Urteil vom 16. Mai 2013, III R 8/11

Kindergeld für einen polnischen Saisonarbeitnehmer

BFH III. Senat

EWGV 1408/71 Art 13 Abs 1 S 1, EWGV 1408/71 Art 14a Nr 1 Buchst a, EStG § 1 Abs 3, EStG § 62 Abs 1 Nr 2 Buchst b, EStG VZ 2007

vorgehend FG Düsseldorf, 31. Januar 2011, Az: 10 K 2378/08 Kg

Leitsätze

1. Ein sich aus § 62 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b EStG ergebender Anspruch auf Kindergeld entfällt nicht dadurch, dass der Anspruchsberechtigte gemäß Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 nicht den deutschen Rechtsvorschriften, sondern nur den Vorschriften eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union unterliegt. Für die Anwendbarkeit der deutschen Rechtsvorschriften bedarf es keines zusätzlichen nationalen Anwendungsbefehls.

2. Ist Deutschland nach den Bestimmungen der Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 der nicht zuständige Mitgliedstaat und auch nicht der Wohnmitgliedstaat des betreffenden Kindes, dann ist die Konkurrenz zu Ansprüchen, die im zuständigen Mitgliedstaat bestehen, nach nationalem Recht zu lösen.

3. Bei der Auslegung der deutschen Konkurrenzvorschrift des § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG sind die Anforderungen des Primärrechts der Union auf dem Gebiet der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu beachten.

Tatbestand

I.

1 Der Kläger und Revisionskläger (Kläger), ein polnischer Staatsangehöriger, ist der Vater der 1995 und 2000 geborenen Kinder A und S. Er lebt mit seiner Familie in Polen.

2 Vom 30. Mai bis 6. Juli und vom 16. August bis 12. Oktober 2007 war der Kläger bei einem deutschen Unternehmen im Inland nichtselbständig beschäftigt. In seinem Heimatland Polen war er als Selbständiger sozialversicherungspflichtig. In der von ihm eingereichten Einkommensteuererklärung 2007 beantragte er, als unbeschränkt einkommensteuerpflichtig behandelt zu werden. Ausweislich der beigefügten Bescheinigung "EU/EWR" hatte er im Jahr 2007 in Polen keine steuerpflichtigen Einkünfte erzielt.

3 Er beantragte im März 2008 die Bewilligung von Kindergeld und gab hierbei unter anderem an, dass seine Ehefrau für den Zeitraum September 2006 bis August 2007 polnische Familienleistungen bezogen habe. Außerdem legte er eine Lohnsteuerbescheinigung vor. Danach hatte er während seines Aufenthalts in Deutschland insgesamt 4.236,69 € brutto verdient.

4 Die Beklagte und Revisionsbeklagte (Familienkasse) lehnte den Antrag ab. Einspruch und Klage blieben erfolglos. Das Finanzgericht (FG) gab zur Begründung an, dass ein Kindergeldanspruch aufgrund der Regelungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (VO Nr. 1408/71), nur nach polnischem, nicht aber nach deutschem Recht bestehe. Der Kläger unterliege wegen seiner selbständigen Tätigkeit in Polen und seiner nur vorübergehenden unselbständigen Tätigkeit in Deutschland gemäß Art. 14a Nr. 1 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 den polnischen Rechtsvorschriften über Familienleistungen. Die Regelungen der VO Nr. 1408/71 seien abschließend, so dass das deutsche Kindergeldrecht auch nicht subsidiär anwendbar sei. Den §§ 62 ff. des Einkommensteuergesetzes (EStG) sei nicht zu entnehmen, dass deutsches Kindergeldrecht auch dann anzuwenden sei, wenn nach dem Wortlaut der VO Nr. 1408/71 die Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats Anwendung fänden. Ein Anwendungsbefehl zugunsten des

nationalen Rechts wäre aber zu erwarten, weil die VO Nr. 1408/71 als überstaatliches Recht den nationalen Rechtsvorschriften vorgehe und deren Anwendungsbereich begrenze.

5 Mit seiner Revision macht der Kläger geltend, dass Art. 14a Nr. 1 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 nicht einschlägig sei. Nach dem Grundsatz des Art. 13 Abs. 2 der VO Nr. 1408/71 sei wegen der in Deutschland ausgeübten nichtselbständigen Beschäftigung daher deutsches Recht anzuwenden. Das FG habe damit bereits das Gemeinschaftsrecht fehlerhaft angewandt. Darüber hinaus habe es dem Gemeinschaftsrecht zu Unrecht eine rechtsnormverkürzende Wirkung beigemessen. Selbst bei Anwendbarkeit des polnischen Rechts seien die deutschen Rechtsvorschriften nicht gesperrt. Die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom 20. Mai 2008 C-352/06, Bosmann (Slg. 2008, I-3827) werde in der Literatur zutreffend so bewertet, dass europäisches koordinierendes Sozialrecht niemals rechtsverkürzend oder gar rechtsvernichtend, sondern stets nur rechtserweiternd wirke.

6 Der Kläger beantragt, das FG-Urteil aufzuheben und die Familienkasse unter Aufhebung des Bescheids vom 2. Mai 2008 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 29. Mai 2008 zu verpflichten, Kindergeld für die Kinder A und S für die Monate Mai bis einschließlich Oktober 2007 festzusetzen.

7 Die Familienkasse beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

8 Der Kläger habe in keinem Versicherungspflichtverhältnis zur Bundesagentur für Arbeit gestanden, sondern der polnischen Sozialversicherung unterlegen. Da bereits die Versicherung in einem Zweig der sozialen Sicherheit zur Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs der VO Nr. 1408/71 führe, müsse auch die Frage, in welchem Mitgliedstaat die Beschäftigung ausgeübt werde, am Versichertenstatus festgemacht werden. Das Versicherungsland habe daher als Beschäftigungsland i.S. der Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 zu gelten. Es bleibe daher bei der Zuweisung des hier zu beurteilenden Sachverhalts unter die polnischen Rechtsvorschriften.

9 Die Beteiligten haben auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

Entscheidungsgründe

II.

10 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des FG-Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--). Das FG ist rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass die deutschen Kindergeldvorschriften (§§ 62 ff. EStG) deshalb nicht anwendbar seien, weil der Streitfall gemäß Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 14a Nr. 1 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 --ausschließlich-- den polnischen Rechtsvorschriften unterlegen habe.

11 1. Die Familienkasse Sachsen der Bundesagentur für Arbeit ist aufgrund eines Organisationsaktes (Beschluss des Vorstands der Bundesagentur für Arbeit Nr. 21/2013 vom 18. April 2013 gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 11 des Finanzverwaltungsgesetzes, Amtliche Nachrichten der Bundesagentur für Arbeit, Ausgabe Mai 2013, S. 6 ff., Nr. 2.2 der Anlage 2) im Wege des gesetzlichen Parteiwechsels in die Beteiligtenstellung der Agentur für Arbeit Wesel (Familienkasse) eingetreten (s. dazu Beschluss des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 3. März 2011 V B 17/10, BFH/NV 2011, 1105, unter II.A.).

12 2. Nach § 62 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b EStG hat u.a. Anspruch auf Kindergeld, wer ohne Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland nach § 1 Abs. 3 EStG als unbeschränkt einkommensteuerpflichtig behandelt wird.

13 Die sich aus dieser Norm ergebende Anspruchsberechtigung entfällt nicht dadurch, dass eine Person gemäß Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 nicht den deutschen Rechtsvorschriften, sondern nur (vgl. Art. 13 Abs. 1 Satz 1 der VO Nr. 1408/71) den Vorschriften eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union unterliegt. An der gegenteiligen Auffassung, die der vorinstanzlichen Entscheidung zugrunde liegt und die auch der BFH bisher in ständiger Rechtsprechung vertreten hat (z.B. BFH-Urteile vom 13. August 2002 VIII R 61/00, BFHE 200, 205, BStBl II 2002, 869, und VIII R 97/01, BFHE 200, 211, BStBl II 2002, 869; Senatsurteil vom 24. März 2006 III R 41/05, BFHE 212, 551, BStBl II 2008, 369), kann der Senat mit Blick auf die EuGH-Urteile in den Rechtssachen Bosmann in Slg. 2008, I-3827 sowie vom 12. Juni 2012 C-611/10, C-612/10, Hudzinski und Wawrzyniak (Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeits-recht --ZESAR-- 2012, 475) nicht mehr festhalten. Das vom BFH durch Auslegung des Art. 13 Abs. 1 der VO Nr. 1408/71 gewonnene "unionsrechtliche Verbot" der Gewährung deutschen Kindergeldes

zugunsten von Personen, die nur den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats unterliegen, beruht nach Auffassung des EuGH auf einem fehlerhaften Verständnis der verordnungsrechtlichen Vorschriften zur Bestimmung des anwendbaren Rechts.

14 Da somit eine europarechtlich begründete Sperrwirkung des Art. 13 Abs. 1 Satz 1 der VO Nr. 1408/71 gerade nicht besteht, richtet sich die Anspruchsberechtigung auch bei Personen und bei Leistungen, die dem persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich der VO Nr. 1408/71 unterliegen, allein nach den Bestimmungen des deutschen Rechts.

15 Es bedarf nach Auffassung des Senats auch keines zusätzlichen nationalen Anwendungsbefehls. Ungeachtet der schwierigen Frage, wie ein solcher Anwendungsbefehl zu formulieren wäre, basiert diese Forderung auf der Rechtsauffassung, dass Art. 13 Abs. 1 Satz 1 der VO Nr. 1408/71 eine Sperrwirkung (Verbot) für die Anwendung der Rechtsvorschriften des nicht zuständigen Mitgliedstaats begründet. Sollen die an sich nicht anwendbaren Vorschriften des unzuständigen Mitgliedstaats dennoch angewendet werden, so bedarf es einer ausdrücklichen Willensäußerung des Gesetzgebers dieses Staates. Dieser in der Rechtsprechung der FG vertretenen Auffassung (vgl. z.B. Urteile des FG Düsseldorf vom 17. Februar 2009 10 K 501/08 Kg, Entscheidungen der Finanzgerichte 2009, 761; vom 24. September 2010 16 K 3718/08 Kg, juris) wurde spätestens durch das EuGH-Urteil Hudzinski und Wawrzyniak in ZESAR 2012, 475 die Grundlage entzogen. Denn die angenommene europarechtliche Sperrwirkung besteht gerade nicht. Richtet sich die Kindergeldberechtigung einer Person demnach allein nach den nationalen Vorschriften des an sich unzuständigen Mitgliedstaats, dann ist für das geltende deutsche Recht festzustellen, dass diesem keine Einschränkung zu entnehmen ist, dass Kindergeld im Falle grenzüberschreitender Sachverhalte nur unter dem Vorbehalt der Zuständigkeit Deutschlands i.S. der Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 zu gewähren ist. Selbst wenn ein solcher --still-schweigender-- Vorbehalt dem Willen des Gesetzgebers entsprochen haben sollte, so fehlt es jedenfalls an der tatbestandlichen Ausformulierung dieser Absicht. Aus der Gesetzgebungsgeschichte geht hervor, dass der Gesetzgeber die mit dem Jahressteuergesetz 1996 vollzogene Neukonzeption des Kindergeldrechts durchaus mit der VO Nr. 1408/71 abgestimmt hat. So hat er den sozialrechtlichen Kindergeldanspruch insbesondere für solche Wanderarbeitnehmer vorgesehen, die nach der VO Nr. 1408/71 den deutschen Bestimmungen über soziale Sicherheit unterliegen (vgl. BTDrucks 13/1558, S. 163) und (nur) deshalb in einem Versicherungspflichtverhältnis zur Bundesagentur für Arbeit (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Bundeskindergeldgesetzes --BKGG--) stehen (können). Das Abstellen auf ein bestehendes Versicherungspflichtverhältnis in der deutschen Sozialversicherung, das wiederum von der Anwendbarkeit des deutschen Sozialrechts gemäß Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 abhängt, stellt gewissermaßen den deutschen Anwendungsbefehl für den sozialrechtlichen Kindergeldanspruch dar. Ein vergleichbarer Vorbehalt bzw. --positiv gewendet-- Anwendungsbefehl hinsichtlich der Anwendbarkeit der deutschen Bestimmungen gemäß der VO Nr. 1408/71 fehlt dagegen im Anwendungsbereich des steuerrechtlichen Kindergeldes. Dieses hat der Gesetzgeber ohne weitere einschränkende Voraussetzungen (nur) vom Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, also der unbeschränkten Einkommensteuerpflicht (§ 62 Abs. 1 Nr. 1 EStG) und --für bestimmte grenzüberschreitende Sachverhalte-- von der fiktiven unbeschränkten Einkommensteuerpflicht gemäß § 1 Abs. 3 EStG (§ 62 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b EStG) abhängig gemacht. Eine Differenzierung der sich aus § 62 Abs. 1 Nr. 2 EStG ergebenden Anspruchsberechtigung nach der Anwendbarkeit der deutschen Bestimmungen findet sich dort nicht. Nur wenn die Regelung in Buchst. b des § 62 Abs. 1 Nr. 2 EStG in dieser Form nicht existierte, würde der Kindergeldanspruch einer Person, die auf Antrag als unbeschränkt einkommensteuerpflichtig gemäß § 1 Abs. 3 EStG behandelt wird, von der Anwendbarkeit der deutschen Rechtsvorschriften gemäß Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 abhängen. Denn in einem solchen Fall würde die steuerliche Freistellung des Kinderexistenzminimums allein durch den auch im Falle des § 1 Abs. 3 EStG bestehenden Anspruch auf einen Kinderfreibetrag (vgl. Schmidt/Loschelder, EStG, 32. Aufl., § 32 Rz 2) bewirkt werden. Kindergeld als Sozialleistung könnte von der als unbeschränkt steuerpflichtig behandelten Person aber nur dann beansprucht werden, wenn sie nach Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 den deutschen Bestimmungen über soziale Sicherheit unterliegen würde. Denn nur bei Anwendbarkeit des deutschen Sozialrechts kann überhaupt ein Versicherungspflichtverhältnis zur Bundesagentur für Arbeit i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 1 BKGG begründet werden. Dies zeigt, dass nach geltender Rechtslage der nach § 62 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b EStG begründete Anspruch eines Saisonarbeitnehmers, der gemäß Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 den deutschen Bestimmungen über soziale Sicherheit nicht unterliegt, nicht ausgeschlossen werden kann. Die Versagung des Kindergeldes kann nicht mit dem Hinweis auf den fehlenden positiven Anwendungsbefehl des Gesetzgebers begründet werden, sondern kann allenfalls durch Änderung bzw. Streichung des Buchst. b in § 62 Abs. 1 Nr. 2 EStG erreicht werden. Somit obliegt die Entscheidung, den Kindergeldanspruch solcher als unbeschränkt einkommensteuerpflichtig behandelter Personen, die gemäß Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 den deutschen Bestimmungen über soziale Sicherheit nicht unterliegen, durch Änderung oder Aufhebung des § 62 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b EStG zu versagen, allein dem Gesetzgeber.

16 3. Gemessen an diesen Maßstäben kann die Entscheidung der Vor-instanz keinen Bestand haben.

17 a) Nach den nicht angegriffenen und damit bindenden Feststellungen des FG war der Kläger in Polen selbständig tätig und nur vorübergehend in Deutschland als Arbeitnehmer beschäftigt. Das FG hat danach gemäß Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 14a Nr. 1 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 zutreffend das polnische Recht als anwendbar bestimmt (zum anwendbaren Recht bei einem Saisonarbeitnehmer vgl. BFH-Beschluss vom 21. Oktober 2010 III R 35/10, BFHE 231, 194; EuGH-Urteil Hudzinski und Wawrzyniak in ZESAR 2012, 475).

18 b) Entgegen der Auffassung der Vorinstanz entfalten die Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 aber keine Sperrwirkung hinsichtlich der Anwendung der deutschen Rechtsvorschriften. Die grundsätzliche Anspruchsberechtigung des Klägers folgt damit aus § 62 Abs. 1 EStG. Eines zusätzlichen Anwendungsbefehls bedarf es nicht.

19 4. Die Sache ist nicht spruchreif.

20 Das FG hat --von seinem Standpunkt aus folgerichtig-- keine Tatsachen zur Anspruchsberechtigung des Klägers nach deutschem Recht festgestellt. Diese Feststellungen, insbesondere zum Vorliegen der fiktiven unbeschränkten Steuerpflicht (§ 62 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b EStG), wird das FG im zweiten Rechtsgang nachzuholen haben. Für die weitere Prüfung weist der Senat auf Folgendes hin:

21 a) Ausgangspunkt der Prüfung ist die Frage, ob der Kläger im Streitzeitraum die Anspruchsvoraussetzungen der §§ 62 ff. EStG erfüllt hat.

22 aa) Für Kinder i.S. des § 63 EStG hat nach § 62 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b EStG Anspruch auf Kindergeld, wer ohne Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland nach § 1 Abs. 3 EStG als unbeschränkt einkommensteuerpflichtig behandelt wird. Hierzu hat der erkennende Senat entschieden, dass eine Kindergeldberechtigung nach § 62 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b EStG voraussetzt, dass der Anspruchsteller aufgrund eines entsprechenden Antrags vom zuständigen Finanzamt (FA) nach § 1 Abs. 3 EStG als unbeschränkt einkommensteuerpflichtig behandelt wird (Senatsurteil vom 24. Mai 2012 III R 14/10, BFHE 237, 239, BStBl II 2012, 897). Die Tatsache allein, dass beispielsweise bei einem ausländischen Saisonarbeitnehmer im Einkommensteuerbescheid von einer unbeschränkten Steuerpflicht ausgegangen wurde, besagt nicht notwendigerweise, dass es sich um eine Behandlung nach § 1 Abs. 3 EStG gehandelt hat. Vielmehr kann einem solchen Bescheid z.B. auch eine --für die Familienkasse und das FG nicht bindende-- unzutreffende Bejahung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 EStG zugrunde liegen. Soweit sich daher eine Behandlung nach § 1 Abs. 3 EStG nicht unmittelbar aus dem Wortlaut oder Inhalt des Steuerbescheids selbst ergibt, ist zu prüfen, ob der Anspruchsteller sein Antragswahlrecht gegenüber dem FA entsprechend ausgeübt hat (insbesondere durch entsprechende Erklärung im Antragsformular) und welchen Erklärungsgehalt der Anspruchsteller dem Bescheid nach den ihm im Laufe des Veranlagungsverfahrens bekannt gewordenen Umständen beimessen konnte (§ 124 Abs. 1 Satz 2 der Abgabenordnung). Gegebenen-falls kann insoweit auch eine Beiziehung der Veranlagungsakten notwendig werden. Wurde dem Anspruchsteller im Laufe des jeweiligen Veranlagungszeitraums eine Bescheinigung nach § 39c Abs. 4 EStG in der bis zum Veranlagungszeitraum 2011 geltenden Fassung erteilt, ist gleichwohl zu prüfen, ob in der in diesem Fall von Amts wegen durchzuführenden Veranlagung (§ 46 Abs. 2 Nr. 7 Buchst. b EStG in der bis zum Veranlagungszeitraum 2011 geltenden Fassung) die Behandlung des Anspruchstellers als nach § 1 Abs. 3 EStG unbeschränkt Steuerpflichtiger vom FA beibehalten wurde.

23 bb) Wurde dem Antrag des Anspruchstellers auf Behandlung nach § 1 Abs. 3 EStG entsprochen, lässt sich daraus nicht ableiten, dass deshalb in jedem Fall eine Kindergeldberechtigung nach § 62 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b EStG für das gesamte Kalenderjahr gegeben ist. Insoweit ist vielmehr zu beachten, dass nach dem BFH-Urteil vom 24. Oktober 2012 V R 43/11 (BFHE 239, 327), dem sich der Senat anschließt, eine solche Kindergeldberechtigung nur in den Monaten des betreffenden Kalenderjahres besteht, in denen der Anspruchsteller Einkünfte i.S. des § 49 EStG erzielt hat.

24 cc) Die Gründe der angegriffenen Entscheidung enthalten keine hinreichenden Feststellungen dazu, ob der Kläger vom FA nach § 1 Abs. 3 EStG als unbeschränkt steuerpflichtig behandelt wurde. Das FG hat lediglich festgestellt, dass der Kläger einen entsprechenden Antrag gestellt hat. Es wird daher noch zu prüfen sein, ob das FA den Kläger entsprechend seinem Antrag nach § 1 Abs. 3 EStG behandelt hat und in welchem Teil des Streitzeitraums der Kläger nach § 49 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 11 EStG inländische Einkünfte erzielt hat.

25 b) Soweit sich danach das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen nach § 62 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b EStG ergibt, ist weiter zu prüfen, wie eine Konkurrenz zu etwaigen von der Ehefrau des Klägers in Polen bezogenen

Familienleistungen aufzulösen ist.

26 aa) Ist der persönliche Anwendungsbereich der VO Nr. 1408/71 eröffnet (s. zu dieser Frage im Einzelnen Senatsurteil vom 4. August 2011 III R 55/08, BFHE 234, 316, unter II.2.c), muss geprüft werden, ob Deutschland nach den Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 der zuständige oder der unzuständige Mitgliedstaat ist (s. zu dieser Frage im Einzelnen Senatsurteile in BFHE 234, 316, unter II.3.; vom 15. März 2012 III R 52/08, BFHE 237, 412, unter II.3., und vom 5. Juli 2012 III R 76/10, BFHE 238, 87, unter II.3.).

27 bb) Ist Deutschland der zuständige Mitgliedstaat, kommen hinsichtlich konkurrierender Ansprüche der Kindsmutter in Polen grundsätzlich die Antikumulierungsvorschriften des Art. 10 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (VO Nr. 574/72) zur Anwendung. Zwar kann dessen Anwendbarkeit aufgrund der für Deutschland geltenden Einschränkungen des Anhangs I Teil I Buchst. D in der im Streitjahr geltenden Fassung der VO Nr. 1408/71 ausgeschlossen sein (s. hierzu Senatsurteil in BFHE 234, 316, unter II.3.b). Jedoch hat der Senat unter Bezugnahme auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache vom 14. Oktober 2010 C-16/09, Schwemmer (ZESAR 2011, 235 Rdnr. 38) bereits darauf hingewiesen, dass auch in einem Fall, in dem der nach deutschem Recht Kindergeldberechtigte die Voraussetzungen des Anhangs I Teil I Buchst. D der VO Nr. 1408/71 nicht erfüllt, die europarechtlichen Antikumulierungsvorschriften wie des Art. 76 der VO Nr. 1408/71 und des Art. 10 der VO Nr. 574/72 gleichwohl zur Anwendung kommen können (Senatsurteil in BFHE 238, 87, unter II.4.a). Dies kann sich vor allem daraus ergeben, dass die Kinder des Anspruchstellers als Familienangehörige des anderen Elternteils in den persönlichen Anwendungsbereich der VO Nr. 1408/71 fallen und parallele Ansprüche auf Familienleistungen für denselben Zeitraum bestehen.

28 cc) Ist Deutschland nach den Bestimmungen der Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 der nicht zuständige Mitgliedstaat, was die Vorinstanz im Streitfall rechtsfehlerfrei angenommen hat, und ist Deutschland auch nicht der Wohnmitgliedstaat des betreffenden Kindes (vgl. EuGH-Urteil Hudzinski und Wawrzyniak in ZESAR 2012, 475 Rdnrn. 74 bis 76), dann ist die Konkurrenz zu Ansprüchen im anderen Mitgliedstaat Polen nach nationalem Recht zu lösen.

29 Die nationalen Vorschriften sehen in § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG zwar vor, dass Kindergeld nicht für ein Kind gezahlt wird, für das Leistungen für Kinder, die im Ausland gewährt werden und dem Kindergeld oder einer der unter § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG genannten Leistungen vergleichbar sind, zu zahlen ist oder bei entsprechender Antragstellung zu zahlen wäre. Die Auslegung dieser Vorschrift hat jedoch unter Beachtung der Anforderungen des Primärrechts der Union auf dem Gebiet der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu erfolgen (EuGH-Urteil Hudzinski und Wawrzyniak in ZESAR 2012, 475). Danach darf in einem Fall, in dem in einem anderen Mitgliedstaat dem Kindergeld vergleichbare Leistungen gewährt werden, der Anspruch auf Kindergeld nach dem EStG gemäß § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG nur in entsprechender Höhe gekürzt, jedoch nicht völlig ausgeschlossen werden, wenn anderenfalls das Freizügigkeitsrecht des Wanderarbeitnehmers beeinträchtigt wäre.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de