# Urteil vom 27. Juli 2017, III R 17/16

**Vorrangiger Kindergeldanspruch des im EU-Ausland wohnenden Elternteils**

ECLI:DE:BFH:2017:U.270717.IIIR17.16.0

BFH III. Senat

EStG § 62 Abs 1 Nr 1, EStG § 63 Abs 1, EStG § 64 Abs 2, EGV 883/2004 Art 1 Buchst i Nr 1 Buchst i, EGV 883/2004 Art 67, EGV 987/2009 Art 60 Abs 1 S 2, EStG VZ 2011 , EStG VZ 2012 , EStG VZ 2013 , EStG VZ 2014 , EStG VZ 2015

vorgehend Sächsisches Finanzgericht , 30. August 2016, Az: 5 K 1807/15 (Kg)

## Leitsätze

NV: Die Fiktionswirkung des Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der VO Nr. 987/2009 kommt grundsätzlich für alle "beteiligten Personen" i.S. dieser Bestimmung zum Tragen (Fortführung der Rechtsprechung) .

## Tenor

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Sächsischen Finanzgerichts vom 31. August 2016 5 K 1807/15 (Kg) aufgehoben.

Die Sache wird an das Sächsische Finanzgericht zurückverwiesen.

Diesem wird die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen.

## Tatbestand

I.

1 Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist polnische Staatsangehörige und Mutter der im Februar 2010 geborenen Tochter N. Die Klägerin wohnte zunächst mit dem Kindsvater --ihrem damaligen Ehemann-- in der Bundesrepublik Deutschland (Deutschland) und bezog hier ab Februar 2010 Kindergeld für N. Nach der Trennung der Eheleute im Juli 2011 kehrte die Klägerin nach Polen zurück; dort wohnt und lebt sie seitdem zusammen mit N.

2 Mit Bescheiden vom 16. August 2011 und 13. September 2011 hob die Familienkasse C die Kindergeldfestsetzung für N ab August 2011 auf. Im August 2011 beantragte die Klägerin im eigenen Namen deutsches Kindergeld für N bei der Familienkasse N. Der Kindsvater wirkte in dem Verfahren auf Prüfung des Anspruchs auf Kindergeld trotz Aufforderung der Familienkasse N nicht mit.

3 Mit Bescheid vom 31. Juli 2015 --gerichtet an die Klägerin-- lehnte die Familienkasse X den Antrag der Klägerin auf Kindergeld für N ab. Den dagegen eingelegten Einspruch wies die Beklagte und Revisionsbeklagte (Familienkasse) mit Einspruchsentscheidung vom 30. November 2015 als unbegründet zurück, da in der Person des Kindsvaters die Voraussetzungen nach § 62 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) nicht erfüllt und nicht nachgewiesen seien.

4 Die hiergegen gerichtete Klage wies das Finanzgericht (FG) mit Urteil vom 31. August 2016 5 K 1807/15 (Kg) als unbegründet ab. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, die Klägerin erfülle wegen ihres Wohnsitzes in Polen nicht die Voraussetzungen i.S. des § 62 EStG. Auch mit europarechtlichen Vorschriften lasse sich kein Anspruch der Klägerin auf deutsches Kindergeld begründen. Ein Wohnsitz der Klägerin in Deutschland werde nicht gemäß Art. 67 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Amtsblatt der Europäischen Union --ABlEU-- 2004 Nr. L 166, S. 1) in der für den Streitzeitraum maßgeblichen Fassung --VO Nr. 883/2004 (Grundverordnung)-- i.V.m. Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom

16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (ABlEU 2009 Nr. L 284, S. 1) in der für den Streitzeitraum maßgeblichen Fassung --VO Nr. 987/2009 (Durchführungsverordnung)-- fingiert, da die Fiktion nur für den Anspruch des Kindsvaters in seiner Person gelte.

**5** Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung materiellen Rechts sowie Verfahrensfehler.

**6** Die Klägerin beantragt,
das Urteil des Sächsischen FG vom 31. August 2016 5 K 1807/15 (Kg) und die Einspruchsentscheidung der Familienkasse vom 30. November 2015 aufzuheben und die Familienkasse zu verpflichten, der Klägerin als Anspruchsberechtigten für deren Tochter N Kindergeld für den Zeitraum August 2011 bis November 2015 in gesetzlicher Höhe zu gewähren,
hilfsweise, die Sache zur neuen Entscheidung auch über die Kosten des Rechtsmittels an das Sächsische FG zurückzuverweisen.

**7** Die Familienkasse beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

## Entscheidungsgründe

II.

**8** Die Revision ist begründet. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückzuverweisen (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--). Die Auffassung des FG, eine (vorrangige) Anspruchsberechtigung der Klägerin komme mangels tatsächlichen Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts in Deutschland nicht in Betracht, verletzt Bundesrecht. Die Sache ist jedoch nicht spruchreif. Auf der Grundlage der vom FG festgestellten Tatsachen kann der Senat nicht abschließend beurteilen, ob ein Inlandswohnsitz der Klägerin fingiert wird und auch die übrigen Voraussetzungen für eine (vorrangige) Anspruchsberechtigung der Klägerin vorliegen. Die erforderlichen Feststellungen wird das FG im zweiten Rechtsgang nachzuholen haben.

**9** 1. Nach § 64 Abs. 1 EStG wird für jedes Kind nur einem Berechtigten Kindergeld gezahlt. Bei mehreren Berechtigten wird das Kindergeld demjenigen gezahlt, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat (§ 64 Abs. 2 Satz 1 EStG).

**10** 2. Im Streitfall könnte sich eine vorrangige Anspruchsberechtigung der Klägerin aus § 62 Abs. 1 Nr. 1 EStG ergeben. Zwar liegt der nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 EStG erforderliche Inlandswohnsitz der Klägerin --nach den für den Senat bindenden Feststellungen des FG (§ 118 Abs. 2 FGO)-- tatsächlich nicht vor, da die Klägerin mit N in Polen lebt. Ein Inlandswohnsitz der Klägerin könnte aber nach Art. 67 Satz 1 der VO Nr. 883/2004 i.V.m. Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der VO Nr. 987/2009 zu fingieren sein. Zu Unrecht geht das FG insoweit davon aus, die Fiktion eines inländischen Wohnsitzes des im EU-Ausland lebenden Elternteils i.S. des Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der VO Nr. 987/2009 gelte nur für den Anspruch des im Inland lebenden Elternteils in seiner Person.

**11** a) Nach Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der VO Nr. 987/2009 ist bei der Anwendung von Art. 67 und 68 der VO Nr. 883/2004, insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als ob alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fielen und dort wohnten. Nach Art. 67 der VO Nr. 883/2004 hat eine Person auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnten. Danach schafft Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der VO Nr. 987/2009 eine gesetzliche Fiktion dahin, dass bei Anwendung der Koordinierungsregelungen der Grundverordnung die Situation der gesamten Familie in einer Weise berücksichtigt wird, als ob alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des für die Gewährung der Familienleistungen zuständigen Mitgliedstaats fielen und dort wohnten (vgl. z.B. Senatsurteile vom 4. Februar 2016 III R 17/13, BFHE 253, 134, BStBl II 2016, 612, Rz 18, m.w.N.; vom 10. März 2016 III R 8/13, BFH/NV 2016, 1164, Rz 22; III R 25/12, BFH/NV 2016, 1161, Rz 21, und vom 28. April 2016 III R 68/13, BFHE 254, 20, BStBl II 2016, 776, Rz 20).

**12** b) Nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) Trapkowski vom 22. Oktober 2015 C-378/14

(EU:C:2015:720, Rz 41) ist Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der VO Nr. 987/2009 dahin auszulegen, dass die in dieser Bestimmung vorgesehene Fiktion dazu führen kann, dass der Anspruch auf Familienleistungen einer Person zusteht, die nicht in dem Mitgliedstaat wohnt, der für die Gewährung dieser Leistungen zuständig ist, sofern alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt sind.

13 c) Die Fiktionswirkung kommt somit nicht ausschließlich in Bezug auf den im Inland lebenden Elternteil zum Tragen, sondern gilt vielmehr grundsätzlich für sämtliche "beteiligte Personen" i.S. des Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der VO Nr. 987/2009.

14 Zu den "beteiligten Personen" i.S. des Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der VO Nr. 987/2009 gehören die "Familienangehörigen" i.S. des Art. 1 Buchst. i Nr. 1 Buchst. i der VO Nr. 883/2004. Da das Kindergeldrecht nach dem EStG den Begriff des Familienangehörigen weder verwendet noch definiert, sind hierunter neben den Elternteilen und dem Kind auch alle Personen zu verstehen, die nach nationalem Recht berechtigt sind, Anspruch auf diese Leistungen zu erheben. Daher wird hiervon nach § 62 Abs. 1 i.V.m. § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG auch der andere Elternteil erfasst, wobei unerheblich ist, ob die Elternteile miteinander verheiratet oder --wie im Streitfall-- voneinander geschieden sind (vgl. z.B. Senatsurteile in BFHE 253, 134, BStBl II 2016, 612, Rz 18; in BFH/NV 2016, 1164, Rz 24; in BFH/NV 2016, 1161, Rz 23, und in BFHE 254, 20, BStBl II 2016, 776, Rz 22, jeweils m.w.N.).

15 d) Der Senat hält die Auslegung des für die Entscheidung im Streitfall einschlägigen Unionsrechts angesichts der bereits vorliegenden EuGH-Rechtsprechung insoweit für eindeutig. Einer Vorlage an den EuGH nach Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union bedarf es daher nicht.

16 3. Für den zweiten Rechtsgang weist der Senat auf Folgendes hin:

17 a) Ausgangspunkt für die Prüfung der Anspruchsberechtigung der Klägerin ist die Frage, ob der Kindsvater im Streitzeitraum die nationalen Anspruchsvoraussetzungen nach § 62 i.V.m. § 63 EStG erfüllte (vgl. z.B. Senatsurteil in BFHE 253, 134, BStBl II 2016, 612, Rz 21). Unerheblich ist hierbei, dass N ihren Wohnsitz in Polen hatte (vgl. § 63 Abs. 1 Satz 3 EStG). Sollten sich die Anspruchsvoraussetzungen nach den nationalen Rechtsvorschriften in der Person des Kindsvaters nicht feststellen lassen, ginge der fehlende Nachweis nach den Regeln der objektiven Beweislast (Feststellungslast) zu Lasten der Klägerin. Denn die Feststellungslast für anspruchsbegründende Tatsachen in Kindergeldsachen liegt stets beim Kindergeldberechtigten (vgl. z.B. Senatsbeschluss vom 19. Dezember 2008 III B 163/07, BFH/NV 2009, 578, unter II.1., m.w.N.).

18 b) Sollte der Kindsvater nach nationalem Recht kindergeldberechtigt sein, ist weiter zu prüfen, ob in Bezug auf seine Person der Anwendungsbereich der VO Nr. 883/2004 eröffnet und Deutschland danach für die Gewährung von Kindergeld der zuständige Mitgliedstaat ist. Ist dies der Fall, wird gemäß Art. 67 Satz 1 der VO Nr. 883/2004 i.V.m. Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der VO Nr. 987/2009 ein Inlandswohnsitz der Klägerin fingiert. Insoweit verweist der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen auf seine Urteile in BFHE 253, 134, BStBl II 2016, 612, Rz 18 ff., m.w.N.; in BFH/NV 2016, 1164, Rz 21 ff.; in BFH/NV 2016, 1161, Rz 20 ff., und in BFHE 254, 20, BStBl II 2016, 776, Rz 19 ff.

19 c) Soweit die Klägerin Kindergeld in gesetzlicher Höhe begehrt, wird das FG zudem ggf. weitere Feststellungen zu einem möglicherweise konkurrierenden Familienleistungsanspruch der Klägerin in Polen zu treffen haben.

20 d) Die Klägerin dürfte --neben dem Wohnsitzerfordernis-- die übrigen Voraussetzungen für einen vorrangigen Kindergeldanspruch erfüllen.

21 aa) Aufgrund der polnischen Staatsangehörigkeit der Klägerin dürfte davon auszugehen sein, dass diese eine freizügigkeitsberechtigte Ausländerin ist und daher nicht vom Anwendungsbereich des § 62 Abs. 2 EStG erfasst wird. Zu den Voraussetzungen des Begriffs des Freizügigkeitsberechtigten verweist der Senat insoweit auf seine Urteile vom 4. August 2016 III R 10/13 (BFHE 255, 46, BStBl II 2017, 126, Rz 23, m.w.N.) und vom 15. März 2017 III R 32/15 (BFHE 258, 16, Rz 11 ff.).

22 bb) Ein vorrangiger Anspruch des Kindsvaters ergäbe sich auch nicht aus § 64 Abs. 2 Satz 2 EStG; denn diese Bestimmung setzte einen gemeinsamen Haushalt zwischen der Klägerin und dem Kindsvater voraus. Nach den Feststellungen des FG trennten sich die Klägerin und der Kindsvater jedoch im Juli 2011; seitdem lebt die Klägerin mit der minderjährigen N zusammen in Polen. Demnach wäre im Fall einer Wohnsitzfiktion der Anspruch der Klägerin nach § 64 Abs. 2 Satz 1 EStG vorrangig, da nur bei dieser, nicht aber beim Kindsvater, eine Haushaltsaufnahme der N vorliegt.

**23** cc) Die Klägerin hat auch im eigenem Namen einen Antrag auf Kindergeld für ihre minderjährige Tochter N in Deutschland gestellt.

**24** e) Bei der Auslegung des Klagebegehrens wird das FG schließlich zu berücksichtigen haben, dass die Einspruchsentscheidung vom 30. November 2015 erst im Dezember 2015 bekanntgegeben worden sein dürfte. Der angegriffene Ablehnungsbescheid vom 31. Juli 2015 und die hierzu ergangene Einspruchsentscheidung enthalten in diesem Fall eine das Kindergeld bis Dezember 2015 ablehnende Regelung (vgl. z.B. Senatsurteil vom 12. März 2015 III R 14/14, BFHE 249, 292, BStBl II 2015, 850, Rz 18, m.w.N.). Dies könnte unter Berücksichtigung der Interessenslage der Klägerin dafür sprechen, dass diese Kindergeld für den Zeitraum August 2011 bis Dezember 2015 begehrt.

**25** 4. Die Revision hat somit bereits mit der Sachrüge Erfolg, so dass es auf die erhobenen Verfahrensrügen nicht mehr ankommt (vgl. z.B. Urteil des Bundesfinanzhofs vom 19. Oktober 2011 X R 65/09, BFHE 235, 304, BStBl II 2012, 345, Rz 50, m.w.N.).

**26** 5. Die Übertragung der Kostenentscheidung auf das FG beruht auf § 143 Abs. 2 FGO.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de