

Ausfertigung

NIEDERSÄCHSISCHES FINANZGERICHT



EINGANG
25. Okt. 2010
ANWALTSKANZLEI

IM NAMEN DES VOLKES URTEIL

5 K 183/07

In dem Rechtsstreit

des **[REDACTED]**

Kläger,

Proz.-Bev.: Lerche | Schröder | Fahlbusch Anwaltskanzlei, Blumenauer Str. 1,
30449 Hannover, - 2007/00168-pe/F -

gegen

Agentur für Arbeit Hannover - Familienkasse -, Brühlstr. 4, 30169 Hannover,
- F01-KG 237/338483 E 5079/07 -

vertreten durch Familienkasse Hannover, Brühlstr. 4, 30169 Hannover,
- 9342 - K 291/07 -

Beklagte,

wegen Kindergeld - Einspruchsentscheidung vom 11.04.2007

hat das Niedersächsische Finanzgericht - 5. Senat - in der Sitzung vom 7. Oktober 2010
ohne mündliche Verhandlung durch

den Vorsitzenden Richter am Finanzgericht
den Richter am Finanzgericht
den Richter am Finanzgericht
den ehrenamtlichen Richter
den ehrenamtlichen Richter

Elvers,
Grüne,
Christochowitz,
Held und
Runde

für Recht erkannt:

Die Beklagte wird verpflichtet, zugunsten des Klägers für **[REDACTED]**
[REDACTED] ab Januar 2004 und für **[REDACTED]** ab September 2005 je-
weils bis November 2006 Kindergeld festzusetzen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist für den Kläger wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe der zu vollstreckenden Kosten vorläufig abzuwenden, wenn nicht der Kläger zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Der Kläger ist libanesischer Staatsbürger, der sich seit [REDACTED] in der Bundesrepublik Deutschland aufhält. Er ist mit [REDACTED] verheiratet. Er und seine Ehefrau haben zwei Kinder, den am 0 [REDACTED] geborenen [REDACTED] und die am 17 [REDACTED] T [REDACTED]

Der Kläger war seit dem 11.10.1991 im Besitz einer Aufenthaltsbefugnis nach § 32 Ausländergesetz, die ab dem 01.01.2005 als Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs.1 Aufenthaltsgesetz fortgilt.

Seine Ehefrau stellte am 26.01.2004 einen Antrag auf Festsetzung von Kindergeld für Ayman. Diesen Antrag lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 23.02.2004 ab, da die Voraussetzungen nach § 62 Abs.2 EStG nicht gegeben seien. Dieser Bescheid ist bestandskräftig. Einen weiteren Antrag vom 26.05.2005 lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 31.05.2005 ab. Der hiergegen erhobene Einspruch wurde mit Einspruchsbescheid vom 20.03.2006 als unbegründet zurückgewiesen. Mit einem am 02.10.2006 bei der Beklagten eingegangenen Antrag beantragte die Ehefrau erneut, nunmehr für beide Kinder, Kindergeld zu gewähren. Die Beklagte lehnte diesen Antrag mit bestandskräftigen Bescheid vom 07.11.2006 als unbegründet ab.

Am 16.02.2007 beantragte der Kläger für seine Kinder Kindergeld festzusetzen. Die Beklagte lehnte mit Bescheid vom 14.03.2007 den Antrag des Klägers auf Festsetzung von Kindergeld ab und begründete die Ablehnung damit, dass der Kläger die Voraussetzungen, unter denen nach § 62 Abs.2 EStG Kindergeld festzusetzen sei, nicht erfülle.

Der Kläger hat nach erfolglos gebliebenen Vorverfahren Klage erhoben. Die Beklagte hat im Klageverfahren am 06.11.2007 einen geänderten Bescheid erteilt und für den Kläger Kindergeld ab Dezember 2006 festgesetzt. Das Verfahren ist von diesem Verfahren abgetrennt worden, nachdem die Beteiligten den Rechtsstreit insoweit in der Hauptsache für erledigt erklärt haben.

Der Kläger ist der Meinung, dass die für seine Ehefrau erteilten Ablehnungsbescheide der Festsetzung von Kindergeld nicht entgegenstünden. Die Bestandskraft dieser Bescheide wirke sich nicht auf seinen Anspruch auf Festsetzung von Kindergeld aus. Denn eine Bestimmung des Kindergeldberechtigten nach § 64 Abs.2 EStG sei auch rückwirkend mög-

lich. Dies müsse zumindest dann gelten, wenn der zuvor als Berechtigter bestimmte Elternteil kein Kindergeld gezahlt erhalten habe.

Der Kläger beantragt,

unter Aufhebung des Bescheides vom 06.11.2007 die Beklagte zu verpflichten, Kindergeld für [REDACTED] ab Ja [REDACTED] und für [REDACTED] [REDACTED] festzusetzen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass die Festsetzung von Kindergeld vor Dezember 2006 nicht in Betracht komme. Dem stünden die für die Ehefrau des Klägers erteilten bestandskräftigen Ablehnungsbescheide entgegen.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist begründet.

Der Kläger hat einen Anspruch auf Festsetzung von Kindergeld ab der Geburt seiner Kinder [REDACTED] (Januar 2004) und [REDACTED] (September 2005) für den noch streitigen Zeitraum bis November 2006.

1. Nach § 62 Abs. 2 Einkommensteuergesetz - EStG - haben Ausländer dann einen Anspruch auf Festsetzung von Kindergeld, wenn sie im Besitz bestimmter aufenthaltsrechtlicher Titel ab 2005 nach dem Aufenthaltsgesetz oder für die Zeit davor von bestimmten ausländerrechtlichen Genehmigungen nach dem Ausländergesetz sind. Die Aufenthaltsgenehmigungen nach dem Ausländergesetz sind nach der Rechtsprechung des BFH (vgl. BFH-Beschluss vom 14.09.2009 III B 54/08, BFH/NV 2010, 32) nach Maßgabe des § 101 Aufenthaltsgesetz in aufenthaltsrechtliche Titel nach dem Aufenthaltsgesetz zu behandeln. Der neugefasste § 62 Abs. 2 EStG ist gem. § 52 Abs. 61 a Satz 2 EStG auf alle Sachverhalte anzuwenden, bei denen das Kindergeld noch nicht bestandskräftig festgesetzt worden ist.

Der Kläger war im Besitz von Aufenthaltstiteln, die zum Bezug von Kindergeld berechtigen. Er war seit dem 11. Oktober 1991 im Besitz einer Aufenthaltsbefugnis nach § 32 Ausländergesetz; seit dem Jahre 1994 war er aufgrund einer vom Arbeitsamt Hannover ausgestellten Erlaubnis auch zur Aufnahme einer nicht selbstständigen Arbeit berechtigt. Diese nach § 32 Ausländergesetz erteilte Aufenthaltsbefugnis entspricht einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 Aufenthaltsgesetz, in deren Besitz der Kläger seit dem Kläger 2005 ist (vgl. BFH-Beschluss vom 18.02.2009 III B 132/08, BFH/NV 2009, 922).

§ 62 Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe c EStG schließt allerdings den Kindergeldbezug eines Ausländers aus, wenn die Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 Aufenthaltsgesetz wegen eines Krieges im Heimatland erteilt worden ist. Dieser Ausschlussgrund liegt beim Kläger nicht vor; seine Aufenthaltserlaubnis ist nicht wegen eines in seinem Heimatland Libanon herrschenden Krieges ausgestellt worden.

2. Der Festsetzung von Kindergeld ab Geburt der Kinder im Januar 2004 bzw. September 2005 bis November 2006 stehen die gegenüber der Ehefrau des Klägers ergangenen Bescheide der Familienkasse, mit denen die Festsetzung von Kindergeld abgelehnt wird, nicht entgegen.

Nach §§ 62, 63 EStG steht jedem Elternteil unter den dort im Einzelnen genannten Voraussetzungen ein Anspruch auf Zahlung von Kindergeld zu. Sind für ein Kind mehrere Personen kindergeldberechtigt, wird das Kindergeld nach § 64 Abs. 1 EStG nur einem der Berechtigten gezahlt. Der vorrangig Berechtigte bestimmt sich nach § 64 Abs. 2 EStG. Lebt das Kind in dem gemeinsamen Haushalt der Eltern, so bestimmen diese untereinander den Kindergeldberechtigten (§ 64 Abs. 2 Satz 2 EStG).

Der Kläger und seine Ehefrau haben zunächst die Ehefrau als Kindergeldberechtigte bestimmt. Dies ergibt sich daraus, dass die Ehefrau den Antrag auf Festsetzung von Kindergeld gestellt und der Kläger im Antragsformular sein Einverständnis erklärt hat, dass seiner Ehefrau das Kindergeld ausgezahlt wird. Diese einvernehmliche Berechtigtenbestimmung kann grundsätzlich nicht rückwirkend geändert werden (vgl. Niedersächsisches Finanzgericht Urteil vom 08.09.1998 VI 788/97 Ki, EFG 1998, 1654; Schleswig-Holsteinisches Finanzgericht Urteil vom 31.03.1999 III 1493/98, EFG 1999, 786). Ausnahmsweise wird eine rückwirkende Berechtigtenbestimmung dann für zulässig gehalten, wenn das Kindergeld noch nicht ausgezahlt worden ist (Schleswig-Holsteinisches Finanzgericht in EFG 1999, 786) bzw. noch nicht bestandskräftig festgesetzt worden ist (Niedersächsisches Finanzgericht in EFG 1998, 1654).

Die Frage, ob eine rückwirkende Änderung des Berechtigten möglich ist, wenn die Festsetzung von Kindergeld gegen den ursprünglich als berechtigt bestimmten Elternteil bestandskräftig abgelehnt worden ist, ist bisher nicht entschieden. Der Senat kann diese grundsätzliche Frage dahinstehen lassen. Er ist allerdings der Auffassung, dass bei dem hier zu urteilenden Sachverhalt die gegen die Ehefrau des Klägers ergangenen Ablehnungsbescheide der Kindergeldfestsetzung zugunsten des Klägers nicht entgegenstehen. Die Anträge der Ehefrau auf Festsetzung von Kindergeld sind von der Familienkasse abgelehnt worden, weil die Ehefrau die nach § 62 Abs. 2 EStG gestellten Voraussetzungen, unter denen Ausländer Kindergeld gezahlt erhalten, nicht erfüllt hat. Die Ablehnung der Zahlung von Kindergeld ist also aus Gründen erfolgt, die in der Person der Antragstellerin liegen. Die Familienkasse hat sich darauf gestützt, dass die Ehefrau während der Geltungsdauer des Ausländergesetzes nur eine Aufenthaltsbefugnis gehabt habe, die ab dem 1. Januar 2005 als Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 Aufenthaltsgesetz fortgewirkt habe. Dieser Aufenthaltstitel begründet nach § 62 Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe c i.V.m. Nr. 3 EStG einen Anspruch auf Kindergeld nur dann, wenn sich die Antragstellerin mindestens drei Jahre rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt. Diese Voraussetzungen

lagen und liegen bei der Ehefrau des Klägers nicht vor. Ihr ist eine Arbeitserlaubnis nicht ausgestellt worden; sie war nicht berufstätig und hat weder Leistungen nach dem SGB III erhalten noch Elternzeit in Anspruch genommen. Demgegenüber liegen die Voraussetzungen für die Zahlung von Kindergeld bei dem Kläger vor, wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt. Der Streitfall weist somit die Besonderheit auf, dass von den Eheleuten unter den einschränkenden Voraussetzungen von § 62 Abs. 2 EStG nur der Kläger und nicht seine Ehefrau kindergeldberechtigt war. In diesem Fall besteht eine Anspruchskonkurrenz zwischen zwei berechtigten Elternteilen, die über § 64 Abs. 2 EStG zu lösen ist, nicht. Denn tatsächlich hat nur der Kläger einen Anspruch auf Kindergeld. Unter diesen Voraussetzungen ist der Senat der Auffassung, dass ergangene Ablehnungsbescheide gegen den anderen Elternteil, bei dem die persönlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, einer Kindergeldfestsetzung zugunsten des anderen zum Kindergeldbezug berechtigten Elternteils nicht entgegenstehen. Denn die Bestimmung nach § 64 Abs. 2 Satz 2 EStG hat in diesen Fällen keine tatsächliche Bedeutung, da nur ein Elternteil Anspruch auf Zahlung von Kindergeld hat, eine Anspruchskonkurrenz, die nach § 64 Abs. 2 EStG zu lösen wäre, nicht besteht.

Die Rechtsprechung des BFH, wonach Ablehnungsbescheide für den Zeitraum ihrer zeitlichen Geltung der Festsetzung von Kindergeld entgegensteht, ist im Streitfall nicht einschlägig. Denn die vom BFH entschiedenen Fälle betreffen ausnahmslos den Sachverhalt, dass sie von dem gleichen Kindergeldberechtigten gestellt worden sind. Ein derartiger Sachverhalt liegt im Streitfall nicht vor.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 151 Abs. 1 und 3 FGO i.V.m. § 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Senat hat die Revision nach § 115 Abs. 2 Nr. 2 1. Alternative FGO zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die **R e v i s i o n** zu.

Die Revision ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils bei dem Bundesfinanzhof schriftlich einzulegen. Die Revisionsschrift 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.

Die Revision kann auch über den elektronischen Gerichtsbriefkasten des Bundesfinanzhofs eingelegt und begründet werden, der über die vom Bundesfinanzhof zur Verfügung gestellte Zugangs- und Übertragungssoftware erreichbar ist. Die Software kann über die Internetseite www.bundesfinanzhof.de lizenzkostenfrei heruntergeladen werden. Hier befinden sich auch weitere Informationen über die Einzelheiten des Verfahrens, das nach der Verordnung der Bundesregierung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesverwaltungsgericht und beim Bundesfinanzhof vom 26. November 2004 (BGBl. I S. 3091) einzuhalten ist.

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, Rechtsanwaltsgesellschaften, 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 Str. 109, 81675 München, sowie den Telefax-Anschluss: 089/ 9231-201.

gez. Elvers

gez. Grune

gez. Christochowitz

Ausgefertigt:

Hannover, den 22. Oktober 2010

**Niedersächsisches Finanzgericht
Geschäftsstelle**



Grudziński

Angestellte/r

Orkundsbeamt/in/er der Geschäftsstelle