

# Beschluss vom 09. Dezember 2011, III B 25/11

## Vorrangbestimmung zwischen mehreren Kindergeldberechtigten bei im Ausland studierenden Kindern

BFH III. Senat

EStG § 64 Abs 2 S 1, EStG § 64 Abs 3, EG Art 12, EStG § 63 Abs 1 S 3, AEUV Art 18

vorgehend Finanzgericht Baden-Württemberg , 10. Oktober 2010, Az: 6 K 322/07

## Leitsätze

1. NV: Es stellt keine nach Art. 12 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft verbotene Diskriminierung von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union dar, dass sich der Vorrang zwischen mehreren Kindergeldberechtigten nach § 64 Abs. 2 Satz 1 EStG primär danach bestimmt, wer ein im Ausland studierendes Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat, und dass diese Haushaltsaufnahme von einem örtlich gebundenen Zusammenleben abhängig ist .

2. NV: Da § 64 Abs. 3 EStG bei fehlender Haushaltsaufnahme des Kindes sicher stellt, dass einer der mehreren Kindergeldberechtigten das Kindergeld erhält, ist eine durch § 64 Abs. 2 Satz 1 EStG bewirkte Beeinträchtigung der Freizügigkeitsrechte des Kindes, das ein Studium im Ausland beabsichtigt, nicht erkennbar .

## Tatbestand

- 1 I. Die Klägerin und Beschwerdeführerin (Klägerin) begehrt für ihre am 19. Januar 1984 geborene Tochter T Kindergeld für den Zeitraum September 2006 bis April 2007. Die Ehe zwischen der Klägerin und dem beigeladenen Vater (Beigeladener) der T wurde am 15. September 2009 rechtskräftig geschieden.
- 2 Im Juli 2002 trennten sich die Eltern und der Beigeladene verließ den gemeinsamen Haushalt in S. T blieb im Haushalt der Klägerin. Am 10. November 2002 nahm T ein Studium in X/Griechenland auf, das jedenfalls bis zum Zeitpunkt der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung am 11. Oktober 2010 noch andauerte und voraussichtlich im November 2010 beendet werden sollte. Seit Aufnahme des Studiums bewohnte T in X gemeinsam mit ihrer ebenfalls dort studierenden Schwester eine der Klägerin gehörende Sechs-Zimmer-Wohnung mit 120 qm Wohnfläche (vier Schlafzimmer, Esszimmer, Wohnzimmer, Küche, Bad).
- 3 Die Klägerin bezog Ende Oktober 2003 in S eine 60 qm große Zwei-Zimmer-Wohnung und wechselte im März 2006 in eine Drei-Zimmer-Wohnung mit 80 qm Wohnfläche (zwei große Schlafzimmer, Wohn-/Esszimmer, Küche, Bad). T hielt sich in der jeweiligen Wohnung der Klägerin an 41 Tagen (2003), 34 Tagen (2004), 53 Tagen (2005), 16 Tagen (2006) und 24 Tagen (2007) auf.
- 4 Aufgrund einer polizeilichen Wohnsitzmeldung der T im Mai 2006 von einer Wohnung des Beigeladenen in die Wohnung der Klägerin setzte die Beklagte und Beschwerdegegnerin (Familienkasse) ab Juli 2006 das Kindergeld für T gegenüber der Klägerin fest. Nach Anhörung des Beigeladenen hob die Familienkasse die Kindergeldfestsetzung gegenüber der Klägerin ab September 2006 auf, da sie davon ausging, dass T weder in den Haushalt der Klägerin noch in den des Beigeladenen aufgenommen sei und daher der Beigeladene wegen seiner unstrittig überwiegenden Barunterhaltsleistungen vorrangig kindergeldberechtigt sei. Der hiergegen gerichtete Einspruch blieb ohne Erfolg.
- 5 Das Finanzgericht (FG) wies die dagegen gerichtete Klage nach Beiladung des Vaters der T als unbegründet ab. Zur Begründung verwies es im Wesentlichen darauf, dass der Beigeladene vorrangig vor der Klägerin für T kindergeldberechtigt sei, da T im Streitzeitraum weder in den Haushalt der Klägerin aufgenommen gewesen sei noch von ihr die höhere Unterhaltsrente erhalten habe. Die fehlende Haushaltsaufnahme bei der Klägerin leitete das FG aus einer Gesamtwürdigung der Umstände ab. In diese bezog es vor allem mit ein die eigenen Erklärungen der T, die Größe der Wohnung in X und der Wohnungen der Klägerin in S, die Haushaltsaufnahme einer weiteren Tochter der Klägerin in die Zwei-Zimmer-Wohnung der Klägerin, die Aufbewahrung persönlicher Dinge der T

(insbesondere Musikinstrument) in der Wohnung in X, die eigenen Angaben der Klägerin in einem Kindergeldantrag vom 17. Mai 2004, das Vorhandensein einer Bezugsperson (Schwester) in der Wohnung in X, die Zeitdauer der Aufenthalte der T in Deutschland und die entfernungsbedingte Aufgabe des Lebensmittelpunkts im Haushalt der Klägerin. Danach kam das FG zu dem Ergebnis, dass die Aufenthalte der T bei der Klägerin nur Besuchscharakter hatten.

- 6 Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Beschwerde, mit der sie die Zulassung der Revision zur Fortbildung des Rechts (§ 115 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 der Finanzgerichtsordnung --FGO--) und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 115 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 FGO) begehrt.
- 7 Das angefochtene Urteil und die bisherige Rechtsprechung des Senats wichen von der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) ab. Das angefochtene Urteil stütze sich auf die Erwägung, wonach Kindergeld nur gezahlt werden darf, wenn der Berechtigte mit dem Kind in seinem Haushalt örtlich gebunden zusammenlebt. Gerade in diesem Punkt sei indes das Recht fortzubilden und die Einheit der Rechtsprechung mit dem EuGH herzustellen. Das FG stütze sich auf die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs --BFH-- (Urteil vom 15. Juli 2010 III R 6/08, BFHE 230, 545; Beschluss vom 18. Februar 2008 III B 69/07, BFH/NV 2008, 948). Diese habe mit der Annahme, dass das Kriterium eines ausländischen Wohnsitzes objektive Leistungsunterschiede rechtfertige, eine (verschleierte) Diskriminierung von Angehörigen anderer EU-Mitgliedstaaten gebilligt. Dagegen habe der EuGH mit Urteil vom 15. Januar 1986 C-41/84, Pinna (Slg. 1986, 1) entschieden:
- 8 "Soweit es um die Gültigkeit des Artikels 73 Absatz 2 selbst geht, ist darauf hinzuweisen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht nur offenkundige Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle verschleierte Formen der Diskriminierung verbietet, die mit Hilfe der Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu demselben Ergebnis führen."
- 9 Der Senat habe bislang übersehen, dass eine Unterscheidung nach dem Wohnsitz eine solche gegen die EuGH-Rechtsprechung verstoßende Diskriminierung enthalte. Das Abstellen auf die Entfernung des Studienorts vom Lebensmittelpunkt der Eltern könne die Mobilität der Studenten in Europa behindern. Es verstoße gegen Art. 18 Abs. 1, 45 Abs. 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), da es sich hauptsächlich zum Nachteil der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten auswirke. Der EuGH habe auch wiederholt verdeutlicht, dass im Ausland lebende Kinder nicht vom Leistungsbezug ausgeschlossen werden dürften. Ein Allgemeininteresse zur Rechtfertigung der Diskriminierung habe der EuGH in all diesen Fällen verneint. Die entgegengesetzte Annahme des Senats habe sich mit dieser Rechtsprechung nicht auseinandergesetzt und erfordere zumindest die Einholung einer Vorabentscheidung. Werde entgegen dem angefochtenen Urteil die Zulässigkeit des Kriteriums verneint, dass der Berechtigte mit dem Kind in seinem Haushalt örtlich gebunden zusammenleben muss, wenn das Kind in einem anderen Mitgliedstaat studiert, sei das angefochtene Urteil abzuändern. Der Klägerin stehe dann gemäß § 64 Abs. 2 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) Kindergeld für T zu.

## Entscheidungsgründe

- 10 II. Die Beschwerde ist unbegründet und wird durch Beschluss zurückgewiesen (§ 116 Abs. 5 Satz 1 FGO). Die geltend gemachten Zulassungsgründe liegen, soweit ihre Darlegung den Anforderungen des § 116 Abs. 3 Satz 3 FGO entspricht, nicht vor.
- 11 1. Die Zulassung der Revision ist nicht zur Fortbildung des Rechts --als einem Unterfall der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (z.B. Senatsbeschluss vom 6. Juni 2006 III B 202/05, BFH/NV 2006, 1653)-- erforderlich. Dieser Zulassungsgrund ist nur gegeben, wenn die für bedeutsam gehaltene Rechtsfrage im Allgemeininteresse klärungsbedürftig und im Streitfall klärbar ist. An der Klärungsbedürftigkeit fehlt es, wenn die Rechtsfrage anhand der gesetzlichen Grundlagen und der bereits vorliegenden Rechtsprechung beantwortet werden kann und keine neuen Gesichtspunkte erkennbar sind, die eine erneute Prüfung und Entscheidung der Rechtsfrage durch den BFH geboten erscheinen lassen (ständige Rechtsprechung, z.B. BFH-Beschluss vom 29. April 2010 VI B 153/09, BFH/NV 2010, 1442, m.w.N.). So verhält es sich hier.
- 12 a) Nach dem Vortrag der Klägerin müsse zur Fortbildung des Rechts die Frage geklärt werden, ob Kindergeld nur gezahlt werden dürfe, wenn der Berechtigte mit dem Kind in seinem Haushalt örtlich gebunden zusammenlebt. Denn die Annahme, dass das Kriterium eines ausländischen Wohnsitzes objektive Leistungsunterschiede rechtfertige, enthalte eine (verschleierte) Diskriminierung von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten der EU. Zudem

könne dieses Kriterium Kinder hindern, ihre Freizügigkeitsrechte bei der Auswahl ihres Studienortes wahrzunehmen.

- 13** b) Dieses Vorbringen rechtfertigt keine Zulassung der Revision. Der Gesetzgeber hat bei der Ermittlung der Vorrangstellung eines Kindergeldberechtigten im Rahmen des § 64 EStG der Haushaltsaufnahme unabhängig davon ein ausschlaggebendes Gewicht beigemessen, wie hoch die Barunterhaltsleistung des anderen Berechtigten ist. Dies beruht auf der typisierenden Annahme, dass in erster Linie die größeren Lasten derjenige Kindergeldberechtigte trägt, der das Kind in seinem Haushalt versorgt und betreut (vgl. BTDrucks 13/1558, S. 165, zu § 3 Abs. 2 des Bundeskindergeldgesetzes), und nur nachrangig derjenige, der dem Kind die höchste Unterhaltsrente zahlt (vgl. § 64 Abs. 3 Sätze 1 und 2 EStG). Der insoweit maßgebliche Begriff der Haushaltsaufnahme i.S. des § 64 Abs. 2 Satz 1 EStG ist bereits geklärt. Nach dieser Vorschrift wird bei mehreren Berechtigten das Kindergeld nach dem sog. Obhutsprinzip demjenigen gezahlt, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat. Nach ständiger Rechtsprechung des BFH liegt eine Haushaltsaufnahme vor, wenn das Kind in die Familiengemeinschaft mit einem dort begründeten Betreuungs- und Erziehungsverhältnis aufgenommen worden ist. Neben dem örtlich gebundenen Zusammenleben müssen Voraussetzungen materieller Art (Versorgung, Unterhaltsgewährung) und immaterieller Art (Fürsorge, Betreuung) erfüllt sein (z.B. BFH-Urteil vom 26. August 2003 VIII R 91/98, BFH/NV 2004, 324; Senatsbeschlüsse vom 24. Oktober 2006 III S 3/06 (PKH), BFH/NV 2007, 238, und in BFH/NV 2008, 948). Eine zeitweilige auswärtige Unterbringung des Kindes zum Studium unterbricht die Haushaltszugehörigkeit nach der Senatsrechtsprechung in der Regel nicht (vgl. etwa BFH-Beschlüsse vom 16. April 2008 III B 36/07, BFH/NV 2008, 1326, und in BFH/NV 2008, 948). Es müssen vielmehr besondere Umstände hinzukommen, die auf eine dauerhafte Trennung vom elterlichen Haushalt schließen lassen (BFH-Beschluss in BFH/NV 2008, 948). In diesem Zusammenhang hat der BFH zur Abgrenzung zwischen einer Haushaltsaufnahme und bloßen, den Anforderungen des § 64 Abs. 2 Satz 1 EStG nicht genügenden Besuchsaufenthalten vor allem dem zeitlichen Umfang der Aufenthalte des Kindes im Haushalt der Eltern bzw. des einzelnen Elternteils besondere Bedeutung beigemessen (BFH-Urteil in BFH/NV 2004, 324, m.w.N.; BFH-Beschluss vom 14. Januar 2011 III B 96/09, BFH/NV 2011, 788). Demgegenüber stellt das Vorhandensein eines Wohnsitzes des Kindes im Ausland --anders als die Klägerin meint-- kein Ausschlusskriterium für die Haushaltsaufnahme dar. Vielmehr ist das Fortbestehen einer Haushaltsaufnahme in der elterlichen Wohnung --in den Grenzen des § 63 Abs. 1 Satz 3 EStG-- auch bei Vorhandensein eines Wohnsitzes des Kindes im Ausland möglich. Auch die Entfernung zwischen der elterlichen Wohnung und dem Ort der auswärtigen Unterbringung des Kindes kann zwar möglicherweise den Umfang der Aufenthalte in der elterlichen Wohnung beeinflussen, bildet jedoch für sich kein Abgrenzungskriterium für die Bestimmung der Haushaltsaufnahme. Diese Regelungen gelten unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Kindergeldberechtigten und treffen daher deutsche Kindergeldberechtigte ebenso wie Kindergeldberechtigte aus anderen Mitgliedstaaten der EU. Aus diesen Gründen können die Kriterien des Wohnsitzes des Kindes im Ausland und der Entfernung zwischen der elterlichen Wohnung und dem Ort der auswärtigen Unterbringung auch nicht zu einer nach Art. 12 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft --EG-- (jetzt: Art. 18 AEUV) verbotenen Diskriminierung der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten führen.
- 14** Zudem stellt das Kriterium der Haushaltsaufnahme im Rahmen des § 64 Abs. 2 Satz 1 EStG auch kein Kriterium dar, das den Anspruch auf Kindergeld für ein bestimmtes Kind generell ausschließt. Vielmehr führt die Verneinung der Haushaltsaufnahme nur dazu, dass nach den in § 64 Abs. 3 EStG enthaltenen Regelungen zu bestimmen ist, welcher der mehreren Kindergeldberechtigten den vorrangigen Anspruch auf Kindergeld hat. Da § 64 Abs. 3 EStG sicher stellt, dass jedenfalls einer der mehreren dem Grunde nach Kindergeldberechtigten das Kindergeld für das im Ausland studierende Kind erhält, ist auch nicht ersichtlich, dass die Freizügigkeitsrechte des studierenden Kindes beeinträchtigt sein könnten (vgl. hierzu bereits BFH-Urteil vom 19. August 2003 VIII R 60/99, BFH/NV 2004, 320).
- 15** Vor diesem Hintergrund sind keine Gesichtspunkte erkennbar, die eine erneute Prüfung und Entscheidung über die Rechtsfrage, ob die Vorrangbestimmung nach § 64 Abs. 2 Satz 1 EStG nach dem Kriterium der Haushaltsaufnahme zu erfolgen hat und unter welchen Voraussetzungen eine solche Haushaltsaufnahme anzunehmen ist, durch den BFH geboten erscheinen lassen. Ebenso ergeben sich aus dem Vortrag der Klägerin keine Zweifelsfragen hinsichtlich der Auslegung von Gemeinschaftsrecht, die in dem angestrebten Revisionsverfahren nach Art. 267 AEUV zu einem Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH führen könnten.
- 16** 2. Die Revision ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Divergenz (§ 115 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 FGO) zuzulassen.
- 17** Die Klägerin hat nicht --wie erforderlich-- die behauptete Abweichung durch das Gegenüberstellen einander widersprechender abstrakter Rechtssätze aus der Entscheidung der Vorinstanz einerseits und der Divergenzentscheidung andererseits i.S. des § 116 Abs. 3 Satz 3 FGO dargelegt (vgl. dazu z.B. BFH-Beschluss vom 5.

Oktober 2010 X B 72/10, BFH/NV 2011, 273). Eine Abweichung kann grundsätzlich nur vorliegen, wenn die zu vergleichenden Entscheidungen dieselbe Rechtsnorm oder denselben Rechtsbegriff betreffen (Lange in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 115 FGO Rz 179). Dagegen hat die Klägerin aus dem FG-Urteil zwei Passagen wiedergegeben, die sich hinsichtlich der Bestimmung des Vorrangs zwischen mehreren Kindergeldberechtigten mit der Frage der Haushaltsaufnahme beschäftigen. Die als mutmaßliche Divergenzentscheidungen angeführten EuGH-Entscheidungen lassen hingegen keinen Bezug zu der Rechtsfrage der Vorrangbestimmung zwischen mehreren Kindergeldberechtigten oder dem Rechtsbegriff der Haushaltsaufnahme erkennen.

- 18** Eine schlüssige Rüge setzt überdies weiter die Darlegung voraus, dass die Entscheidungen zu gleichen, vergleichbaren oder gleichgelagerten Sachverhalten ergangen sind (z.B. BFH-Beschluss vom 22. Juli 2008 II B 47/07, BFH/NV 2008, 1846). Auch dies hat die Klägerin nicht dargelegt.
- 19** Soweit die Klägerin darüber hinaus vorträgt, dass Entscheidungen des BFH von Entscheidungen des EuGH abweichen würden, scheidet eine Zulassung der Revision bereits daran, dass es sich bei den Entscheidungen des BFH nicht um die angegriffene Entscheidung der Vorinstanz handelt.

Quelle: [www.bundesfinanzhof.de](http://www.bundesfinanzhof.de)