ohne Erfolg.
- 3** Das FG wies die wegen Kindergeld von Oktober 2007 bis Juni 2008 erhobene Klage ab. Es führte u.a. aus, nach der Rechtsprechung des BFH (Senatsurteil vom 22. November 2007 III R 54/02, BFHE 220, 45, BStBl II 2009, 913) sei die Regelung des § 62 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c, Nr. 3 EStG verfassungsgemäß, auch soweit sie auf nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern zur Anwendung komme, die erwerbsunfähig sind. Ein Anspruch auf Kindergeld ergebe sich auch nicht aus Art. 28 der Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 304, 12) --Qualifikationsrichtlinie--, da das Kindergeld keine Sozialhilfeleistung im Sinne der Qualifikationsrichtlinie sei.
- 4** Im Revisionsverfahren, für das die Klägerin PKH begehrt, macht sie im Wesentlichen geltend, es sei eine verfassungskonforme Auslegung des § 62 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c, Nr. 3 EStG geboten. Unter der Fallgruppe derjenigen Menschen, die eine humanitäre Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1, § 23a, § 24, § 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG erhalten haben, gebe es eine Vielzahl solcher, bei denen der Grund für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis besondere individuelle Umstände gewesen seien, die gleichzeitig eine Erwerbstätigkeit ausschließen wie etwa eine schwere Erkrankung oder Behinderung, hohes Alter oder Minderjährigkeit. Bei den Betroffenen sei die fehlende Erwerbstätigkeit kein Indiz für eine mangelhafte Integration. Zwar habe der Gesetzgeber durchaus zu Recht die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit als ein Indiz für einen Daueraufenthalt formuliert, dies rechtfertige jedoch nicht den Ausschluss oder die Nichtberücksichtigung anderer Indizien. Zudem dürfe die Klägerin nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 des Grundgesetzes (GG) nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligt werden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) habe in der Sache 59140/00, Okpisz/Deutschland, durch Urteil vom 25. Oktober 2005 (BFH/NV 2006, Beilage 3, 357) entschieden, dass die unterschiedliche

Behandlung von Ausländern mit dauerhafter Aufenthaltsberechtigung und Ausländern ohne eine solche bei der Gewährung von Kindergeld gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 14 i.V.m. Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verstoße.

## Entscheidungsgründe

- 5** II. Der Antrag auf Bewilligung von PKH und Beordnung eines Rechtsvertreters wird abgelehnt.
- 6** 1. Nach § 142 der Finanzgerichtsordnung (FGO) i.V.m. § 114 Satz 1 der Zivilprozessordnung erhält eine Partei, die nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann, auf Antrag PKH, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint.
- 7** 2. Der Antrag ist abzulehnen, weil das Revisionsverfahren keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet.
- 8** a) Eine hinreichende Aussicht auf Erfolg besteht nicht bereits deshalb, weil das FG die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zugelassen hat. Denn dieser Zulassungsgrund enthält keine Aussage darüber, ob das Rechtsmittel erfolgreich sein werde, sondern nur darüber, dass ein Interesse der Allgemeinheit an der Klärung einer bestimmten Rechtsfrage bestehe (BFH-Beschlüsse vom 28. Januar 1988 IV S 8/86, BFH/NV 1988, 730; vom 13. Oktober 2005 VII S 46/05 (PKH), BFH/NV 2006, 631).
- 9** b) Nach den den Senat bindenden Feststellungen des FG (vgl. § 118 Abs. 2 FGO) war die Klägerin im Streitzeitraum Oktober 2007 bereits nicht im Besitz eines der in § 62 Abs. 2 EStG angeführten Aufenthaltstitel. Seit November 2007 verfügte sie zwar über eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG. Personen mit einem solchen Aufenthaltstitel haben aber nur dann einen Anspruch auf Kindergeld, wenn sie sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhalten und darüber hinaus dort berechtigt erwerbstätig sind, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) beziehen oder Elternzeit in Anspruch nehmen (§ 62 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c, Nr. 3 EStG). Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall nicht vor.
- 10** Der Senat hat keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diese Beschränkung der Kindergeldberechtigung von Ausländern (s. Urteile vom 15. März 2007 III R 93/03, BFHE 217, 443, BStBl II 2009, 905; in BFHE 220, 45, BStBl II 2009, 913). Die vom Bundessozialgericht mit Vorlagebeschlüssen vom 3. Dezember 2009 B 10 EG 5/08 R, B 10 EG 6/08 R sowie B 10 EG 7/08 R (jeweils juris) vorgebrachten Bedenken gegen § 1 Abs. 6 des Gesetzes zum Erziehungsgeld und zur Elternzeit (BErzGG) kommen beim 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. Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 11. März 2010 1 BvR 3163/09, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2010, 800, zu Leistungen nach dem SGB II). Nicht in den Arbeitsmarkt integrierte Ausländer, die nach § 62 Abs. 2 EStG keinen Anspruch auf Kindergeld haben, erhalten --wie im Streitfall auch die Klägerin-- 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 typischerweise kein finanzieller Nachteil, der zu einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 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 SGB XII) 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 diesen abgezweigt. Eine Ausweitung der Kindergeldberechtigung nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer, die ihren Unterhalt mit Sozialleistungen bestreiten, brächte für diese somit in der Regel keine finanziellen Vorteile (Senatsurteil vom 28. April 2010 III R 1/08, BFHE 229, 262, BStBl II 2010, 980).
- 11** Es ist von Verfassungs wegen nicht geboten, Ausländern, die den Lebensunterhalt ihrer Familien mit Hilfe von Sozialleistungen bestreiten, darüber hinaus Kindergeld zu gewähren. Auch aus Art. 8 EMRK ergibt sich kein derartiger Anspruch (Senatsurteil vom 21. Oktober 2010 III R 4/09, juris). Im Übrigen wurde bereits entschieden, dass § 62 Abs. 2 EStG nicht dem Urteil des EGMR in BFH/NV 2006, Beilage 3, 357 widerspricht (Senatsurteil in BFHE 220, 45, BStBl II 2009, 913) und das Kindergeld nicht zu den Sozialhilfeleistungen i.S. des Art. 28 der Qualifikationsrichtlinie gehört (Senatsbeschluss vom 23. Oktober 2009 III S 72/08 (PKH), BFH/NV 2010, 203).

- 12** 3. Eine Kostenentscheidung ist nicht zu treffen. Gerichtsgebühren entstehen nicht (§ 1 Abs. 2 Nr. 2, § 3 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes in Verbindung mit dem Kostenverzeichnis).

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