Urteil vom 17. Juni 2010, III R 72/08

Beschränkung der Kindergeldberechtigung von Ausländern

BFH III. Senat

AufenthG § 25 Abs 3, AufenthG § 104a, BEEG § 10 Abs 1, BErzGG § 1 Abs 6, BErzGG § 8 Abs 1 S 1, EStG § 62 Abs 2, EStG § 74 Abs 1 S 4, GG Art 3 Abs 1, GG Art 100 Abs 1, SGB 2 § 11 Abs 1 S 3, SGB 10 § 104, SGB 12 § 82 Abs 1 S 2

vorgehend FG Münster, 12. August 2008, Az: 7 K 2922/06 Kg

Leitsätze

1. NV: Der Gesetzgeber handelte im Rahmen des ihm zustehenden Gestaltungsspielraums, als er die Kindergeldberechtigung von Ausländern vom Besitz bestimmter Titel 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 SGB III oder von der Inanspruchnahme von Elternzeit (Festhalten an den Senatsurteilen vom 15.3.2007 III R 93/03, BFH/NV 2007, 1234, BStBl II 2009, 905 sowie vom 22.11.2001 III R 54/02, BFH/NV 2008, 457, BStBl II 2009, 913). An dieser Einschätzung hat sich trotz der Vorlagebeschlüsse des BSG nach Art. 100 Abs. 1 GG vom 3.12.2009 B 10 EG 5/08 R, B 10 EG 6 /08 R sowie B 10 EG 7 /08 R, die zur wortgleichen Regelung der Berechtigung von Ausländern zur Inanspruchnahme von Erziehungsgeld nach dem BErzGG ergangen sind, nichts geändert .

2. NV: Der Umstand, dass von Sozialleistungen lebende Ausländer, die von der Altfallregelung des § 104a AufenthG profitieren, kindergeldberechtigt sind, führt wegen der Anrechnung des Kindergeldes auf die Sozialleistungen bzw. wegen der Möglichkeit der Erstattung oder der Abzweigung nicht zu einer Benachteiligung von Ausländern mit einem Aufenthaltstitel, der keinen Anspruch auf Kindergeld begründet .

Tatbestand

1 I. Die aus Algerien stammende Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) reiste im Jahr 1998 in die Bundesrepublik Deutschland (Bundesrepublik) ein. Sie erhielt später eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG), die sie auch noch besaß, als sie im Mai 2006 Kindergeld für ihren Sohn beantragte. Die Klägerin war nicht erwerbstätig. Die Beklagte und Revisionsbeklagte (Familienkasse) lehnte den Kindergeldantrag ab, die anschließende Klage hatte keinen Erfolg (Urteil vom 13. August 2008 7 K 2922/06 Kg, Entscheidungen der Finanzgerichte 2008, 1981).

2 Zur Begründung der Revision führt die Klägerin aus, die Neuregelung der Kindergeldberechtigung von Ausländern in § 62 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) verstoße gegen Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG). Die gesetzlichen Abgrenzungsmerkmale seien nicht geeignet, die Vorgaben zu erfüllen, die das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) dem Gesetzgeber im Beschluss vom 6. Juli 2004 1 BvL 4/97 (BVerfGE 111, 160, BFH/NV 2005, Beilage 2, 114) gemacht habe. Es sei nicht ersichtlich, dass bei Ausländern, denen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 bis Abs. 5 AufenthG erteilt worden sei, nicht ebenso ein Daueraufenthalt begründet werde wie bei Ausländern mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 AufenthG oder nach § 104a AufenthG. Insbesondere bei einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a AufenthG sei ein Daueraufenthalt kaum zu prognostizieren, da sie von der Konzeption her grundsätzlich befristet sei. Im Gegensatz hierzu sei die Ausländerbehörde bei einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG gar nicht dazu in der Lage, zu beurteilen, ob die Erlaubnis verlängert werde. Es gebe keinen Grund, Ausländer, bei denen ein Abschiebeverbot festgestellt worden sei, gegenüber solchen Ausländern zu benachteiligen, die jahrelang lediglich geduldet worden seien, dann aber im Zuge einer Altfallregelung oder Bleiberechtsregelung ein Aufenthaltsrecht erhalten hätten. Bei einem tatsächlich verfestigten Aufenthalt von mehr als drei Jahren dürfe die Kindergeldberechtigung nicht von zusätzlichen Kriterien abhängig gemacht werden. Unzulänglichkeiten ergäben sich darüber hinaus in den Fällen, in

denen der getrennt lebende, erwerbstätige Ehemann der Ehefrau Unterhalt zahle. Würden die Kinder durch die Kindesmutter erzogen, so wäre die Mutter vom Bezug des Kindergeldes ausgeschlossen, weil sie keiner Erwerbstätigkeit nachgehe. Auch 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 der Ausschluss von im Inland lebenden Ausländern ohne Aufenthaltsberechtigung vom deutschen Kindergeld gegen das Diskriminierungsverbot der Europäischen Menschenrechtskonvention verstoße.

3 Die Klägerin beantragt, das angefochtene Urteil, den Ablehnungsbescheid vom 30. Mai 2006 sowie die dazu ergangene Einspruchsentscheidung vom 26. Juni 2006 aufzuheben und die Familienkasse zu verpflichten, Kindergeld für ihren Sohn ab Mai 2006 zu gewähren.

4 Hilfsweise regt sie an, das Verfahren auszusetzen und dem BVerfG gemäß Art. 100 Abs. 1 GG die Frage vorzulegen, ob der Ausschluss von Ausländern von der Kindergeldberechtigung nach § 62 Abs. 2 EStG in den Fällen verfassungsgemäß ist, in denen ein Ausländer einen Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG besitzt und sich seit mehr als drei Jahren in der Bundesrepublik aufhält.

5 Die Familienkasse beantragt, die Revision 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 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 BVerfG in BVerfGE 111, 160, BFH/NV 2005, Beilage 2, 114, in dem dieses § 1 Abs. 3 des Bundeskindergeldgesetzes (BKGG) 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 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 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). Auch hat der Senat entschieden, dass eine Beschränkung des Kindergeldanspruchs nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer nicht in Widerspruch zum Urteil des EGMR in BFH/NV 2006, Beilage 3, 357 steht. Dieses ist, ebenso wie die Entscheidung des BVerfG in BVerfGE 111, 160, BFH/NV 2005, Beilage 2, 114, zu § 1 Abs. 3 BKGG ergangen, nicht aber zu § 62 Abs. 2 EStG a.F. (s. Senatsurteile in BFHE 217, 443, BStBl II 2009, 905, sowie in BFHE 220, 45, BStBl II 2009, 913). An den Grundsätzen dieser Urteile hält der Senat fest.

9 3. Der Hinweis der Klägerin auf die Kindergeldberechtigung von Ausländern, die von der Altfallregelung des § 104a AufenthG profitierten und kindergeldberechtigt seien, obwohl bei ihnen kein Daueraufenthalt prognostiziert werden könne, führt zu keiner abweichenden Beurteilung.

10 a) Die genannte Vorschrift wurde durch das Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19. August 2007 (BGBl I 2007, 1970) in das AufenthG aufgenommen. Sie betrifft bestimmte, vormals ausreisepflichtige Ausländer, die seit Jahren in der Bundesrepublik geduldet gelebt hatten,

wirtschaftlich und sozial integriert waren und deren Abschiebung aus damaliger Sicht nicht absehbar war (s. BTDrucks 16/5065, S. 201 ff.).

11 b) Kann ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer seinen Lebensunterhalt eigenständig durch Erwerbstätigkeit sichern, so hat er nach § 104a Abs. 1 Satz 2 AufenthG unter den weiteren Voraussetzungen des § 104a Abs. 1 AufenthG einen Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 Satz 1 AufenthG. Diese berechtigt nach § 62 Abs. 2 Nr. 2 EStG i.V.m. § 23 Abs. 2 Satz 5, § 4 Abs. 3 Satz 1 AufenthG zum Bezug von Kindergeld. Bei einem Ausländer, der sich am 1. Juli 2007 seit mindestens acht bzw. sechs Jahren geduldet im Bundesgebiet aufgehalten hatte, die weiteren Voraussetzungen des § 104a Abs. 1 AufenthG erfüllte und dessen Lebensunterhalt nicht durch Sozialleistungen, sondern durch Erwerbstätigkeit gesichert war, konnte der Gesetzgeber typisierend einen Daueraufenthalt unterstellen.

12 c) Ein Ausländer, der seinen Lebensunterhalt nicht eigenständig durch Erwerbstätigkeit sichern kann und deshalb auf Sozialleistungen angewiesen ist, erhält keine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 Satz 1 AufenthG, sondern einen eigenständigen Aufenthaltstitel nach § 104a Abs. 1 Satz 1 und 3 AufenthG. Ein solcher Titel berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit (§ 104a Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 4 Abs. 3 Satz 1 AufenthG) und führt damit nach § 62 Abs. 2 Nr. 2 EStG zum Anspruch auf Kindergeld, ohne dass die Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a und b EStG vorliegen müssen (s.a. Dienstanweisung zur Durchführung des Familienleistungsausgleichs nach dem X. Abschnitt des Einkommensteuergesetzes 2009, 62.4.1 Abs. 1 Satz 7, BStBl I 2009, 1033, 1047). In einem derartigen Fall hat somit ein Ausländer Anspruch auf Kindergeld, obwohl er lediglich über einen Aufenthaltstitel verfügt, der nicht zu einem Daueraufenthalt führt (s. BTDrucks 16/5065, S. 234).

13 d) Dennoch kann ein nicht erwerbstätiger, Sozialleistungen beziehender Ausländer, der einen der in § 62 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c EStG genannten Aufenthaltstitel besitzt und kein Kindergeld bezieht, keine verfassungswidrige Benachteiligung gegenüber einem Ausländer mit einem Aufenthaltstitel nach § 104a Abs. 1 Satz 1 und 3 AufenthG geltend machen, der trotz fehlender Erwerbstätigkeit und Bezugs von Sozialleistungen Kindergeld erhält. Denn bei letzterem wird das Kindergeld entweder als Einkommen des anspruchsberechtigten Elternteils oder als Einkommen des minderjährigen Kindes (vgl. § 11 Abs. 1 Satz 3 des Zweiten Buchs Sozialgesetzbuch --SGB II--, § 82 Abs. 1 Satz 2 des Zwölften Buchs Sozialgesetzbuch --SGB XII--) auf die Sozialleistungen angerechnet oder auf Antrag nach § 74 Abs. 2 EStG i.V.m. § 104 des Zehnten Buchs Sozialgesetzbuch (SGB X) an den Sozialleistungsträger erstattet oder nach § 74 Abs. 1 Satz 4 EStG an ihn abgezweigt, so dass er typischerweise keinen finanziellen Vorteil hat im Vergleich zu einem auf Sozialleistungen angewiesenen Ausländer, der kein Kindergeld bezieht; 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 SGB II). Im Gegensatz hierzu bleibt das nach dem Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (BEEG) vom 5. Dezember 2006 (BGBl I 2006, 2748) gewährte Elterngeld beim Bezug von Sozialleistungen, deren Zahlung von anderen Einkommen abhängig ist, bis zu einem Betrag von monatlich 300 € unberücksichtigt (§ 10 Abs. 1 BEEG). Folgerichtig begründet eine nach § 104a Abs. 1 Satz 1 und 3 AufenthG erteilte Aufenthaltserlaubnis keinen Anspruch auf Elterngeld (s. § 1 Abs. 7 Nr. 2 Buchst. d BEEG).

14 4. 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 Gesetzes zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss vom 13. Dezember 2006 (BGBl I 2006, 2915) ergangen sind, begründen keine Zweifel an der Verfassungskonformität des § 62 Abs. 2 EStG n.F. Der Senat hat mit dem Urteil vom 28. April 2010 III R 1/08 (BFHE 229, 262) entschieden, dass die vom BSG vorgebrachten Bedenken gegen § 1 Abs. 6 BErzGG im steuerrechtlichen Kindergeld nicht zum Tragen kommen, da das Kindergeld im Gegensatz zum Erziehungsgeld als Einkommen auf Sozialleistungen angerechnet wird (§ 8 Abs. 1 Satz 1 BErzGG). 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 Kindergeldberechtigung nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer nach dem § 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.

15 5. 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 Aufenthaltsstatuts zu verbessern, begründet keine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 62 Abs. 2 EStG. 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 zu versagen, wenn ein Ausländer mit Hilfe des Kindergeldes sowie seines Erwerbseinkommens den Unterhalt für seine Familie bestreiten kann.

16 6. Die Klägerin hatte im streitigen Zeitraum lediglich eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG. Dieser Aufenthaltstitel berechtigt nach § 62 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c i.V.m. Nr. 3 Buchst. a und b EStG nur dann zum Bezug von Kindergeld, wenn sich ein 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.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de