

## Urteil vom 07. April 2011, III R 24/08

**Meldung als Arbeitsuchender - Ausländerrechtliche Hindernisse in der Person des Kindes - Entscheidung über eine teilweise zulässige Revision - Begriff des "Arbeitsuchenden" - Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt nach ARB 1/80 - Vorliegen formeller Beschwer**

BFH III. Senat

EStG § 32 Abs 4 S 1 Nr 1, EStG § 32 Abs 4 S 1 Nr 2 Buchst c, SGB 3 § 15, SGB 3 § 35, SGB 3 § 36, SGB 3 § 284 Abs 5, ArGV § 5 Nr 3, ArGV § 5 Nr 5, AuslG § 69 Abs 2, AuslG § 69 Abs 3, EWGAssRBes 1/80

vorgehend FG Bremen, 21. Februar 2008, Az: 4 K 96/07 (4)

### Leitsätze

1. Die Meldung als Arbeitsuchender bei der Agentur für Arbeit (§ 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EStG) setzt im Grundsatz voraus, dass das Kind einen Anspruch auf die von der Agentur nach §§ 35, 36 SGB III geschuldete Vermittlungsleistung hat. Hieran fehlt es jedenfalls dann, wenn das Kind in der Zeit bis zum Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes aufgrund seines ausländerrechtlichen Status keine Arbeitsgenehmigung erlangen konnte (§ 284 Abs. 5 SGB III a.F.).
2. Kann ein Kind einen Ausbildungsplatz bereits deshalb nicht antreten, weil dem ausländerrechtliche Vorgaben entgegenstehen, scheidet ein Kindergeldanspruch nach § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. c EStG aus.

### Tatbestand

I.

- 1 Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) ist türkischer Staatsangehöriger und war seit 1986 im Besitz einer Aufenthaltsgenehmigung in Gestalt einer Aufenthaltsberechtigung. Er bezog u.a. für seinen Sohn (S) --geboren am 29. Juli 1983-- laufend Kindergeld. S selbst war im Streitzeitraum (August 2003 bis Mai 2004) aufenthaltsrechtlich bis zum 2. März 2004 vorläufig geduldet (§ 69 Abs. 2 des Ausländergesetzes --AuslG 1990--), ab dem 3. März 2004 galt sein Aufenthalt vorläufig als erlaubt (§ 69 Abs. 3 AuslG 1990); über eine Arbeitsgenehmigung (Arbeitserlaubnis) verfügte S in dieser Zeit nicht. Im Juli 2003 brach S den Besuch der Abendrealschule ab. Ab Juni 2004 wurde er bei der Arbeitsvermittlung als Arbeitsuchender geführt. In der Zwischenzeit war S bei der Agentur für Arbeit weder als Arbeit- noch als Ausbildungsuchender registriert, er war allerdings zweimal im Juni 2003 sowie einmal im Februar 2004 bei der Agentur vorstellig geworden. Eine Registrierung als Bewerber für einen Arbeits- oder Ausbildungsplatz nahm die Agentur unter Verweis auf den nicht geklärten Aufenthaltsstatus des S jedoch nicht vor.
- 2 Nachdem die Beklagte und Revisionsbeklagte (Familienkasse) von dem Schulabbruch erfahren hatte, hob sie die Festsetzung des Kindergeldes für S mit Bescheid vom 16. November 2004 nach § 70 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) für die Monate August 2003 bis Mai 2004 auf und forderte das für diese Zeit bereits gezahlte Kindergeld in Höhe von insgesamt 1.540 € zurück. Der Einspruch des Klägers blieb erfolglos.
- 3 Das Finanzgericht (FG) wies die Klage, mit der der Kläger die Aufhebung des Bescheids vom 16. November 2004 und der Einspruchsentscheidung begehrte, mit den in Entscheidungen der Finanzgerichte 2008, 1212 veröffentlichten Gründen ab (Urteil vom 22. Februar 2008 4 K 96/07 (4)).
- 4 Mit seiner Revision rügt der Kläger eine Verletzung des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 Buchst. c EStG in den für den Streitzeitraum geltenden Fassungen. Hilfsweise sei die von der Familienkasse ausgesprochene Rückzahlungsverpflichtung aus Billigkeitsgründen nach § 227 der Abgabenordnung (AO) zu erlassen.
- 5 Der Kläger beantragt sinngemäß, das angefochtene Urteil, den Bescheid vom 16. November 2004 sowie die dazu ergangene Einspruchsentscheidung vom 20. Dezember 2004 aufzuheben, hilfsweise die im Bescheid vom 16. November 2004 ausgesprochene Rückzahlungsverpflichtung zu erlassen.

- 6 Die Familienkasse beantragt, die Revision zurückzuweisen.
- 7 Die Beteiligten haben ihr Einverständnis mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erklärt (§ 90 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--).

## Entscheidungsgründe

II.

- 8 Die Revision ist hinsichtlich der Monate August und September 2003 sowie Februar bis Mai 2004 begründet. Sie führt insoweit zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG, da dessen bisherige Feststellungen keine abschließende Entscheidung darüber ermöglichen, ob dem Kläger für diese Monate ein Kindergeldanspruch für S zusteht (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Hinsichtlich der Monate Oktober 2003 bis Januar 2004 ist die Revision unbegründet und insoweit zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). In Bezug auf den für die Monate Oktober 2003 bis Januar 2004 relevant werdenden Hilfsantrag ist die Revision unzulässig und insoweit zu verwerfen. Da die Revision teilweise zulässig ist, ist über das Rechtsmittel einheitlich durch Urteil zu entscheiden (vgl. Urteil des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 1. Dezember 1998 VII R 147/97, BFHE 187, 362).
- 9 1. Das FG hat einen Kindergeldanspruch des Klägers für S für die Monate Oktober 2003 bis Januar 2004 im Ergebnis zu Recht verneint.
- 10 a) Gemäß § 63 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EStG in den für den Streitzeitraum geltenden Fassungen 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 der Agentur für Arbeit (früher Arbeitsamt) im Inland als Arbeitsuchender gemeldet ist.
- 11 aa) Nach der im Jahr 2003 geltenden Fassung des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EStG genügt --ist aber auch erforderlich-- 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 (Senatsurteile vom 19. Juni 2008 III R 68/05, BFHE 222, 349, BStBl II 2009, 1008; vom 20. November 2008 III R 10/06, BFH/NV 2009, 567).
- 12 bb) Der Registrierung des arbeitsuchenden Kindes bzw. der daran anknüpfenden Bescheinigung der Agentur für Arbeit kommt --entgegen der Auffassung der Familienkasse-- 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).
- 13 b) Daneben besteht nach § 62 Abs. 1, § 63 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. c EStG in den für den Streitzeitraum geltenden Fassungen für ein über 18 Jahre altes Kind, das das 27. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, Anspruch auf Kindergeld, wenn es eine Berufsausbildung mangels Ausbildungsplatzes nicht beginnen oder fortsetzen kann.
- 14 aa) Nach ständiger Rechtsprechung erfordert die Berücksichtigung eines Kindes gemäß § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. c EStG, dass sich dieses ernsthaft um einen Ausbildungsplatz bemüht hat (z.B. Senatsurteil vom 19. Juni 2008 III R 66/05, BFHE 222, 343, BStBl II 2009, 1005, m.w.N.).
- 15 bb) Nachgewiesen werden kann das ernsthafte Bemühen um einen Ausbildungsplatz z.B. durch eine Bescheinigung des Arbeitsamtes (der Agentur für Arbeit), dass das Kind als Bewerber um eine berufliche Ausbildungsstelle registriert ist (Senatsurteil in BFHE 222, 343, BStBl II 2009, 1005). Wie bei § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EStG kommt der Registrierung des Kindes als Ausbildungsplatzsuchender keine (echte) Tatbestandswirkung zu (vgl. Senatsurteile vom 17. Juli 2008 III R 95/07, BFH/NV 2009, 367, und III R 106/07, BFH/NV 2009, 368). Entscheidend ist auch hier vielmehr, ob das Kind tatsächlich bei der Arbeitsvermittlung der Agentur vorstellig geworden ist und --da die Meldung nicht zeitlich unbeschränkt als Nachweis für die Ausbildungswilligkeit gilt-- dieser gegenüber zumindest alle drei Monate sein Interesse an einer weiteren Vermittlung einer Ausbildungsstelle bekundet hat (Senatsurteil in BFHE 222, 343, BStBl II 2009, 1005).
- 16 c) Für die Monate Oktober 2003 bis Januar 2004 kommt ein Kindergeldanspruch des Klägers für S danach nicht in Betracht. Nach den Feststellungen des FG war S lediglich am 2. und am 17. Juni 2003 und dann erst wieder am 16.

Februar 2004 bei der Agentur vorstellig geworden. Die Vorsprache vom 17. Juni 2003 konnte jedoch allenfalls bis einschließlich des Monats September 2003 ihre Wirkung für einen Kindergeldanspruch nach § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 2 Buchst. c EStG entfalten (vgl. Senatsurteile in BFHE 222, 349, BStBl II 2009, 1008 für Arbeitsuchende; in BFHE 222, 343, BStBl II 2009, 1005 für Ausbildungsuchende). Da das FG eine erneute Meldung des S bei der Arbeitsvermittlung oder der Berufsberatung (Ausbildungsvermittlung) bis zum 16. Februar 2004 indes nicht festgestellt hat, kommt eine Berücksichtigung nach § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 2 Buchst. c EStG für die Monate Oktober 2003 bis Januar 2004 nicht in Betracht. Das FG hat für diesen Zeitraum auch nicht festgestellt, dass S sich eigenständig ernsthaft um einen Ausbildungsplatz bemüht hat. Solche eigenständigen Bemühungen hat der Kläger zumal zu keiner Zeit vorgetragen.

- 17** d) Da insoweit aufgrund der rechtmäßigen Aufhebung der Kindergeldfestsetzung der rechtliche Grund für die Zahlung des Kindergeldes weggefallen ist, ist das für die Monate Oktober 2003 bis Januar 2004 zuviel gezahlte Kindergeld von dem Kläger zurückzuzahlen (§ 37 Abs. 2 AO).
- 18** 2. Für die Monate August 2003 und September 2003 sowie Februar 2004 bis Mai 2004 reichen die Feststellungen des FG nicht aus, um einen Kindergeldanspruch des Klägers für S als Arbeit- oder Ausbildungsuchenden zu bejahen.
- 19** a) § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EStG setzt --wie ausgeführt-- die Meldung bei der Agentur für Arbeit als Arbeitsuchender voraus. Da der in § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EStG gebrauchte Begriff des "Arbeitsuchenden" im Steuerrecht nicht geregelt ist, ist für das Kindergeld insoweit auf die Vorschriften des Sozialrechts, hier auf die § 15 Satz 2 und § 35 SGB III, zurückzugreifen. Ziel des mit Wirkung ab 1. Januar 2003 neu gefassten § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EStG war es, dass sich Kinder ohne Beschäftigung nicht ausschließlich wegen des Anspruchs auf Kindergeld beim Arbeitsamt (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). Die Vorschrift des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EStG knüpft daher auch nach der Gesetzesänderung weiter an die Begrifflichkeiten des SGB III an.
- 20** aa) Gemäß § 15 Satz 2 SGB III sind Arbeitsuchende Personen, die eine Beschäftigung als Arbeitnehmer suchen. Danach ist zwar nicht erforderlich, dass die Person verfügbar i.S. des § 119 Abs. 1 Nr. 2 SGB III a.F. ist, der Suchende muss aber grundsätzlich vermittlungsfähig sein (Wagner in: NK-SGB III, 3. Aufl., § 15 Rz 18). Letztlich muss derjenige, der beim Arbeitsamt (der Agentur für Arbeit) um Vermittlung in ein Arbeitsverhältnis --oder auch Ausbildungsverhältnis-- ersucht, im Grundsatz einen entsprechenden Anspruch auf die von der Behörde nach § 35 SGB III geschuldete Dienstleistung "Vermittlung in ein Arbeits- oder Ausbildungsverhältnis" haben.
- 21** bb) Hieran fehlt es nach Auffassung des erkennenden Senats jedenfalls dann, wenn das als Suchender vorstellig werdende Kind aufgrund seines ausländerrechtlichen Status objektiv keine Arbeitsgenehmigung --in Form der Arbeitsberechtigung (§ 286 SGB III a.F.) oder der Arbeitserlaubnis (§ 285 SGB III a.F.)-- erlangen konnte (vgl. § 284 Abs. 5 SGB III a.F.) und es daher am Arbeitsmarkt rechtlich keine Beschäftigung in Gestalt eines Arbeits- oder Ausbildungsverhältnisses aufnehmen durfte (i.E. ebenso Pust in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, Kommentar, § 32 EStG Rz 323; vgl. auch Mutschler in: NK-SGB III, 3. Aufl., § 35 Rz 15; Peters-Lange in Gagel, SGB III, § 36 Rz 7).
- 22** Bis zum Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes zum 1. Januar 2005 bedurfte ein Ausländer, der im Inland eine unselbständige Erwerbstätigkeit (einschließlich eines Ausbildungsverhältnisses --vgl. Düe in: Niesel, SGB III, 2. Aufl. 2002, § 284 Rz 15) aufnehmen wollte, grundsätzlich einer förmlichen Arbeitsgenehmigung. Es bestand bereits damals ein allgemeines Beschäftigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt (Urteil des Bundessozialgerichts --BSG-- vom 22. November 1977 7 RAR 5/77, BSGE 45, 153). Ob das bestehende Beschäftigungsverbot durch Erteilung einer entsprechenden Genehmigung aufgehoben werden konnte, war maßgeblich von dem Aufenthaltsstatus des Ausländers abhängig. § 284 Abs. 5 SGB III a.F. sah ausdrücklich einen Vorrang des Ausländer- oder Aufenthaltsrechts vor dem Arbeitsgenehmigungsrecht vor. Nach dieser Vorschrift durfte eine Arbeitsgenehmigung grundsätzlich nur erteilt werden, wenn der Ausländer eine Aufenthaltsgenehmigung nach § 5 AuslG 1990 besaß. Abweichend hiervon konnte eine Arbeitsgenehmigung aber ausnahmsweise auch Ausländern erteilt werden, die einen der in § 284 Abs. 5, § 288 Abs. 1 Nr. 1 SGB III a.F. i.V.m. § 5 der Arbeitsgenehmigungsverordnung (ArGV) genannten Tatbestände erfüllten. Wegen des Vorrangs des Ausländerrechts kam der Entscheidung der Ausländerbehörde dabei Tatbestandswirkung zu (Düe in: Niesel, SGB III, 2. Aufl. 2002, § 284 Rz 33, 36 und 41; Eicher/Spellbrink in Spellbrink/Eicher, Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, 2003, § 26 Rz 22). Die Entscheidung konnte vom Arbeitsamt (von der Agentur für Arbeit) nicht darauf überprüft werden, ob die

ausländerrechtlichen Vorschriften zutreffend angewandt wurden (BSG-Urteil vom 25. Oktober 1989 7 RAr 94/88, SozR 4100 § 103 Nr. 44).

- 23** (1) Solange ein Ausländer dementsprechend nicht über das nach § 284 Abs. 5 SGB III a.F. i.V.m. § 5 AuslG 1990 oder § 5 ArGV erforderliche Statut verfügte, führte diese Entscheidung der Ausländerbehörde für das Arbeitsamt (Agentur für Arbeit) zwingend dazu, dass dieses keine Arbeitsgenehmigung erteilen durfte. Gleiches galt, wenn die Ausländerbehörde die Erwerbstätigkeit (die Ausübung einer Beschäftigung) durch eine entsprechende Auflage beschränkt oder untersagt hatte (§ 284 Abs. 5 2. Halbsatz SGB III a.F.). Für die Vermittlungsstelle der Behörde --die Arbeitsvermittlung oder die Berufsberatung-- bedeutete dies wiederum, dass sie in diesem Fall ausnahmsweise auch keine Vermittlungstätigkeit i.S. von § 35 SGB III schuldet. Dies folgt aus § 36 Abs. 1 Satz 1 SGB III, denn nach dieser Vorschrift darf die Behörde nicht vermitteln, wenn ein Arbeits- oder auch Ausbildungsverhältnis begründet werden soll, das gegen ein Gesetz verstößt. Der die Voraussetzungen des § 284 Abs. 5 SGB III a.F. nicht erfüllende Ausländer war mithin nicht vermittlungsfähig und hatte dementsprechend auch keinen Anspruch auf eine Vermittlungstätigkeit der Behörde.
- 24** (2) Erfüllte der Ausländer demgegenüber grundsätzlich die aufenthaltsrechtlichen Anforderungen i.S. von § 284 Abs. 5 SGB III a.F., so hatte er zugleich einen Anspruch auf eine Vermittlungsleistung durch das Arbeitsamt (Agentur für Arbeit). Dies ergibt sich daraus, dass eine Arbeitsgenehmigung erst für die Beschäftigungsaufnahme, aber noch nicht für die entsprechende Suche erforderlich war (Düe in: Niesel, SGB III, 2. Aufl. 2002, § 284 Rz 9; Eicher/Spellbrink, a.a.O., § 26 Rz 19, m.w.N.; Reusch, Betrieb und Wirtschaft 1999, 190 (191)).
- 25** cc) Dem Erfordernis eines Vermittlungsanspruchs stehen die BFH-Urteile in BFHE 222, 349, BStBl II 2009, 1008 und in BFH/NV 2009, 567, wonach die Verfügbarkeit nicht mehr nachgewiesen zu werden braucht, nicht entgegen. Der geforderte Anspruch des Suchenden auf eine Vermittlungsleistung der Behörde leitet sich --wie vorstehend aufgezeigt-- nicht aus § 119 Abs. 1 Nr. 2 SGB III a.F., sondern aus dem in § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EStG gebrauchten Begriff des "Arbeitsuchenden" und damit aus § 15 Satz 2 i.V.m. § 35 SGB III ab.
- 26** b) Hat ein Kind aufgrund ausländerrechtlicher Hindernisse keinen Anspruch auf eine Vermittlung durch die Agentur für Arbeit, ist auch ein Kindergeldanspruch nach § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. c EStG zu verneinen. In dieser Situation scheidet die Aufnahme eines Ausbildungsverhältnisses nicht an dem Mangel der Verfügbarkeit eines Ausbildungsplatzes, sondern an der Nichterfüllung der ausländerrechtlichen Vorgaben.
- 27** Im Hinblick auf den Zweck der Vorschrift --nämlich die Gleichstellung von Kindern, die (erfolglos) einen Ausbildungsplatz suchen, mit denen, die bereits einen Ausbildungsplatz gefunden haben-- darf der Beginn oder die Fortsetzung der Ausbildung nicht an anderen Umständen als dem Mangel eines Ausbildungsplatzes scheitern (Senatsbeschluss vom 25. September 2009 III B 52/08, BFH/NV 2010, 34; BFH-Urteil vom 15. Juli 2003 VIII R 79/99, BFHE 203, 94, BStBl II 2003, 843). Die Gleichstellung ist daher nur gerechtfertigt, wenn das einen Ausbildungsplatz suchende Kind diesen im Erfolgsfall auch antreten könnte (BFH-Urteil in BFHE 203, 94, BStBl II 2003, 843). Die Voraussetzungen des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. c EStG liegen demnach nicht vor, wenn das Kind --die Verfügbarkeit des Ausbildungsplatzes unterstellt-- diesen ohnehin nicht antreten könnte, weil es die objektiven Anforderungen dafür nicht erfüllt oder es aus anderen Gründen am Antritt gehindert wäre (BFH-Urteil in BFHE 203, 94, BStBl II 2003, 843). Die Gründe, warum das Kind einen angebotenen Ausbildungsplatz nicht antreten könnte --bspw. aufgrund aufenthaltsrechtlicher Hindernisse--, sind insoweit unerheblich (Senatsbeschluss in BFH/NV 2010, 34).
- 28** c) Als Ausländer benötigte S nach den vorstehenden Ausführungen für eine Beschäftigung einschließlich eines Berufsausbildungsverhältnisses eine Arbeitsgenehmigung (§ 284 Abs. 1 Satz 1 SGB III a.F.); ein Ausnahmefall des § 284 Abs. 1 Satz 2 SGB III a.F. lag nicht vor. Auch der Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrats EWG/Türkei über die Entwicklung der Assoziation vom 19. September 1980 --ARB 1/80-- (nicht veröffentlicht) befreite ihn von diesem Genehmigungserfordernis nicht generell (s. z.B. Eicher/Spellbrink, a.a.O., § 26 Rz 47; BSG-Urteil vom 9. August 1990 7 RAr 120/89, BSGE 67, 176).
- 29** Zwar verfügte S im Streitzeitraum nicht über eine Aufenthaltsgenehmigung i.S. des § 5 AuslG 1990. Das FG hat jedoch für den BFH bindend (vgl. § 118 Abs. 2 FGO) festgestellt, dass S für die Monate August 2003 bis Februar 2004 fiktiv geduldet (§ 69 Abs. 2 AuslG 1990) und sein Aufenthalt in der Bundesrepublik ab März 2004 fiktiv erlaubt war (§ 69 Abs. 3 AuslG 1990).
- 30** aa) Soweit S ab dem 3. März 2004 über eine sog. Erlaubnisfiktion nach § 69 Abs. 3 AuslG 1990 verfügte, konnte ihm grundsätzlich eine Arbeitsgenehmigung erteilt werden (§ 284 Abs. 5 SGB III a.F. i.V.m. § 5 Nr. 3 ArGV; Düe in: Niesel,

- 31** bb) Aber auch für die Monate August und September 2003 sowie Februar 2004 stand der aufenthaltsrechtliche Status des S der Erteilung einer Arbeitsgenehmigung grundsätzlich nicht entgegen. Zwar erfüllte S in dieser Zeit nur die Voraussetzungen einer Duldungsfiktion i.S. des § 69 Abs. 2 AuslG 1990. Allerdings erlaubte § 5 Nr. 5 ArGV ausdrücklich die Erteilung einer Arbeitsgenehmigung an Ausländer, die eine Duldung (§ 55 AuslG 1990) besaßen. Da es sich bei der Duldungsfiktion nach § 69 Abs. 2 AuslG 1990 um einen Fall einer gesetzlichen Duldung i.S. des § 55 AuslG 1990 handelte (s. Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts, BTDrucks 11/6321, S. 80; Rz 69.2.1 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Ausländergesetz vom 28. Juni 2000, GMBL 2000, 617, 768 --AuslG-VwV--), fiel auch der Ausländer, der eine entsprechende Bescheinigung besaß, unter die Erweiterung von § 5 Nr. 5 ArGV. Der Erteilung einer Arbeitserlaubnis stand im Streitfall zudem nicht entgegen, dass § 285 Abs. 4, § 288 Abs. 1 Nr. 4 SGB III i.V.m. § 3 Satz 1 ArGV die Erteilung einer Arbeitserlaubnis für eine erstmalige Beschäftigung u.a. für Ausländer, die eine Duldung besaßen, von einer einjährigen Wartezeit abhängig machten. Denn vorliegend verfügte der Kläger nach den Feststellungen des FG über eine Aufenthaltsberechtigung, so dass S nach § 3 Satz 2 ArGV von der Wartezeit befreit war.
- 32** cc) Da S der Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt bereits aufgrund der nationalen Vorschriften nicht generell verwehrt war, kommt es auf ein Zugangsrecht auf Grund von Art. 7 oder Art. 9 ARB 1/80 nicht mehr an.
- 33** d) Die Sache ist indes nicht spruchreif. Das FG hat --aus seiner Sicht zu Recht-- keine Feststellungen darüber getroffen, ob die Ausländerbehörde bei der Ausstellung der Bescheinigungen nach § 69 Abs. 2 und Abs. 3 AuslG 1990 Auflagen zum Verbot oder zur Beschränkung der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit verfügt hat (§ 56 Abs. 3 Sätze 2 und 3 oder § 14 Abs. 3 AuslG 1990), die infolge ihrer Tatbestandswirkung der Erteilung einer Arbeitsgenehmigung nach § 284 Abs. 5 SGB III a.F. und damit dem Vermittlungsanspruch des S (§ 35 SGB III) und seiner Meldung als Arbeit- und/oder Ausbildungsuchender entgegenstehen könnten. Dies wird das FG nun nachzuholen haben.
- 34** 3. Soweit infolge der erfolglosen Anfechtung des Bescheids vom 16. November 2004 sowie der dazu ergangenen Einspruchsentscheidung über den Hilfsantrag zu entscheiden ist (Monate Oktober 2003 bis Januar 2004), ist die Revision unzulässig (§ 126 Abs. 1 FGO), da eine Erweiterung des Klageantrags im Revisionsverfahren nicht zulässig ist (§ 123 FGO).
- 35** Mit seiner Klage hatte der Kläger vor dem FG lediglich die Aufhebung der vorstehend genannten Bescheide begehrt. Hierüber hat das FG entschieden. Über das erstmals im Revisionsverfahren durch Erweiterung des Klageantrags erhobene Erlassbegehren ist gerichtlich dagegen nicht entschieden. Es fehlt insoweit an einem Gegenstand der revisionsrechtlichen Nachprüfung (BFH-Urteil vom 1. Juli 1987 I R 297/83, BFH/NV 1988, 673) und damit an der erforderlichen formellen Beschwer (Gräber/Ruban, Finanzgerichtsordnung, 7. Aufl., § 120 Rz 56, m.w.N.). Letztere als Zulässigkeitsvoraussetzung einer Revision ist nur gegeben, soweit das FG dem Klagebegehren nicht voll entsprochen oder über dieses nicht befunden hat (vgl. BFH-Urteil vom 3. Juni 1976 IV R 236/71, BFHE 120, 348, BStBl II 1977, 62).