

EuGH-Vorlage vom 21. Oktober 2010, III R 5/09

EuGH-Vorlage zur Kindergeldberechtigung von polnischen Staatsangehörigen, die als entsandte Arbeitnehmer vorübergehend in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigt sind

BFH III. Senat

EStG § 62, EStG § 65 Abs 1 S 1 Nr 2, EG Art 39, EG Art 42, EWGV 1408/71 Art 13 Abs 1, EWGV 1408/71 Art 13 Abs 2 Buchst a, EWGV 1408/71 Art 14 Abs 1 Buchst a, EWGV 1408/71 Art 76, EWGV 574/72 Art 10

vorgehend FG Düsseldorf, 21. Dezember 2008, Az: 10 K 404/08 Kg

Leitsätze

Dem EuGH werden folgende Rechtsfragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 dahin auszulegen, dass er dem danach nicht zuständigen Mitgliedstaat, in den ein Arbeitnehmer entsandt wird und der auch nicht der Wohnmitgliedstaat der Kinder des Arbeitnehmers ist, jedenfalls dann die Befugnis nimmt, dem entsandten Arbeitnehmer Familienleistungen zu gewähren, wenn der Arbeitnehmer durch seine Entsendung in diesen Mitgliedstaat keinen Rechtsnachteil erleidet?

2. Für den Fall, dass die erste Frage verneint wird:

Ist Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 dahin auszulegen, dass der nicht zuständige Mitgliedstaat, in den ein Arbeitnehmer entsandt wird, jedenfalls nur befugt ist, Familienleistungen zu gewähren, wenn feststeht, dass in dem anderen Mitgliedstaat kein Anspruch auf vergleichbare Familienleistungen besteht?

3. Falls auch diese Frage verneint wird:

Stehen dann gemeinschafts- bzw. unionsrechtliche Vorschriften einer nationalen Rechtsvorschrift wie § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 65 Abs. 2 EStG entgegen, die einen Anspruch auf Familienleistungen ausschließt, wenn eine vergleichbare Leistung im Ausland zu zahlen ist oder bei entsprechender Antragstellung zu zahlen wäre?

4. Falls diese Frage bejaht wird:

Wie ist die dann gegebene Kumulation des Anspruchs im zuständigen Staat, der zugleich Wohnmitgliedstaat der Kinder ist, und des Anspruchs im nicht zuständigen Staat, der auch nicht Wohnmitgliedstaat der Kinder ist, zu lösen?

Tatbestand

I.

- 1** Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Kläger und Revisionskläger (Kläger) für seine im Jahr 2005 geborene Tochter in der Zeit von Februar bis Dezember 2006 (Streitzeitraum) einen Anspruch auf Kindergeld nach den §§ 62 ff. des Einkommensteuergesetzes in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung (EStG) hat.
- 2** Der Kläger ist polnischer Staatsangehöriger. Er wohnt zusammen mit seiner Ehefrau und der gemeinsamen Tochter in Polen. Dort ist er auch sozialversichert. Seine Ehefrau war u.a. im Streitzeitraum in Polen ausschließlich gesundheitsversichert. Sie erhielt u.a. in dieser Zeit dort Kindergeld für die Tochter in Höhe von monatlich 48 Zloty.
- 3** Der Kläger arbeitete im Streitzeitraum als entsandter Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland (Bundesrepublik). Für das Jahr 2006 wurde er in der Bundesrepublik zusammen mit seiner Ehefrau zur Einkommensteuer veranlagt.
- 4** Die Beklagte und Revisionsbeklagte (Familienkasse) lehnte den Antrag des Klägers ab, ihm für den Streitzeitraum Kindergeld für seine Tochter in Höhe von monatlich 154 € nach den §§ 62 ff. EStG zu gewähren. Einspruch und

Klage des Klägers hatten keinen Erfolg (Urteil des Finanzgerichts --FG-- vom 22. Dezember 2008 10 K 404/08 Kg, Entscheidungen der Finanzgerichte 2009, 497).

- 5 Mit seiner gegen das Urteil des FG gerichteten Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter. Er ist insbesondere der Ansicht, aus dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom 20. Mai 2008 C-352/06, Bosmann (Slg. 2008, I-3827) ergebe sich, dass die nationalen Vorschriften der §§ 62 ff. EStG auch dann anwendbar seien, wenn nach den Art. 13 ff. der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (VO Nr. 1408/71), in ihrer durch die Verordnung (EG) Nr. 118/97 des Rates vom 2. Dezember 1996 (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften --ABIEG-- 1997, Nr. L 28, S. 1) geänderten und aktualisierten Fassung, geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 647/2005 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. April 2005 (Amtsblatt der Europäischen Union --ABIEU-- 2005 Nr. L 117, S. 1) --wie hier nach Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der VO Nr. 1408/71-- die deutschen Rechtsvorschriften nicht als die auf eine Person anwendbaren Rechtsvorschriften bestimmt seien. Sein danach gegebener Anspruch auf deutsches Kindergeld sei auch nicht nach § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 65 Abs. 2 EStG ausgeschlossen, da diese Vorschrift gemeinschafts- bzw. unionsrechtswidrig sei; jedenfalls aber sei sie im Anwendungsbereich der VO Nr. 1408/71 nicht anzuwenden.

Entscheidungsgründe

II.

- 6 Der Senat setzt das Revisionsverfahren gemäß § 121 Satz 1, § 74 der Finanzgerichtsordnung (FGO) aus und legt dem EuGH gemäß Art. 267 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) die im Leitsatz bezeichneten Fragen zur Vorabentscheidung vor.
- 7 1. Zur ersten Vorlagefrage:
- 8 a) In den Art. 13 ff. der für den Streitzeitraum noch maßgebenden VO Nr. 1408/71 wird bestimmt, welche Rechtsvorschriften auf innerhalb der Gemeinschaft (jetzt: Union) zu- und abwandernde Erwerbstätige anzuwenden sind. Die Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 bezwecken u.a., dass die Betroffenen grundsätzlich dem System der sozialen Sicherheit nur eines einzigen Mitgliedstaats unterliegen, so dass die Kumulierung anwendbarer Rechtsvorschriften und die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben können, vermieden werden. Dieser Grundsatz kommt insbesondere in Art. 13 Abs. 1 der VO Nr. 1408/71 zum Ausdruck (z.B. EuGH-Urteile vom 12. Juni 1986 C-302/84, Ten Holder, Slg. 1986, 1821 Rz 19 f.; Bosmann in Slg. 2008, I-3827 Rz 16; vom 14. Oktober 2010 C-16/09, Schwemmer, www.curia.eu Rz 40).
- 9 Nach Art. 13 Abs. 2 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 unterliegt eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt ist, den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt nach Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 für entsandte Arbeitnehmer. Wird eine Person im Gebiet eines Mitgliedstaats von einem Unternehmen, dem sie gewöhnlich angehört, abhängig beschäftigt und von diesem Unternehmen zur Ausführung einer Arbeit für dessen Rechnung in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats entsandt, unterliegt sie weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit zwölf Monate nicht überschreitet und sie nicht eine andere Person ablöst, für welche die Entsendungszeit abgelaufen ist.
- 10 Da der Kläger nach den den Senat bindenden (§ 118 Abs. 2 FGO) Feststellungen des FG im Streitzeitraum in der Bundesrepublik als entsandter Arbeitnehmer i.S. des Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 tätig war, unterliegt er für den Zeitraum der Entsendung weiterhin den polnischen Rechtsvorschriften.
- 11 b) Nach (bislang) ständiger Rechtsprechung des EuGH bilden die Vorschriften der VO Nr. 1408/71 ein geschlossenes System von Kollisionsnormen, das den nationalen Gesetzgebern die Befugnis nimmt, in diesem Bereich den Geltungsbereich und die Anwendungsvoraussetzungen ihrer nationalen Rechtsvorschriften im Hinblick darauf zu bestimmen, welche Personen ihnen unterliegen und in welchem Gebiet sie ihre Wirkung entfalten sollen (z.B. EuGH-Urteile Ten Holder in Slg. 1986, 1821; vom 10. Juli 1986 C-60/85, Luijten, Slg. 1986, 2365 Rz 14; vom 11. November 2004 C-372/02, Adanez-Vega, Slg. 2004, I-10761 Rz 18; vom 26. Januar 2006 C-2/05, Herbosch Kiere, Slg. 2006, I-1079 Rz 21).

- 12** Dem folgend geht auch der Bundesfinanzhof (BFH) in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass eine Person, die nach den Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats unterliegt, auch dann keinen Anspruch auf deutsches Kindergeld hat, wenn sie an sich die Voraussetzungen der §§ 62 ff. EStG erfüllt (z.B. BFH-Urteile vom 13. August 2002 VIII R 61/00, BFH/NV 2002, 1508, und VIII R 97/01, BFH/NV 2002, 1588; Senatsurteil vom 24. März 2006 III R 41/05, BFHE 212, 551, BStBl II 2006, 369; ebenso Urteil des Bundessozialgerichts vom 15. Dezember 1992 10 RKg 18/91, Sozialrecht 3-6050 Art. 13 Nr. 3; vgl. ferner Beschluss des Bundesverfassungsgerichts --BVerfG-- vom 8. Juni 2004 2 BvL 5/00, BVerfGE 110, 412 Rz 20; s. auch Devetzi, Familienleistungen in der Verordnung (EG) 883/2004, in: 50 Jahre nach ihrem Beginn - neue Regeln für die Koordinierung sozialer Sicherheit 2009, 291, 299 f.; dies., Die Kollisionsnormen des Europäischen Sozialrechts, 2000, S. 162).
- 13** c) Den Grundsatz, dass ein Arbeitnehmer, für den --wie hier für den Kläger-- die VO Nr. 1408/71 gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats unterliegt, hat der EuGH auch in seinem Urteil Bosmann in Slg. 2008, I-3827 erneut betont (ebenso im Urteil Schwemmer, www.curia.eu Rz 40). In Anwendung der Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 kam der EuGH daher auch im Fall Bosmann zunächst zu dem Ergebnis, dass Frau Bosmann nach Art. 13 Abs. 2 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 den niederländischen Rechtsvorschriften unterfalle, weshalb die Bundesrepublik gemeinschaftsrechtlich nicht verpflichtet sei, Frau Bosmann Kindergeld zu gewähren. Der EuGH hielt es dann allerdings nicht (mehr) für ausgeschlossen, dass die Bundesrepublik auch als nicht nach den Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 zuständiger Staat Kindergeld gewähren könne und erinnerte in diesem Zusammenhang insbesondere daran, dass die Bestimmungen der VO Nr. 1408/71 im Licht des Art. 42 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG) auszulegen seien, der die Freizügigkeit der Arbeitnehmer erleichtern solle und u.a. impliziere, dass Wanderarbeitnehmer nicht deshalb Ansprüche auf Leistungen der sozialen Sicherheit verlieren oder geringere Leistungen erhalten dürfen, weil sie das ihnen vom EG-Vertrag verliehene Recht auf Freizügigkeit ausgeübt haben (EuGH-Urteil Bosmann in Slg. 2008, I-3827 Rz 29). Der EuGH kam daher zu dem Ergebnis, dass "unter den Umständen des Ausgangsverfahrens" im Fall Bosmann dem Wohnmitgliedstaat nicht die Befugnis abgesprochen werden könne, den in seinem Gebiet wohnhaften Personen Familienbeihilfen zu gewähren (EuGH-Urteil Bosmann in Slg. 2008, I-3827 Rz 31).
- 14** d) Die "Umstände des Ausgangsverfahrens" im Fall Bosmann waren dadurch gekennzeichnet, dass Frau Bosmann mit ihren volljährigen Kindern in der Bundesrepublik wohnte und hier einen Anspruch auf Kindergeld hatte. Da sie in Ausübung ihres Rechts auf Arbeitnehmerfreizügigkeit eine Beschäftigung in den Niederlanden aufnahm und die --nach Art. 13 Abs. 2 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 auf sie nunmehr anzuwendenden-- niederländischen Rechtsvorschriften für volljährige Kinder kein Kindergeld vorsahen, verlor sie ihren im Wohnsitzstaat bestehenden Kindergeldanspruch. Sie erlitt also infolge der Ausübung ihres Freizügigkeitsrechts und dem damit in ihrem Fall verbundenen Wechsel des Sozialrechtsstatuts einen Rechtsnachteil.
- 15** aa) Dass die Bestimmungen der VO Nr. 1408/71 im Licht des Art. 42 EG (jetzt: Art. 48 AEUV) auszulegen sind, entspricht ständiger Rechtsprechung des EuGH. Danach sollen die Art. 39 bis 42 EG (jetzt: Art. 45 bis 48 AEUV) sowie die zu ihrer Durchführung erlassenen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften wie insbesondere die VO Nr. 1408/71 verhindern, dass ein Arbeitnehmer von seinem Recht auf Freizügigkeit deshalb keinen Gebrauch macht, weil er dadurch Nachteile erleidet (z.B. EuGH-Urteile vom 21. Oktober 1975 C-24/75, Petroni, Slg. 1975, 1149 Rz 11 ff.; vom 7. März 1991 C-10/90, Masgio, Slg. 1991, I-1119 Rz 17 f.; vom 7. Mai 1998 C-113/96, Gomez Rodriguez, Slg. 1998, I-2461 Rz 22 ff.; vom 9. November 2006 C-205/05, Nemec, Slg. 2006, I-10745 Rz 37 ff.).
- 16** Diese Rechtsprechung galt bislang allerdings nicht für die Bestimmungen des anzuwendenden Rechts --Titel II der VO Nr. 1408/71-- (EuGH-Urteile Ten Holder in Slg. 1986, 1821 Rz 21 f., und Luijten in Slg. 1986, 2365 Rz 12 ff.). Die Bedeutung des Urteils im Fall Bosmann besteht nach Ansicht des vorlegenden Senats daher in der Übertragung der Rechtsgrundsätze auch auf diese Bestimmungen. Danach soll ein nach Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 nicht zuständiger Mitgliedstaat dann die Befugnis haben, einem Wanderarbeitnehmer Familienleistungen nach seinem nationalen Recht zu gewähren, wenn dieser sonst einen Rechtsnachteil erleidet, weil er von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch macht.
- 17** bb) Dagegen lässt sich dem Urteil des EuGH im Fall Bosmann nach Ansicht des vorlegenden Senats nicht entnehmen, dass ein nach den Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 nicht zuständiger Mitgliedstaat nun generell einem Wanderarbeitnehmer Familienleistungen nach seinem nationalen Recht soll gewähren können, d.h. unabhängig davon, ob der Wanderarbeitnehmer dadurch, dass er von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch macht, einen Rechtsnachteil erleidet. Für eine solch weitreichende Befugnis besteht kein Bedürfnis. Sie widerspräche zudem dem

Zweck der Verordnung, der auch darin besteht, die Kumulierung anwendbarer nationaler Rechtsvorschriften und die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten zu vermeiden.

- 18** cc) Die im Fall Bosmann aufgestellten Rechtsgrundsätze können nach Ansicht des vorlegenden Senats nicht auf einen Fall wie den des Klägers übertragen werden. Denn er erleidet durch seine vorübergehende Tätigkeit in der Bundesrepublik keinen Rechtsnachteil.
- 19** Die auf den Kläger anzuwendenden Rechtsvorschriften bestimmen sich --anders als im Fall von Frau Bosmann-- nicht nach Art. 13 Abs. 2 Buchst. a der VO Nr. 1408/71, sondern nach Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der VO Nr. 1408/71. Diese Vorschrift hat nach der Rechtsprechung des EuGH insbesondere das Ziel, die Dienstleistungsfreiheit zugunsten von Unternehmen zu fördern, die Arbeitnehmer in andere Mitgliedstaaten als den Staat ihrer Betriebsstätte entsenden. Diese Bestimmung soll Hindernisse für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer überwinden helfen sowie die gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung fördern und dabei administrative Schwierigkeiten insbesondere für die Arbeitnehmer und die Unternehmen vermeiden. Ohne die Regelung in Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 wäre ein in einem Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen verpflichtet, seine im Übrigen dem System der sozialen Sicherheit dieses Staates unterliegenden Arbeitnehmer beim entsprechenden System eines anderen Mitgliedstaats anzumelden, wenn sie zur Verrichtung von Arbeiten von begrenzter Dauer in diesen entsandt werden; das würde die Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit erschweren. Um dies zu vermeiden, kann es das Unternehmen nach Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 bei der Anmeldung seiner Arbeitnehmer beim System des ersten Mitgliedstaats belassen (z.B. EuGH-Urteil vom 10. Februar 2000 C-202/97, FTS, Slg. 2000, I-883).
- 20** Anders als bei Anwendung des für Frau Bosmann maßgeblichen Art. 13 Abs. 2 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 ändert sich also bei Anwendung des Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 das auf den Arbeitnehmer anwendbare Sozialrechtsstatut nicht. Diese Bestimmung schützt damit gerade auch das Interesse des Arbeitnehmers, in seiner bisherigen Sozialversicherungsordnung zu verbleiben und vermeidet damit die mit einem Wechsel des Sozialversicherungssystems verbundenen Nachteile. Die vorübergehende Auslandsbeschäftigung führt weder zum Verlust des bisherigen noch zum Erwerb des Sozialrechtsstatuts im Staat der vorübergehenden Tätigkeit. Daher kann der entsandte Arbeitnehmer durch seine Tätigkeit in dem anderen Mitgliedstaat auch keine ihm bislang zustehenden Rechte verlieren - er kann lediglich Rechte, die ihm bislang nicht zustanden, nicht erwerben.
- 21** Ungeachtet der Frage, ob und ggf. inwieweit sich der Kläger als polnischer Staatsangehöriger im Streitzeitraum nach Maßgabe der Akte über die Bedingungen des Beitritts (u.a.) der Republik Polen und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge --Beitrittsakte-- (ABIEU 2003, Nr. L 236, S. 33) überhaupt schon auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 39 EG berufen konnte, hat er also --anders als Frau Bosmann-- infolge der Ausübung dieses Rechts keinen Rechtsverlust erlitten. Denn auf ihn blieben auch während seiner Entsendung in die Bundesrepublik weiterhin die polnischen Rechtsvorschriften anwendbar. Die Anwendung des Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 führte lediglich dazu, dass er den für ihn günstigeren deutschen Kindergeldanspruch nicht erwerben konnte. Eine solche Möglichkeit hätte sich ihm aber auch dann nicht geboten, wenn er seine Tätigkeit weiterhin in Polen ausgeübt hätte.
- 22** e) Darüber hinaus unterscheiden sich der Fall des Klägers und derjenige von Frau Bosmann in einem weiteren, nach Ansicht des vorlegenden Senats erheblichen Umstand, der einer Übertragung der Grundsätze des Bosmann-Urteils auf den des Klägers entgegen stehen könnte. Denn abgesehen davon, dass die Bundesrepublik nicht der nach den Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 zuständige Mitgliedstaat ist, ist sie --anders als im Fall von Frau Bosmann-- auch nicht der Wohnmitgliedstaat der Kinder, aus dessen Recht sich ein nach der VO Nr. 1408/71 bzw. der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung Nr. 1408/71 in ihrer durch die Verordnung (EG) Nr. 118/97 des Rates vom 2. Dezember 1996 (ABIEG 1997, Nr. L 28, S. 1) geänderten und aktualisierten Fassung, geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 647/2005 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. April 2005 (ABIEU 2005, Nr. L 117, S. 1) --VO Nr. 574/72-- zu berücksichtigender konkurrierender Anspruch auf Familienleistungen ergeben könnte.
- 23** Während sich im Fall Bosmann nicht nur ihr Wohnsitz, sondern auch der ihrer Kinder in der Bundesrepublik befanden, liegt der Familienwohnsitz des Klägers, an dem er zusammen mit seiner Ehefrau und der gemeinsamen Tochter lebt, in Polen. Ein Anspruch im Wohnmitgliedstaat des Kindes, dessen Berücksichtigung Art. 76 der VO Nr. 1408/71 bzw. Art. 10 der VO Nr. 574/72 grundsätzlich neben dem Anspruch nach den nach Titel II zu bestimmenden Rechtsvorschriften zulassen, scheiterte im Fall von Frau Bosmann am Fehlen einer Anspruchskumulierung, da im (abweichenden) Beschäftigungsmitgliedstaat (Niederlande) gerade kein Anspruch bestand. Anders stellt sich die

Situation des Klägers dar. Da seine Tochter in Polen lebt, kann sich ein etwa für sie aufgrund ihres Wohnsitzes zu berücksichtigender Anspruch nur aus polnischem Recht ergeben. Die im Rahmen der VO Nr. 1408/71 bzw. der VO Nr. 574/72 grundsätzlich zu berücksichtigenden konkurrierenden Ansprüche nach dem Recht des zuständigen Staates einerseits und nach dem Recht des Wohnmitgliedstaats des Kindes andererseits richten sich im Fall des Klägers --anders als in dem Fall von Frau Bosmann-- also ausschließlich nach polnischem Recht.

- 24** f) Nach Auffassung des vorlegenden Senats gelten trotz der Ausnahme im Fall Bosmann die Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zu den Vorschriften des Titels II der VO Nr. 1408/71 als geschlossenes System von Kollisionsnormen weiterhin. Im Regelfall sind die nationalen Gesetzgeber daher nicht befugt, im Bereich der Kollisionsnormen den Geltungsbereich und die Anwendungsvoraussetzungen ihrer nationalen Rechtsvorschriften im Hinblick darauf zu bestimmen, welche Personen ihnen unterliegen und in welchem Gebiet sie gelten sollen. Der vorlegende Senat geht davon aus, dass der EuGH (neben den bereits in der VO Nr. 1408/71 selbst vorgesehenen Ausnahmen wie z.B. Art. 76) eine Durchbrechung dieses Ausschließlichkeitsprinzips nur dann für geboten erachtet, wenn andernfalls ein Wanderarbeitnehmer infolge der Ausübung seines Rechts auf Freizügigkeit einen Rechtsnachteil erleiden würde. Gelten für den Arbeitnehmer nach Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 während seiner (vorübergehenden) Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat weiterhin die bisher auf ihn anwendbaren Rechtsvorschriften, ist nach Ansicht des vorlegenden Senats der nicht zuständige Mitgliedstaat daher auch dann nicht berechtigt, nach seinem nationalen Recht Familienleistungen zu gewähren, wenn sich diese Möglichkeit tatsächlich aus seinen Rechtsvorschriften ergibt.
- 25** Sind deutsche Vorschriften auf eine Person in der Situation des Klägers nicht anwendbar, ist die Revision als unbegründet zurückzuweisen. Steht der Bundesrepublik hingegen die Befugnis zu, auch einem i.S. des Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 in ihr Gebiet entsandten Arbeitnehmer unabhängig vom Eintritt eines Rechtsnachteils Kindergeld nach den §§ 62 ff. EStG zu gewähren, hängt die Erfolgsaussicht der Revision von der Beantwortung der weiteren Vorlagefragen ab. Denn der Kläger erfüllt nach den den Senat bindenden Feststellungen des FG im Streitzeitraum --lässt man die Frage des Ausschlusses nach § 65 EStG zunächst außer Betracht (dazu Vorlagefrage 3)-- die Voraussetzungen eines Kindergeldanspruchs nach den §§ 62 ff. EStG.
- 26** 2. Zur zweiten Vorlagefrage:
- 27** Geht man --anders als der vorlegende Senat-- davon aus, dass auch in einem Fall wie dem des Klägers die VO Nr. 1408/71 den nicht zuständigen Mitgliedstaat nicht daran hindert, Familienleistungen nach seinem nationalen Recht zu gewähren, stellt sich die weitere Frage, ob dies nur gilt, wenn in dem anderen Mitgliedstaat kein Anspruch auf vergleichbare Familienleistungen besteht, oder ob die Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 den nicht zuständigen Staat generell nicht daran hindern, nach seinem nationalen Recht zu bestimmen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen er als nach der VO Nr. 1408/71 nicht zuständiger Staat gleichwohl Familienleistungen gewähren will.
- 28** Im Fall Bosmann stand fest, dass Frau Bosmann nach den auf sie nach Art. 13 Abs. 2 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 anwendbaren niederländischen Vorschriften wegen des Alters ihrer Kinder keinen Anspruch auf Kindergeld hatte. Diese Feststellung lag auch den dort gestellten Vorlagefragen zugrunde (vgl. EuGH-Urteil Bosmann in Slg. 2008, I-3827 Rz 13, 14). Dem Urteil im Fall Bosmann lässt sich daher nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit entnehmen, ob der EuGH die Befugnis des nicht zuständigen Mitgliedstaats zur Anwendung seines nationalen Rechts von der Feststellung abhängig macht, dass im zuständigen Mitgliedstaat kein Anspruch auf vergleichbare Familienleistungen besteht.
- 29** Ist diese Befugnis von einer solchen Feststellung abhängig, ist die Revision des Klägers unbegründet, denn es steht fest, dass in Polen für seine Tochter im Streitzeitraum ein Anspruch auf Familienleistungen bestand und entsprechende Leistungen auch ausgezahlt wurden. Besteht die Befugnis des nicht zuständigen Mitgliedstaats, Familienleistungen nach seinem Recht zu gewähren hingegen generell, kommt es für die Entscheidung des Revisionsverfahrens darauf an, ob neben den dann anzuwendenden §§ 62 ff. EStG auch § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 65 Abs. 2 EStG anwendbar ist (unten Vorlagefrage 3). Ist dies der Fall, ist die Revision als unbegründet zurückzuweisen, denn nach dieser Vorschrift wird kein Kindergeld --auch nicht in Höhe einer etwa gegebenen Differenz zu einem niedrigeren ausländischen Anspruch-- für ein Kind gezahlt, für das --wie hier in Polen-- dem Kindergeld vergleichbare Leistungen im Ausland zu zahlen sind oder bei entsprechender Antragstellung zu zahlen wären. Ist § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 65 Abs. 2 EStG hingegen wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts oder wegen Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht nicht

anwendbar, steht dem Kläger Kindergeld (auch) nach deutschem Recht zu und es stellt sich die Frage, wie die dann gegebene Kumulation von Ansprüchen zu lösen ist (unten Vorlagefrage 4).

- 30** 3. Zur dritten Vorlagefrage:
- 31** Geht man davon aus, dass der nach den Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 nicht zuständige Mitgliedstaat generell die Befugnis hat, Familienleistungen nach seinem nationalen Recht zu gewähren, steht nach Ansicht des vorlegenden Senats Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht der Anwendung einer Vorschrift wie der des § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 65 Abs. 2 EStG nicht entgegen.
- 32** a) Diese Vorschrift lautet --soweit hier von Bedeutung--:
- 33** (1) Kindergeld wird nicht für ein Kind gezahlt, für das eine der folgenden Leistungen zu zahlen ist oder bei entsprechender Antragstellung zu zahlen wäre:
1. Kinderzulagen aus der gesetzlichen Unfallversicherung oder Kinderzuschüsse aus den gesetzlichen Rentenversicherungen,
 2. Leistungen für Kinder, die im Ausland gewährt werden und dem Kindergeld oder einer der unter Nummer 1 genannten Leistungen vergleichbar sind,
 3.
- 34** (2) Ist in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 1 der Bruttobetrag der anderen Leistung niedriger als das Kindergeld nach § 66, wird Kindergeld in Höhe des Unterschiedsbetrags gezahlt, wenn er mindestens 5 € beträgt.
- 35** b) Wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts ist § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 65 Abs. 2 EStG im Anwendungsbereich der Art. 13 ff. der VO Nr. 1408/71 nach ständiger Rechtsprechung deutscher Gerichte (vgl. nur BVerfG-Beschluss in BVerfGE 110, 412, unter I. 2. Buchst. a) zwar grundsätzlich nicht anzuwenden. Ein solcher Fall des Anwendungsvorrangs ist hier nach Ansicht des vorlegenden Senats jedoch nicht gegeben. Geht man davon aus, dass ein in Anwendung der vorrangig anzuwendenden Rechtsvorschriften der VO Nr. 1408/71 gerade nicht zuständiger Mitgliedstaat gleichwohl die Befugnis hat zu bestimmen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen er in diesem Fall Familienleistungen gewähren will, muss er auch entscheiden dürfen, ob und ggf. in welcher Weise er berücksichtigen will, dass in einem anderen, insbesondere in dem nach der VO Nr. 1408/71 zuständigen Mitgliedstaat ein Anspruch auf eine vergleichbare Leistung besteht.
- 36** c) Einer Vorschrift wie der des § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 65 Abs. 2 EStG steht in einem solchen Fall nach Ansicht des vorlegenden Senats auch Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht im Übrigen nicht entgegen.
- 37** aa) Ungeachtet der Frage, ob sich ein polnischer Staatsangehöriger wie der Kläger im Streitzeitraum Februar bis Dezember 2006 im Hinblick auf die Übergangsregelungen in der Beitrittsakte bereits auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 39 EG (jetzt Art. 45 AEUV) berufen konnte, steht dieses Freizügigkeitsrecht der Anwendung einer Vorschrift wie § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 65 Abs. 2 EStG in einem Fall wie dem des Klägers jedenfalls nicht entgegen.
- 38** Auf den Kläger sind nach Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 nur polnische Rechtsvorschriften anzuwenden, ohne dass insoweit ein Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit vorliegt. Besteht damit für den nicht zuständigen Staat (hier: die Bundesrepublik) im Hinblick auf Art. 39 EG schon keine Verpflichtung, in einem solchen Fall überhaupt Familienleistungen zu gewähren, so kann Art. 39 EG den nicht zuständigen Staat auch nicht daran hindern, Familienleistungen jedenfalls nur dann zu gewähren, wenn im zuständigen Mitgliedstaat kein Anspruch auf vergleichbare Familienleistungen besteht.
- 39** bb) Der Anwendung des § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 65 Abs. 2 EStG stehen in einem Fall wie dem des Klägers auch gemeinschafts- bzw. unionsrechtliche Diskriminierungsverbote nicht entgegen.
- 40** Der Kläger wird als in die Bundesrepublik entsandter Arbeitnehmer durch die Anwendung des § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 65 Abs. 2 EStG insbesondere nicht gegenüber in der Bundesrepublik nicht nur vorübergehend Beschäftigten diskriminiert. Denn die Situation eines entsandten und damit nur vorübergehend im Inland tätigen Arbeitnehmers ist schon nicht vergleichbar mit der Situation eines im Inland nicht nur vorübergehend Beschäftigten. Anders als im Inland nicht nur vorübergehend Beschäftigte verlangen entsandte Arbeitnehmer keinen Zutritt zum Arbeitsmarkt des Staates, in den sie entsandt werden, da sie nach Erfüllung ihrer Aufgabe in ihr

Herkunfts- oder Wohnsitzland zurückkehren (vgl. EuGH-Urteile vom 27. März 1990, C-113/89, Rush Portuguesa, Slg. 1990, I-1417 Rz 15, und vom 9. August 1994 C-43/93, Vander Elst, Slg. 1994, I-3803 Rz 21). Entsandte Arbeitnehmer sollen nach Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 auch nicht mit den Arbeitnehmern des Mitgliedstaats gleichbehandelt werden, in den sie entsandt werden, sondern mit den Arbeitnehmern des Mitgliedstaats, aus dessen Gebiet sie in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats entsandt werden. Insoweit stellt Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der VO Nr. 1408/71 eine besondere Bestimmung i.S. des Art. 3 Abs. 1, 2. Halbsatz der VO Nr. 1408/71 dar.

- 41** 4. Zur vierten Vorlagefrage:
- 42** Falls Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht der Anwendung einer nationalen Rechtsvorschrift wie § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 65 Abs. 2 EStG entgegensteht, stellt sich die Frage, wie eine dann gegebene Anspruchskumulation zu lösen ist.
- 43** Die Antikumulierungsregeln des Art. 76 der VO Nr. 1408/71 und des Art. 10 der VO Nr. 574/72 dürften auf eine solche Sachlage keine Anwendung finden. Denn durch diese Regeln soll eine Kumulierung der Ansprüche nach den Rechtsvorschriften des Staates, in dem die Kinder wohnen, mit denjenigen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates verhindert werden. Im Fall des Klägers besteht aber keine solche Anspruchskumulation, da sowohl zuständiger Staat als auch Wohnmitgliedstaat der Kinder Polen ist.
- 44** Wie die gegebene Kumulation dieses nach polnischem Recht gegebenen Anspruchs und des (in der Regel höheren) Anspruchs nach deutschem Recht als dem Recht des nicht zuständigen Staates, der auch nicht Wohnmitgliedstaat der Kinder ist, zu lösen ist, bedarf als Auslegung einer gemeinschafts- bzw. unionsrechtlichen Frage ebenfalls der Klärung durch den EuGH.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de