

FG Baden-Württemberg

Urteil vom 10.10.2012

T e n o r

1. Unter Aufhebung des Bescheids der Beklagten vom 5. Dezember 2005 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 25. November 2010 wird die Beklagte verpflichtet, für Juli 2005 für die Kinder B, C, D, E, F und G Kindergeld in der gesetzlichen Höhe festzusetzen (für B, C und D je 154,- EUR und für E, F und G je 179,- EUR).
2. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren wird für notwendig erklärt.
4. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Ermöglicht der noch zu erlassende Kostenfestsetzungsbeschluss eine Vollstreckung im Wert von mehr als 1.500,- EUR, hat der Kläger in Höhe des vollstreckbaren Kostenerstattungsanspruchs Sicherheit zu leisten. Liegt der vollstreckbare Kostenerstattungsanspruch im Wert bei 1.500,- EUR oder darunter, ist das Urteil hinsichtlich der Kosten ohne Sicherheitsleistung vollstreckbar. In diesem Fall kann die Beklagte der Vollstreckung widersprechen, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung in Höhe des vollstreckbaren Kostenerstattungsanspruchs Sicherheit leistet.
5. Die Revision wird zugelassen.

T a t b e s t a n d

Der Kläger ist libanesischer Staatsangehöriger und Vater von B (geb. xx.xx. 1987), C (geb. xx.xx. 1989), D (geb. xx.xx. 1990), E (geb. xx.xx. 1994), F (geb. xx.xx. 1996) und G (geb. xx.xx. 2002). Er ist erstmalig am 21. Februar 1989 in die Bundesrepublik eingereist und hat mit Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 25. Juli 2001 einen Aufenthaltstitel nach § 23a Aufenthaltsgesetz (AufenthG) erstritten. Seit 18. Mai 2006 hat er eine Niederlassungserlaubnis (§ 26 Abs. 4 AufenthG; Kindergeldakte Blatt 38).

Am 7. Mai 2002 beantragte er Kindergeld für seine Kinder, was mit Bescheid der Beklagten vom 16. Mai 2002 bestandskräftig abgelehnt wurde.

Am 14. März 2005 stellte der Kläger erneut einen Kindergeldantrag für seine sechs Kinder. Auch diesen lehnte die Beklagte (mit Bescheid vom 14. April 2005) ab. Die Voraussetzungen von § 62 Einkommensteuergesetz (EStG) lägen nicht vor.

Mit Schreiben vom 5. Juli 2005 beehrte der Anwalt des Klägers die „Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 44 Zehntes Sozialgesetzbuch (SGB X)“. Der Kläger sei bereits seit 2004 in dem Besitz von Aufenthaltserlaubnissen. Diese gälten gemäß § 101 Abs. 2 AufenthG als Aufenthaltserlaubnisse nach neuem Recht fort. Das ermögliche den Bezug von Kindergeld nach § 62 EStG. Um nochmalige Überprüfung werde gebeten.

Das Schreiben des Anwalts legte die Beklagte als Antrag auf Festsetzung von Kindergeld aus, den sie mit Bescheid vom 5. Dezember 2005 ablehnte. Der Kindergeldanspruch des Klägers richte sich ausschließlich nach den Vorschriften des EStG. Ein Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 44 SGB X sei nicht möglich. Die Voraussetzungen des § 62 EStG lägen noch immer nicht vor.

Das dagegen geführte Rechtsbehelfsverfahren, das im Hinblick auf eine auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 6. Juli 2004 1 BvL 4/97, 5/97 und 6/97 zu ergehende Regelung vom 19. Januar 2006 - 1. Januar 2010 ruhte, blieb erfolglos (s. Einspruchsentscheidung vom 25. November 2010).

Die dagegen erhobene Klage begründet der Kläger, vertreten durch seinen Prozessbevollmächtigten, wie folgt: Ein Anspruch auf Kindergeld bestehe. Bis zum Wechsel seiner Arbeitsstelle sei er bei der U beschäftigt gewesen. Diese Arbeitsstelle habe er zu Beginn des Jahres 2005 angetreten. Dort sei es jedoch zu Unstimmigkeiten mit dem Arbeitgeber gekommen. Deswegen habe man einvernehmlich zum 30. Juni 2005 das Arbeitsverhältnis gekündigt. Daraufhin habe er sich zum Arbeitsamt begeben. Dort sei er nach den Gründen für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gefragt worden. Er habe dann gesagt, es sei durch einen Aufhebungsvertrag beendet worden. Daraufhin sei er vom Sachbearbeiter darüber informiert worden, dass bei einvernehmlicher Aufhebung des Arbeitsverhältnisses eine Sperre von drei Monaten eintrete. Wenn er sich allerdings nicht arbeitslos melde und eine andere Stelle fände, sei dies das Beste. So sei er dann verfahren. Er habe sich nicht arbeitslos gemeldet, und ihm sei es dann gelungen, zum 1. August 2005 eine Arbeitsstelle zu finden. Beim neuen Arbeitgeber arbeite er noch heute.

Das Kriterium der Arbeitsmarktintegration sei verfassungsrechtlich nicht zulässig. Zudem sei § 1 Abs. 3 Bundeskindergeldgesetz (BKGG) zu beachten. Des Weiteren sei es ausreichend, dass er durch seine vorhergehende Arbeitszeit Anwartschaftsrechte gegenüber der Bundesagentur für Arbeit erworben habe. Diese sollten ausreichen, um als Anwartschaftsrechte ein Versicherungspflichtverhältnis zu begründen, auch wenn dieses wegen der nur kurzzeitigen Unterbrechung von einem Monat durch Aufnahme einer anderen Arbeit nicht in Anspruch genommen worden sei.

Nach Beendigung der vorhergehenden Beschäftigung habe er die Zeit genutzt, sich bis zum Beginn des neuen Arbeitsverhältnisses zum 1. August 2005 zu erholen. An der neuen Arbeitsstelle hätte er erst nach einer 6-monatigen Mindestbeschäftigungszeit Urlaub nehmen können. Er sei nur kurzzeitig nicht in einem Arbeitsverhältnis gestanden. Weil er bereits zum 1. August 2005 seine neue Tätigkeit habe beginnen können, habe er sich auch nicht arbeitslos melden können. Er habe ja schon die neue Tätigkeit vereinbart gehabt, derentwegen er die frühere Beschäftigung beendet habe. Hätte er sich arbeitslos gemeldet, wäre er nicht verfügbar gewesen, wegen der neuen Arbeitsstelle, die er auch habe antreten wollen. In der theoretisch möglichen Zeit der Arbeitslosmeldung und Arbeitssuche zwischen 1. Juli 2005 und 1. August 2005 hätte er bei jedem Vorstellungsgespräch den Arbeitgeber der angebotenen Arbeitsstelle darüber informiert, dass er bereits eine andere Arbeitsstelle zum 1. August 2005 habe und deswegen nur einige Tage bis dahin arbeiten könne. Er hätte dann

in jedem Fall eine Ablehnung erhalten - mit allen möglichen Folgen bis hin zu ggf. erst mühselig wieder zu korrigierenden Sperrzeitbescheiden. Bei der gegebenen Situation wäre er bei richtiger Rechtsanwendung vom Arbeitsamt gar nicht als arbeitslos und arbeitssuchend aufgenommen und deshalb auch als weiterhin erwerbstätig betrachtet worden. Der Begriff der Erwerbstätigkeit solle nicht so eng gefasst werden können, dass kurzzeitige Unterbrechungen, wie hier - da eine zusammenhängende Erwerbsbiographie beibehalten - zum Wegfall dieses Status führen.

Der Kläger beantragt, unter Aufhebung des Bescheids der Beklagten vom 5. Dezember 2005 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 25. November 2010 die Beklagte zu verpflichten, für Juli 2005 für die Kinder B, C, D, E, F und G Kindergeld in der gesetzlichen Höhe festzusetzen (für B, C und D je 154,- EUR und für E, F und G je 179,- EUR).

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen, hilfsweise, die Revision zuzulassen.

Zur Begründung führt sie aus, für den Juli 2005 habe der Kläger weder eine Erwerbstätigkeit noch den Bezug von Arbeitslosengeld (ALG) I nachgewiesen. Einschlägig sei im Streitfall § 62 Abs. 2 EStG und nicht § 1 Abs. 3 BKGG. Anwartschaftsrechte genügten nicht. Insoweit sei der Gesetzestext eindeutig.

Im Rahmen des Klageverfahrens legte der Kläger die folgenden Unterlagen vor:

- Gehaltsnachweise für Mai - Juni 2005 (Finanzgerichtsakte - FG-Akte - Blatt 24 f.). Danach war er vom 1. Mai - 3. Juni 2005 bei U, X beschäftigt.
- Gehaltsnachweise für August 2005 - April 2006 (FG-Akte Blatt 26 ff.). Danach war er ab 1. August 2005 beim P, Y beschäftigt.
- Am 28. März 2012 fand ein Erörterungstermin statt. Auf die Sitzungsniederschrift wird verwiesen (FG-Akte Blatt 135).

In der Folge legte der Klägervertreter weder einen Arbeitsvertrag ab 1. August 2005 noch Nachweise über Gespräche mit dem neuen Arbeitgeber ab 1. August 2005 vor. Er führte aus, es sei kein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen worden. Das Arbeitsverhältnis sei so zustande gekommen, dass der Kläger bei ... firmen, auch bei seinem neuen Arbeitgeber, durch persönliche Vorsprache nach freien Arbeitsstellen gefragt habe. Bei seinem neuen Arbeitgeber habe man aufgrund der Urlaubszeit Kapazität frei gehabt. Zunächst sei er für einen Monat auf Probe, später dann fest angestellt worden. Die Verhandlungen seien mündlich erfolgt. Mit seiner Einstellung sei der Geschäftsführer der Firma befasst gewesen, Herr Z. Mit Beweisbeschluss vom 22. Mai 2012 ordnete der Senat dessen Vernehmung als Zeugen an.

Am 10. Oktober 2012 fand die mündliche Verhandlung statt. Wegen des Inhalts der Sitzung wird auf die Niederschrift, wegen des Inhalts der Zeugenaussage auf die Tonaufnahme Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe

1. Die Klage ist begründet. Die Beklagte hat dem Kläger zu Unrecht Kindergeld in der gesetzlichen Höhe für seine sechs Kinder für den Monat Juli 2005 versagt.

a. Der Anspruch des Klägers ergibt sich aus § 62 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c, Nr. 3 EStG. Danach erhält ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer Kindergeld nur, wenn er bspw. eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23a AufenthG besitzt, sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach dem SGB III bezieht oder Elterngeld in Anspruch nimmt.

Für den Streitzeitraum hatte der Kläger eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23a AufenthG und hielt sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet auf. Mit Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 25. Juli 2001 hatte er sich einen Aufenthaltstitel nach § 23a AufenthG erstritten.

Daneben war der Kläger im Streitzeitraum (Juli 2005) auch berechtigt erwerbstätig im Sinne von § 62 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b EStG, denn bereits im Juli 2005 war er für seinen künftigen Arbeitgeber (s. Arbeitsvertrag ab 1. August 2005), das P, Y, im Rahmen eines Probearbeitsverhältnisses nichtselbständig beschäftigt.

Berechtigt erwerbstätig im Sinne von § 62 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b EStG ist, wer eine selbständige Tätigkeit oder nichtselbständige Beschäftigung im Sinne von § 2 Abs. 2 AufenthG in Verbindung mit § 7 SGB IV ausübt, die durch Rechtsvorschrift allgemein zugelassen ist oder ihm im Einzelfall erlaubt wurde. Eine Mindestdauer und einen Mindestumfang der Erwerbstätigkeit sieht das Gesetz ebenso wenig vor, wie ein Mindesteinkommen (Wendl in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG, Lieferung 07/2012, § 62 Rn. 20). Nach der Legaldefinition des § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisung und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV). Nach § 7 Abs. 2 SGB IV gilt auch der Erwerb beruflicher Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen im Rahmen betrieblicher Berufsbildung als Beschäftigung.

Demzufolge ist nach § 7 Abs. 1 SGB IV Arbeitnehmer, wer von einem Arbeitgeber persönlich - nicht notwendig wirtschaftlich - abhängig ist. Die persönliche Abhängigkeit stellt das wesentliche, das charakteristische Merkmal des Arbeitsverhältnisses dar. Sie bedeutet Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers, insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung. Unter einem Arbeitsverhältnis wird daher vor allem der wirksame Arbeitsvertrag verstanden. Wie schon der Wortlaut des § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV zeigt, ist der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses aber weiter als derjenige des arbeitsrechtlichen Arbeitsvertrags, wenn auch eine Beschäftigung stets anzunehmen ist, wenn nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen ein Arbeitsverhältnis besteht. Es kommt deshalb für das

Vorliegen einer Beschäftigung nicht auf den Abschluss eines wirksamen Arbeitsvertrags, sondern ausschließlich darauf an, ob eine Tätigkeit für einen Dritten aufgenommen und die Verfügungsgewalt des Unternehmers über die Arbeitskraft des Beschäftigten hergestellt wurde (Urteil des Hessischen Landessozialgerichts - LSG - vom 30. September 2011 - L 9 U 46/10, juris - zur Schwarzarbeit). Dies wird (auch mit Blick auf den Wortsinn) regelmäßig schon bei einem Probearbeitsverhältnis der Fall sein. Denn auch insoweit verfügt der Arbeitgeber - allerdings meist unentgeltlich - mit Einwilligung des zur Probe Arbeitenden über dessen Arbeitskraft (Urteil des LSG Hamburg vom 31. Januar 2012 L 3 U 21/11, juris).

Im Streitfall steht unter Anwendung der obigen Kriterien zur Überzeugung des erkennenden Senats aufgrund der Vernehmung des Zeugen Z fest, dass der Kläger im Juli 2005 beim P, Y im Sinne des § 7 SGB IV beschäftigt war. Zwar war zu diesem Zeitpunkt noch kein schriftlicher Vertrag zwischen dem Kläger und dem P abgeschlossen worden, erst recht kein Arbeitsvertrag. Schließlich wollte der zukünftige Arbeitgeber nach der Bewerbung des Klägers ihn im Rahmen eines „Probeschaffens“ kennenlernen (Abspielpunkte: 00:00:22 ff.). Der Zeuge Z führte überzeugend aus, er lege „eigentlich keinen großen Wert“ auf die Vorlage von Unterlagen, aus denen zu ersehen ist, dass jemand für die Tätigkeit geeignet oder ausgebildet ist (Abspielpunkt: 00:01:23). „Für das ist das Probearbeiten da“ (Abspielpunkt: 00:01:26). Er habe die Erfahrung gemacht, „dass jeder in einem Betrieb anders funktioniert wie - das kann sein, dass einer in einem Betrieb funktioniert und in einem anderen nicht“ (Abspielpunkt: 00:01:31). Die Aussagen des Zeugen Z differieren zwar von den Angaben des Klägers hierzu, der sich an eine Probearbeit vor dem 1. August 2005 nicht erinnern konnte. Für das Gericht sind die Ausführungen des Zeugen Z allerdings glaubhaft, da er mehrfach angab, üblicherweise so zu verfahren („1 Woche Probeschaffen“; Abspielpunkte: 00:00:40, 00:01:26, 00:01:56, 00:03:38 ff., 00:04:10, 00:06:42, 00:08:02) und es nicht erkennbar ist, warum er beim Kläger ausnahmsweise hätte anders verfahren sollen, zumal der Zeuge nachvollziehbar ausführte (es gebe so viel Bewerber; Abspielpunkt: 00:07:52), den Kläger zuvor nicht gekannt zu haben (Abspielpunkte: 00:01:00, 00:07:57). Lediglich in den Fällen, in denen man jemanden aus einem festen Arbeitsverhältnis abwerben wolle, mache man das (Probeschaffen) nicht (Abspielpunkt: 00:06:49).

Zwar erfolgte der Abschluss des Arbeitsvertrags erst am Montag, dem 1. August 2005. Jedoch war der Kläger bereits im Juli 2005, während seiner Probearbeit, in die Arbeitsorganisation des Ps eingegliedert und den Weisungen des künftigen Arbeitgebers unterworfen. Die Meister seien, so der Zeuge Z, von ihm, dem Zeugen, danach befragt worden, wie es sei, ob es funktioniere, ob es Defizite gebe (Abspielpunkte: 00:02:12, 00:05:25). Es habe diesbezüglich positive Antworten gegeben, ansonsten wäre der Kläger nicht eingestellt worden (Abspielpunkte: 00:02:22, 00:06:38 ff.). Im Hinblick auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung gab es konkrete Bestimmungen. Der Zeuge Z führte aus, der Kläger habe grundsätzlich dieselbe Arbeitszeit gehabt, wie die anderen (Abspielpunkt: 00:03:59). Der Kläger habe speziellere Sachen zum Arbeiten bekommen, nicht gerade Schwierigkeitsgrad Lehrling. Er habe ganz normal geschafft, ganz normale Arbeit bekommen (Abspielpunkte: 00:04:59 ff.). Damals hätten sie um 7:30 Uhr angefangen und man habe darauf geschaut, ob er kommt - „Das ist auch schon mal was“ (Abspielpunkte: 00:06:02 ff.). Gegen 17:00 Uhr

oder 16:30 Uhr habe der Arbeitstag geendet (Abspielzeitpunkt: 00:07:03). Der Kläger sei schon intensiver vom Meister betreut worden in dieser Zeit, schließlich wisse er nicht unbedingt, wo sich das Werkzeug befinde bzw. kenne verschiedene Werkzeuge nicht (Abspielzeitpunkte: 00:06:15 ff.). „Das geht ja nichts anders - kannst ihn ja nicht einfach murksen lassen“ (Abspielzeitpunkt: 00:06:28). Den Weisungen seines künftigen Arbeitgebers hat sich der Kläger auch unterworfen. Zumindest ist er seit 1. August 2005 bis heute beim P, Y beschäftigt.

Das Ergebnis, im Streitzeitraum von einer Erwerbstätigkeit des Klägers auszugehen, entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers sowie dem Sinn und Zweck des § 62 Abs. 2 EStG. Schließlich hat diese Norm zum Ziel, Kindergeld nur solchen ausländischen Staatsangehörigen zukommen zu lassen, die sich rechtmäßig und voraussichtlich dauerhaft in der Bundesrepublik aufhalten. In der Gesetzesbegründung ist hierzu ausgeführt, dass Indikator für einen solchen dauerhaften Verbleib vor allem die Ausübung einer Beschäftigung bzw. die Integration in den deutschen Arbeitsmarkt ist (BTDrucks 16/1368, S. 8). Die Integration in den deutschen Arbeitsmarkt ist auch während einer einwöchigen Probearbeit beim zukünftigen Arbeitgeber gegeben.

Anhaltspunkte, die gegen die Rechtmäßigkeit der Erwerbstätigkeit des Klägers im Streitzeitraum sprechen, ergeben sich weder aus den Akten noch aus dem Vortrag der Beteiligten.

b. Wegen der o.a. Ausführungen unter Buchst. a kann es dahingestellt bleiben, dass das BVerfG mit Beschluss vom 10. Juli 2012 1 BvL 2/10 - 1 BvL 4/10 und 1 BvL 3/11 (Bundesgesetzblatt - BGBl - I 2012, 1898) entschieden hat, dass der Ausschluss ausländischer Staatsangehöriger, denen der Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen erlaubt ist und die keines der in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchst. b Bundeserziehungsgeldgesetz 2006 (BERzGG) und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Bundeselterngeld- und -Elternzeitgesetz (BEEG) genannten Merkmale der Arbeitsmarktintegration erfüllen, vom Bundeserziehungsgeld und vom Bundeselterngeld gegen Art. 3 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 Satz 1 Grundgesetz (GG) verstößt.

2. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 Finanzgerichtsordnung (FGO).

3. Die Klägerseite beantragte, die Zuziehung eines Bevollmächtigten zum Vorverfahren für notwendig zu erklären. Dem Verfahren lag ein Sachverhalt zugrunde, der in rechtlicher Hinsicht nicht von vornherein als einfach zu beurteilen war. Die Klägerseite durfte sich daher eines Rechtskundigen bedienen, um eine erfolgversprechende Rechtsverfolgung zu erreichen. Der Senat hält hiernach die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren für notwendig (§ 139 Abs. 3 Satz 3 FGO).

4. Der Ausspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 151 FGO in Verbindung mit §§ 708 Nr. 11, 709, 711 Zivilprozessordnung.

5. Die Revision ist gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO zugelassen worden, da das Gericht der vorliegend entschiedenen Frage grundsätzliche Bedeutung beimisst.