

# HESSISCHES FINANZGERICHT

Geschäftsnummer:

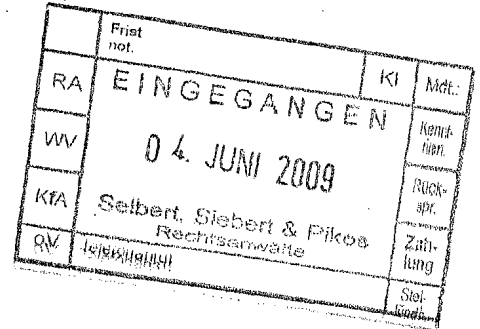
13 K 2726/05



34117 Kassel  
Königstor 35  
34017 Kassel  
Postfach 10 17 40

## URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES



In dem Rechtsstreit

■■■■■■■■■■  
■■■■■■■■■■  
■■■■■■■■■■

-Klägerin-

Prozessbev.:

Selbert, Siebert & Pikos  
Rechtsanwälte  
Landgraf-Karl-Straße 1  
34131 Kassel

gegen

Agentur für Arbeit Gießen  
- Familienkasse -  
Nordanlage 60  
35390 Gießen

-Beklagte-

Prozessbev.: Bundesagentur für Arbeit  
Familienkasse Kassel  
Rechtsbehelfsstelle FGO  
Theaterstraße 3  
34117 Kassel  
Aktenzeichen:

w e g e n  
Kindergeld

hat der 13. Senat des Hessischen Finanzgerichts  
nach mündlicher Verhandlung  
in der Sitzung vom 28. April 2009

unter Mitwirkung  
des Vorsitzenden Richters am Hessischen Finanzgericht Bechtel  
des Richters am Hessischen Finanzgericht Bock  
der Richterin am Hessischen Finanzgericht Rubow-Kricke  
sowie Dipl.-Dokumentar/Archivar Stracke  
und Kauffrau Wagner  
als ehrenamtliche Richter

für Recht erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Die Revision wird zugelassen.

## Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Revision zu.

Die Revision ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils **bei dem Bundesfinanzhof** schriftlich einzulegen. Die Revision muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Eine Abschrift oder Ausfertigung des Urteils soll ihr beigelegt werden. Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils zu begründen. Auch die Begründung ist bei dem Bundesfinanzhof einzureichen. Die Begründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit das Urteil angefochten und seine Aufhebung beantragt wird. Sie muss ferner die bestimmte Bezeichnung der Umstände enthalten, aus denen sich eine Rechtsverletzung durch das Urteil ergibt; soweit Verfahrensmängel gerügt werden, muss sie auch die Tatsachen angeben, aus denen sich der Mangel ergibt.

Bei der Einlegung und Begründung der Revision sowie in dem weiteren Verfahren vor dem Bundesfinanzhof muss sich jeder Beteiligte durch einen Steuerberater, einen Steuerbevollmächtigten, einen Rechtsanwalt, einen niedergelassenen europäischen Rechtsanwalt, einen Wirtschaftsprüfer oder einen vereidigten Buchprüfer als Bevollmächtigten vertreten lassen. Zur Vertretung berechtigt sind auch Steuerberatungsgesellschaften, Rechtsanwalts-gesellschaften, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und Buchprüfungsgesellschaften sowie Partnerschaftsgesellschaften, die durch einen der in dem vorherigen Satz aufgeführten Berufsangehörigen tätig werden. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie durch Diplomjuristen im höheren Dienst vertreten lassen.

Der Bundesfinanzhof hat die Postanschrift: Postfach 86 02 40, 81629 München, und die Hausanschrift: Ismaninger Straße 109, 81675 München, sowie den Telefax-Anschluss: 089/9231-201.

**Hinweis:** Seit dem 1.12.2004 besteht die Möglichkeit zum elektronischen Rechtsverkehr mit dem BFH – s. [www.egvp.de](http://www.egvp.de)

### Tatbestand:

Die Klägerin ist jemenitische Staatsangehörige. Die Beteiligten streiten darum, ob ihr für ihr am 12.03.2004 geborenes Kind Kindergeld zusteht.

Am 15.04.2004 beantragte die Klägerin Kindergeld für ihr Kind [REDACTED]  
[REDACTED] Mit Bescheid vom 09.11.2004 wurde der Antrag abgelehnt. Nach  
Rechtsauffassung der Familienkasse erfüllte die Klägerin nicht die Vorausset-  
zungen des § 62 Abs.2 Einkommensteuergesetz -EStG-, da ihr Aufenthalt im  
Bundesgebiet gemäß § 69 Abs. 3 AuslG lediglich geduldet sei.

Der Einspruch hiergegen wurde mit Einspruchsentscheidung vom 11.08.2005  
als unbegründet zurückgewiesen.

Hiergegen hat die Klägerin fristgemäß Klage erhoben, mit der sie ihr Ziel  
weiterverfolgt.

Nach Mitteilung der Ausländerbehörde des Wetteraukreises vom 20.11.2008 be-  
saß die Klägerin folgende Aufenthaltstitel:

07.05.1996-09.12.2002: Aufenthaltsgestattung zur Durchführung des Asylver-  
fahrens

11.12.2002-02.03.2003 Duldung bis zum Abschluss des Asylverfahrens der  
Mutter

03.03.2003-20.06.2003: Aufenthaltsbefugnis nach § 31 Abs. 1 AuslG

18.06.2003-17.06.2004: Verlängerung der Aufenthaltsbefugnis nach § 31  
Abs. 1 AuslG

ab 27.04.2004: Bescheinigung nach § 69 Abs. 3 AuslG (Antrag auf Verlän-  
gerung der Aufenthaltsbefugnis: Aufenthalt gilt für die Dauer des Ver-  
waltungsverfahrens als erlaubt).

Die Klägerin hat mitgeteilt, dass sie bis heute im Besitz einer solchen soge-  
nannten Fiktionsbescheinigung nach § 69 Abs.3 AuslG bzw. § 81 AufenthG  
sei.

Die Ausländerbehörde hat zu den Nebenbestimmungen der Aufenthaltstitel  
Folgendes mitgeteilt (Blatt 88 der Akten):

„Frau [REDACTED] hatte zunächst folgende Auflage: „Die Arbeitsaufnahme ist nur mit gültiger Arbeitserlaubnis gestattet“ bzw. ab 2005: „Eine Beschäftigung kann mit Zustimmung der Arbeitsverwaltung genehmigt werden“. Das heißt, dass sie hätte arbeiten können, wenn die Arbeitsverwaltung eine Arbeitserlaubnis ausgestellt hätte. Ob sie jemals eine Arbeitserlaubnis beantragt hat, entzieht sich meiner Kenntnis. Ab 16.10.2008 durfte sie ohne Zustimmung der Arbeitsverwaltung arbeiten. Die Auflage wurde geändert in: „Selbstständige Erwerbstätigkeit nicht erlaubt. Beschäftigung uneingeschränkt erlaubt“.

Die Klägerin leitet hieraus ab, dass ihr Kindergeld aufgrund von § 62 Abs. 2 Nr. 2, 1.Halbsatz EStG zustehe.

Die Klägerin beantragt,

den Bescheid vom 09.11.2004 in der Fassung der

Einspruchsentscheidung vom 11.08.2005 aufzuheben und der Klägerin für ihre beiden am 12.03.2004 und 29.06.2005 geborenen Kinder in gesetzlicher Höhe zu gewähren,

hilfsweise,

das Verfahren bis zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des § 62 Abs. 2 EStG auf Vorlage des Finanzgerichts Köln auszusetzen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Familienkasse vertritt die Auffassung, dass allein aufgrund des Aufenthaltstitels keine Erwerbstätigkeit gestattet worden sei; diese hätte erst auf gesonderten Antrag hin erlaubt werden müssen. Daran fehle es.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist unbegründet.

Die Familienkasse hat zu Recht kein Kindergeld gewährt, da die Aufenthaltstitel der Klägerin nicht zum Bezug von Kindergeld berechtigen.

§ 62 Abs.2 EStG, der in seiner jetzigen Fassung gemäß § 52 Abs. 61a EStG auf alle noch nicht bestandskräftigen Fälle anzuwenden ist, ist verfassungsgemäß. Der Senat folgt insoweit der zu dieser Problematik nunmehr ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs –BFH– (BFH-Urteil vom 22.11.2007 III R 61/04, BFH/NV 2008, 769 m.w.N.) und nimmt auf diese auch den Beteiligten in vorliegendem Verfahren bekannte Rechtsprechung Bezug. Eine Aussetzung des Verfahrens kommt daher nicht in Betracht.

Die von der Klägerin innegehabten Aufenthaltstitel berechtigen nicht zum Bezug von Kindergeld.

Der nach § 31 Abs. 1 AuslG erteilte Titel entspricht § 32 AufenthG. Dieser Titel entspricht keinem der Titel, die in § 62 Abs. 2 Nr. 2 a-c EStG genannt sind. Auch einen anderen der dort genannten Aufenthaltstitel hatte die Klägerin nicht inne. Abzustellen ist somit auf § 62 Abs. 2 Nr. 2, 1. Halbs. EStG. Eine Niederlassungserlaubnis gem. Abs 2 Nr.1 liegt nicht vor.

Aufenthaltserlaubnisse, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigen, können sich entweder aus dem Gesetz ergeben (vgl. § 25 Abs.1, 2 §§ 28, 31, 37, 38, 38a, 104 AufenthG bzw. der entsprechenden vorhergehenden Bestimmungen des Ausländergesetzes) oder durch besondere Genehmigung der Beschäftigung durch die Ausländerbehörde (insbesondere Fälle des Familiennachzugs: §§ 30, 32, 34, 35 Abs. 3, 36 AufenthG; vgl. DAFamEStG 62.4.1.).

Nach Helmke/Bauer, Familienleistungsausgleich, § 62 A. 51.3 berechtigen folgende Aufenthaltstitel zum Kindergeldbezug: § 18 Abs. 1, 21, 22 S. 2, 25 Abs. 1, 25 Abs. 2, 28, 30, 37 Abs. 1 und 38 Abs. 1 und 2 AufenthG.

Ein Kindergeldanspruch ab (erstmaliger) Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis ergibt sich unter anderem aufgrund des Aufenthaltstitels nach § 32 AufenthG (wie vorliegend).

Der Senat hält es für zu eng, wenn bei der Aufenthaltserlaubnis nach § 62 Abs. 2 Nr. 2, 1. Halbs. EStG nur auf solche Titel abgestellt wird, die zum Zwecke der Erwerbstätigkeit erteilt wurden (so wohl Söhn/Kirchhof, Mellinhof, EStG § 62 Rdnr.C13). Dies sind solche nach §§ 18 und 21 AufenthG. Der Gesetzeswortlaut des § 62 Abs. 2 Nr. 2 stellt jedoch nicht auf einen Titel zum „Zwecke der Erwerbstätigkeit“ ab, sondern auf Titel, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigen. Diese gehen gegenüber denjenigen der §§ 18 und 21 AufenthG hinaus.

Vorliegend wurde der Aufenthaltstitel mit einer Nebenbestimmung dahingehend versehen, dass die Arbeitsaufnahme nur mit gültiger Arbeitserlaubnis gestattet sei bzw. mit Genehmigung der Arbeitsverwaltung.

An einer solchen Zustimmung bzw. Genehmigung fehlt es vorliegend.

Der Senat ist der Auffassung, dass insoweit nicht isoliert auf den Aufenthaltstitel nebst Nebenbestimmung abgestellt werden kann; entscheidend ist vielmehr, dass die weitere (erforderliche) Genehmigung bzw. Zustimmung zur Arbeitsaufnahme erteilt wurde. Nur in diesem Fall liegt eine Berechtigung zur Erwerbstätigkeit vor. Daran fehlt es vorliegend.

Die erweiterte Arbeitsmöglichkeit ab dem 16.10.2008 ist vorliegend unbeachtlich, da sie außerhalb des Streitzeitraums liegt. Der Senat legt den Antrag der Klägerin angesichts der Tatsache, dass für den Zeitraum nach Ergehen der

Einspruchsentscheidung ein weiterer Kindergeldantrag gestellt wurde, dessen Bearbeitung zurzeit ruht, dahingehend aus, dass vorliegend Kindergeld nur bis zum Zeitpunkt der Einspruchsentscheidung begehrt wird.

Die Klage war daher mit der Kostenfolge des § 135 Abs.1 Finanzgerichtsordnung –FGO– abzuweisen.

Die Revision wird gemäß § 115 Abs.2 Nr.1 und 2 FGO zugelassen.

Bechtel

Bock

Rubow-Kricke