

# Urteil vom 22. September 2011, III R 78/08

## Kindergeld: Meldung als Arbeitsuchender - Billigkeitserlass bei Rückforderung

BFH III. Senat

EStG § 32 Abs 4 S 1 Nr 1, SGB 2 § 10 Abs 1 Nr 3, MuSchG § 3 Abs 2, AO § 227

vorgehend FG Münster, 14. Januar 2008, Az: 14 K 5119/06 Kg

## Leitsätze

1. NV: Die Meldung als Arbeitsuchender kann nicht nur bei einer Agentur für Arbeit im Inland, sondern auch bei einer nach dem SGB II für die Grundsicherung für Arbeitsuchende zuständigen Stelle --wie bspw. einer ARGE-- erfolgen.
2. NV: Die kommentarlose Stellung eines Antrags auf ALG II während der Dauer eines Beschäftigungsverbots nach dem MuSchG oder während der ersten drei Jahre nach der Geburt des eigenen Kindes ist keine Arbeitsuchendmeldung gemäß § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EStG. In diesem Fall führt auch der ungekürzte Bezug von ALG II nicht zu einer Berücksichtigung als Kind im Sinne des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EStG.

## Tatbestand

- 1 I. Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) bezog unter anderem für ihre im Juni 1985 geborene Tochter T Kindergeld. T ist seit August 2003 verheiratet und Mutter eines im August 2005 geborenen Sohnes. In der Zeit vom 28. Juni 2005 bis zum 4. Oktober 2005 bestand ein Beschäftigungsverbot nach den Bestimmungen des Mutterschutzgesetzes (MuSchG).
- 2 T beendete im Jahr 2002 ihre Schulausbildung. Im Anschluss an eine berufsvorbereitende Bildungsmaßnahme besuchte sie bis zum 31. Juli 2004 eine Fachhochschule für Sozialpädagogik. Ab dem 24. August 2004 war sie als Arbeitsuchende, in der Zeit vom 26. Januar 2005 bis zum 28. Juni 2005 war sie arbeitslos gemeldet. Ab dem 9. März 2006 war T wieder als Arbeitsuchende, ab dem 14. März 2006 erneut arbeitslos gemeldet.
- 3 Am 28. Januar 2005 beantragte T bei der Arbeitsgemeinschaft für die Grundsicherung Arbeitsuchender (ARGE) in B Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch --SGB II-- (Arbeitslosengeld II --ALG II--/Sozialgeld) in der im Streitzeitraum geltenden Fassung. Am 29. März 2005 schloss sie mit der ARGE eine Eingliederungsvereinbarung, die bis zum 30. September 2005 befristet war und nicht verlängert wurde. U.a. am 8. Juli 2005, 3. Januar 2006 und 27. Februar 2006 stellte T Anträge auf Fortzahlung des ALG II.
- 4 Mit Bescheid vom 22. März 2006 hob die Beklagte und Revisionsbeklagte (Familienkasse) die Festsetzung des Kindergeldes für T für die Zeit von September 2005 bis Februar 2006 gemäß § 70 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes in der im Streitzeitraum geltenden Fassung (EStG) auf und forderte das überzahlte Kindergeld gemäß § 37 Abs. 2 der Abgabenordnung (AO) zurück. Ab März 2006 setzte die Familienkasse weiterhin Kindergeld für T fest, das in voller Höhe an T abgezweigt wurde (§ 74 Abs. 1 Satz 3, § 76 EStG). Der gegen die Aufhebung und Rückforderung gerichtete Einspruch der Klägerin blieb erfolglos (Einspruchsentscheidung vom 20. November 2006).
- 5 Während des anschließenden Klageverfahrens half die Familienkasse der Klage im Hinblick auf das Beschäftigungsverbot nach dem MuSchG durch Änderungsbescheid vom 7. Februar 2007 für die Monate September und Oktober 2005 ab. Das Finanzgericht (FG) wies die Klage ab.
- 6 Seine Entscheidung begründete das FG im Wesentlichen damit, T sei im Streitzeitraum nicht i.S. des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EStG bei einer Agentur für Arbeit gemeldet gewesen. Mit ihren --bei der ARGE gestellten-- Anträgen auf Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II habe sich T nicht arbeitsuchend gemeldet, die Stellung dieser Anträge sei einer solchen Meldung auch nach Sinn und Zweck der Regelung nicht

gleichzustellen. Auch der ungekürzte Bezug von ALG II durch die T führe nicht zum Vorliegen eines Kindergeldanspruchs der Klägerin.

- 7 Mit der Revision rügt die Klägerin die fehlerhafte Anwendung des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EStG durch das FG. Sie ist der Ansicht, da T auf ihren Antrag während des gesamten Streitzeitraums von der ARGE ungekürzte Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II erhalten habe, sei sie einem Kind, das sich formal bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend gemeldet habe, gleichzustellen.
- 8 Die Klägerin beantragt sinngemäß, das angefochtene Urteil, die Bescheide vom 22. März 2006 und vom 7. Februar 2007 sowie die Einspruchsentscheidung vom 20. November 2006 aufzuheben.
- 9 Die Familienkasse beantragt, die Revision zurückzuweisen.
- 10 Die Beteiligten sind mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden (§ 90 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--).

## Entscheidungsgründe

- 11 II. Die Revision ist unbegründet. Sie wird nach § 126 Abs. 2 FGO zurückgewiesen. Das FG hat zutreffend entschieden, dass der Klägerin für den Streitzeitraum (November 2005 bis Februar 2006) kein Kindergeldanspruch für T zusteht.
- 12 1. Gemäß § 62 Abs. 1, § 63 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EStG wird ein Kind, das das 18. Lebensjahr vollendet hat, beim Kindergeld berücksichtigt, wenn es noch nicht das 21. Lebensjahr vollendet hat, nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht und bei einer Agentur für Arbeit im Inland als Arbeitsuchender gemeldet ist.
- 13 a) Seit der Neufassung des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EStG durch Art. 8 Nr. 5 des Zweiten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (BGBl I 2002, 4621, BStBl I 2003, 3) genügt die Meldung als Arbeitsuchender; die übrigen Merkmale der Arbeitslosigkeit i.S. des § 119 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (SGB III), wie Eigenbemühungen und Verfügbarkeit, brauchen nicht mehr nachgewiesen zu werden. Vielmehr unterstellt das Gesetz typisierend, dass die Voraussetzungen der §§ 118 ff. SGB III vorliegen (Senatsurteil vom 19. Juni 2008 III R 68/05, BFHE 222, 349, BStBl II 2009, 1008). Die Arbeitsplatzsuche des Kindes auf eigene Initiative ohne gleichzeitige Beteiligung der Agentur für Arbeit reicht indes nicht aus (Senatsurteil vom 20. November 2008 III R 10/06, BFH/NV 2009, 567).
- 14 b) Die Meldung als Arbeitsuchender kann nicht nur bei einer Agentur für Arbeit im Inland, sondern auch bei einer nach dem SGB II für die Grundsicherung für Arbeitsuchende zuständigen Stelle --wie im Streitfall der ARGE-- erfolgen (Lange/Novak/Sander/Stahl/ Weinhold, Kindergeldrecht, §§ 32, 63 EStG Erl. C.II.1.b Rz 48). Die bis Ende 2010 als gemeinschaftliche Verwaltungseinrichtungen der Bundesagentur für Arbeit und der kommunalen Träger zum Vollzug der Grundsicherung für Arbeitsuchende zulässigen ARGEn (s. Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20. Dezember 2007 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04, BVerfGE 119, 331, BGBl I 2008, 27) nahmen die den Trägern der Grundsicherung für Arbeitsuchende (§ 6 SGB II) obliegenden Aufgaben --wie u.a. die Erbringung von Eingliederungsleistungen des SGB III durch die Agenturen für Arbeit (§ 16 SGB II)-- im eigenen Namen und im Außenverhältnis in eigener Verantwortung wahr (vgl. Berlit in LPK-SGB II, 2. Aufl., § 44b Rz 45).
- 15 c) Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss der durch die Meldung begründete Status als arbeitsuchendes Kind durchgängig bestehen, darf also nicht wieder erloschen sein. Da § 38 Abs. 4 Satz 2 SGB III in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung klarstellt, dass ein einmal an die Agentur für Arbeit gerichtetes Vermittlungsgesuch eines Arbeitsuchenden, der keine Leistungen zum Ersatz des Arbeitsentgelts beansprucht, nicht ausreicht, den Wunsch nach Vermittlung dauerhaft zu dokumentieren (vgl. BTDrucks 11/800, S. 14), hat der Senat entschieden, dass die Meldung des Kindes als arbeitsuchend bei der Arbeitsvermittlung der Agentur für Arbeit nur drei Monate fortwirkt und nach Ablauf dieser Frist erneuert werden muss, da ansonsten der Kindergeldanspruch entfällt (Senatsurteil in BFHE 222, 349, BStBl II 2009, 1008). Verletzt das als arbeitsuchend gemeldete Kind seine Mitwirkungspflichten, kann die Agentur für Arbeit die Vermittlung gemäß § 38 Abs. 2 SGB III (jetzt § 38 Abs. 3 Satz 2 SGB III) auch schon vorher einstellen (vgl. Senatsurteil vom 17. Juli 2008 III R 106/07, BFH/NV 2009, 368 zu dem insoweit vergleichbaren Fall eines ausbildungsuchenden Kindes).
- 16 d) Der Registrierung des arbeitsuchenden Kindes bzw. der daran anknüpfenden Bescheinigung der Agentur für Arbeit kommt keine (echte) Tatbestandswirkung für den Kindergeldanspruch zu. Entscheidend ist vielmehr, ob sich

das Kind im konkreten Fall tatsächlich bei der Arbeitsvermittlung als Arbeitsuchender gemeldet bzw. diese Meldung alle drei Monate erneuert hat (Senatsurteil vom 25. September 2008 III R 91/07, BFHE 223, 354, BStBl II 2010, 47).

- 17** e) Neben der Bescheinigung der Meldung als Arbeitsuchender durch die Agentur für Arbeit dient auch der Nachweis der Arbeitslosigkeit oder des Bezugs von Arbeitslosengeld nach dem SGB III als Nachweis der Meldung als Arbeitsuchender (Lange/Novak/Sander/Stahl/ Weinhold, a.a.O., §§ 32, 63 EStG Erl. C.II.1.a Rz 43 f.; Dienstanweisung zur Durchführung des Familienleistungsausgleichs 63.3.1 Abs. 2 Satz 3, BStBl I 2009, 1033). Der Gesetzgeber bezweckte mit der Streichung des Merkmals "arbeitslos im Sinne des SGB III" in § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EStG zum 1. Januar 2003 lediglich eine Vereinfachung dergestalt, dass sich Kinder ohne Beschäftigung nicht ausschließlich wegen des Anspruchs auf Kindergeld bei der Agentur für Arbeit arbeitslos melden müssen (s. Bericht des federführenden Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Arbeit, BTDrucks 15/91, S. 19, und Gesetzesbegründung, BTDrucks 15/26, S. 29). Ist das Kind arbeitslos gemeldet (§ 118 Abs. 1 Nr. 2, § 122 SGB III) oder erhält es gar Arbeitslosengeld i.S. des SGB III, erfüllt es deshalb stets die Voraussetzungen des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EStG.
- 18** 2. Unter Heranziehung dieser Grundsätze hat das FG den Kindergeldanspruch der Klägerin für den Streitzeitraum zu Recht verneint.
- 19** a) Nachdem T zunächst bis zum 28. Juni 2005 arbeitslos gemeldet war und im Anschluss daran bis zum 4. Oktober 2005 einem Beschäftigungsverbot (§ 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1 MuSchG) unterlag, hat sie sich in der Zeit danach bis Februar 2006 weder bei der Agentur für Arbeit noch bei der für sie als Bezieherin von ALG II zuständigen ARGE arbeitsuchend gemeldet. Entsprechende Meldungen erfolgten erst am 9. und 14. März 2006, woraufhin T wieder als arbeitsuchend und sodann arbeitslos geführt wurde.
- 20** Ob und ggf. unter welchen Umständen in der Beantragung von ALG II möglicherweise zugleich eine Meldung des Hilfeempfängers als arbeitsuchend gesehen werden kann, braucht der Senat hier nicht zu entscheiden. Denn zu Recht hat das FG im Streitfall allein in der Stellung der Anträge auf Fortzahlung des ALG II im Juli 2005, Januar und Februar 2006 keine Arbeitsuchendmeldung der T gesehen. Mit diesen Anträgen brachte T allein zum Ausdruck, dass sie weiterhin Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach Kapitel 3, 2. Abschnitt des SGB II begehrte. Im Juli 2005 unterlag T insbesondere noch einem Beschäftigungsverbot (§ 3 Abs. 2 MuSchG), so dass zu diesem Zeitpunkt die kommentarlose Antragstellung auch bereits deshalb nicht zum Ausdruck bringen konnte, T wolle sich zugleich arbeitsuchend melden. Im Januar und Februar 2006 war T aus Sicht der Behörde die Ausübung einer Arbeit im Hinblick auf § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II nicht zumutbar, so dass auch zu diesem Zeitpunkt die kommentarlose Antragstellung nicht dahin verstanden werden konnte, T sei gleichwohl arbeitsuchend und deshalb entsprechend zu registrieren.
- 21** b) Entgegen der Ansicht der Klägerin ist T einem (formal) arbeitsuchend gemeldeten Kind auch nicht allein deshalb gleichzustellen, weil sie im Streitzeitraum ungekürzte Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts bezogen hat (i. Erg. ebenso Pust in Littmann/ Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, Kommentar, § 32 EStG Rz 321; Lange/Novak/Sander/Stahl/Weinhold, a.a.O., §§ 32, 63 EStG Erl. C.II.1.a Rz 43). Wie aus den Besonderheiten des Streitfalls ersichtlich ist, besagt allein der Bezug von ALG II noch nichts darüber, ob ein erwerbsfähiger Hilfeempfänger tatsächlich bei der Agentur für Arbeit als arbeitsuchend gemeldet ist (vgl. auch Sächsisches FG, Urteil vom 23. September 2010 8 K 1712/09 (Kg), juris). Zwar besteht für einen erwerbsfähigen Hilfeempfänger nach § 2 SGB II grundsätzlich eine Obliegenheit zur Arbeitsuche (vgl. BTDrucks 15/1516, S. 50 f.). Diese beschränkt sich indes von vornherein auf die nach § 10 SGB II zumutbare Arbeit (Berlit in LPK-SGB II, a.a.O., § 2 Rz 20). Da T erst im August 2005 selbst Mutter geworden war, war ihr die Ausübung einer Arbeit im Streitzeitraum nicht ohne weiteres zumutbar (§ 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II). Bei einem Kind unter drei Jahren hat der Träger keine Möglichkeit, Eltern(teile) bzw. Partner zur Arbeit anzuhalten. Vielmehr steht den Eltern(teilen), ggf. in Absprache mit ihren Partnern, die nach Art. 6 Abs. 2 des Grundgesetzes gebotene Entscheidung zu, ob sie im Hinblick auf das Wohl eines Säuglings bzw. Kleinkindes nicht arbeiten oder dies doch tun (Brühl in LPK-SGB II, a.a.O., § 10 Rz 17). Erst wenn sich ein Erwerbsfähiger gleichwohl für die Aufnahme von Arbeit entscheidet, erhält er auch Leistungen zur Eingliederung (vgl. BTDrucks 15/1749, S. 31). Ebenso wie die Vermittlung durch die Agentur für Arbeit in den Streitjahren (spätestens) nach drei Monaten einzustellen war, wenn keine Leistungen zum Ersatz des Arbeitsentgelts beansprucht wurden (§ 38 Abs. 4 Satz 2 SGB III in der bis 31. Dezember 2008 geltenden Fassung), erbringt die für die Grundsicherung für Arbeit zuständige Stelle --wie bspw. im Streitfall die ARGE-- trotz Zahlung von ALG II keine Vermittlung als Leistung zur Eingliederung, wenn dem Hilfeempfänger eine Arbeitsaufnahme aufgrund seiner familiären Situation nicht zumutbar ist und dieser eine Vermittlung auch nicht von sich aus beansprucht. Dass dies vorliegend der Fall war, hat das FG nicht festgestellt, die Klägerin hat dies auch zu keinem Zeitpunkt behauptet.

- 22** c) Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung, nach der ein Kind nicht nach § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a oder c EStG zu berücksichtigen ist, wenn es die Berufsausbildung zum Zwecke der Betreuung des eigenen Kindes unterbricht oder aus diesem Grund ernsthafte Bemühungen um einen Ausbildungsplatz unterbleiben (BFH-Urteil vom 15. Juli 2003 VIII R 47/02, BFHE 203, 106, BStBl II 2003, 848; Senatsurteil vom 24. September 2009 III R 83/08, BFH/NV 2010, 619). Entscheidet das Kind, sich zugunsten der Betreuung des eigenen Kindes vorerst nicht dem Arbeitsmarkt zur Verfügung zu stellen, ist es auch bei ungekürztem Bezug von ALG II nicht nach § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EStG zu berücksichtigen.
- 23** 3. Da der Klägerin für T im Streitzeitraum kein Kindergeld zustand und sich insoweit die Verhältnisse gegenüber der ursprünglichen Festsetzung geändert haben, hat die Familienkasse die Aufhebung zutreffend mit § 70 Abs. 2 EStG als Änderungsnorm begründet.
- 24** 4. Der Senat weist darauf hin, dass im Streitfall ggf. ein Billigkeitserlass nach § 227 AO gerechtfertigt sein könnte, weil --nach dem Vortrag der Klägerin im Verwaltungsverfahren-- das Kindergeld, auch soweit es später zurückgefordert wurde, bei der Berechnung der Höhe des ALG II als Einkommen (§ 11 SGB II) der Klägerin angesetzt worden sein soll und eine nachträgliche Korrektur der Leistungen zu ihren Gunsten jedenfalls nach der derzeitigen Rechtsprechung der Sozialgerichte nicht möglich erscheint (z.B. Schleswig-Holsteinisches Landessozialgericht, Beschluss vom 25. Mai 2010 L 3 AS 64/10 B PKH, juris; Sozialgericht Detmold, Urteil vom 18. Januar 2011 S 18 AS 201/09, nicht rechtskräftig, juris; s. auch Senatsurteile vom 15. März 2007 III R 54/05, BFH/NV 2007, 1298 a.E.; vom 19. November 2008 III R 108/06, BFH/NV 2009, 357; vom 18. Dezember 2008 III R 93/06, BFH/NV 2009, 749, und vom 30. Juli 2009 III R 22/07, BFH/NV 2009, 1983).

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