
Datum: 11.11.2004
Gericht: Finanzgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 15. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 15 K 3659/03 Kg
ECLI: ECLI:DE:FGD:2004:1111.15K3659.03KG.00

Tenor:

Der Aufhebungs- und Rückforderungsbescheid vom 05.05.2003 wird aufgehoben, soweit er die Monate September und Oktober 2002 betrifft. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens tragen der Kläger zu 30 v.H. und der Beklagte zu 70 v.H..

Die Revision wird zugelassen.

<u>T a t b e s t a n d:</u>	1
Die Beteiligten streiten um die Zahlung von Kindergeld für den Zeitraum ab September 2002.	2
Der verheiratete Kläger ist Vater der Kinder "B" (geb. 02.08.1990) und "S" (geb. 16.12.1993). Er ist deutscher Staatsangehöriger. Bis einschließlich März 2003 erhielt der Kläger für seine beiden Kinder das Kindergeld in der gesetzlichen Höhe von zuletzt monatlich 154,00 EUR je Kind. Am 04.08.2002 verzog der Kläger mit seiner Familie nach "L-Stadt" in Schweden. Im Oktober 2002 erhielt der Kläger die Erlaubnis, in Schweden berufstätig zu sein. Seit dem 01.11.2002 stand der Kläger in Schweden in einem Arbeitsverhältnis. Er erhielt seit diesem Datum schwedisches Kindergeld in Höhe von 105,00 EUR pro Monat je Kind.	3
In "N-Stadt (BRD)" unterhielt der Kläger weiterhin eine eingerichtete Wohnung im Haus seiner Mutter mit 170 m2 Wohnraum. Dort war er bis Juli 2002 mit Hauptwohnsitz und ab August 2002 bis August 2003 mit Nebenwohnsitz gemeldet. Anschließend meldete er dort	4

wieder seinen Hauptwohnsitz an. Der Kläger wurde im Streitzeitraum im Inland nicht steuerlich geführt. In seiner Wohnung in "N-Stadt" hielt sich der Kläger vom 13.06.2003 bis zum 18.07.2003 sowie während zweier nicht näher bezeichneter Zeiträume im April und im Sommer 2004 auf.

Nachdem der Beklagte - die Agentur für Arbeit "P-Stadt" (Familienkasse) - aufgrund einer Kontrollmitteilung der schwedischen Kindergeldkasse von dem Aufenthalt des Klägers in Schweden Kenntnis erhielt, hob er mit Bescheid vom 05.05.2003 (Bl. 42 der KG-Akte) die Kindergeldfestsetzung rückwirkend ab September 2002 gemäß § 70 Abs. 2 Einkommensteuergesetz - EStG - auf und forderte das für den Zeitraum von September 2002 bis März 2003 gezahlte Kindergeld in Höhe von 2.156,00 EUR zurück. Zur Begründung führte er an, der Kläger habe weder seinen gewöhnlichen Aufenthalt noch seinen Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland.

Mit seiner nach erfolglosem Einspruchsverfahren erhobenen Klage trägt der Kläger vor, er unterhalte neben einer Wohnung in Schweden weiterhin seine Wohnung in "N-Stadt". Dabei handele es sich um eine vollausgestattete, vollmöblierte und eingerichtete Wohnung, die ihm und seiner Familie zur jederzeitigen und alleinigen Nutzung zur Verfügung stehe. Von der Nutzungsmöglichkeit mache er mit seiner Familie häufig Gebrauch, um seinen deutschen Verwandten- und Freundeskreis zu pflegen. Ihm stehe daher für die Monate September und Oktober 2002 das volle sowie ab dem Monat November 2002 bis auf weiteres die Differenz zwischen dem deutschen und dem schwedischen Kindergeld zu. Außerdem stehe seiner Frau ebenfalls für die gemeinsamen Kinder das (inländische) Kindergeld zu. Diesen Kindergeldanspruch seiner Frau mache er nunmehr nach § 64 Abs. 2 Satz 2 EStG ebenfalls geltend.

Der Kläger beantragt,

den Aufhebungsbescheid vom 05.05.2003 dahingehend zu ändern, dass die Aufhebung für September und Oktober 2002 aufgehoben wird und ab November 2002 die Aufhebung auf die Höhe des schwedischen Kindergelds begrenzt wird.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er behauptet, die gesamte Familie lebe seit August 2002 in Schweden und die Kinder besuchten dort die Schule. Aufgrund der Berufstätigkeit des Klägers in Schweden sowie einer Entfernung von "L-Stadt" nach "N-Stadt" von 1.300 km davon auszugehen, dass kein Wohnsitz im Inland mehr bestehe und es sich bei Aufenthalten in "N-Stadt" lediglich um besuchsweise Aufenthalte handele.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. Das Gericht hat die Kindergeldakte des Beklagten zu dem Verfahren beigezogen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist teilweise begründet.

1. Der angefochtene Aufhebungs- und Rückforderungsbescheid vom 05.05.2003 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten (§ 100 Abs. 1 Finanzgerichtsordnung - FGO -), soweit das Kindergeld für die Monate September und Oktober zurückgefordert wird. Denn dem Kläger steht in diesem Zeitraum ein Anspruch auf Kindergeld nach inländischem

Recht nach §§ 62 Abs. 1 Nr. 1, 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 66 Abs. 1 Satz 1, 32 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG zu, da er nach Auffassung des Senats in diesen beiden Monaten noch über einen Wohnsitz im Inland verfügte.

a. Voraussetzung für die Gewährung von Kindergeld ist, dass der Anspruchsberechtigte im Inland einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (§ 62 Abs. 1 Nr. 1 EStG). Seinen Wohnsitz hat jemand dort, wo er eine Wohnung unter Umständen inne hat, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird (§ 8 AO). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (Urteil vom 26.01.2001 VI R 89/00, BFH/NV 2001, 1018 und vom 12.01.2001 VI R 64/98, BFH/NV 2001, 1231) ist der steuerrechtliche Wohnsitzbegriff objektiviert. Er stellt auf die tatsächlichen Gegebenheiten ab und knüpft in erster Linie an äußere Merkmale, nicht an subjektive Momente oder Absichten an. Maßgebend ist der objektive Zustand, nämlich das Innehaben einer Wohnung unter Umständen, die den Schluss rechtfertigen, dass der Wohnungsinhaber diese Wohnung innehaben und benutzen wird. 16

b. Zwischen den Beteiligten ist unstreitig, dass der Kläger in "N-Stadt" eine eingerichtete und benutzbare Wohnung unterhielt. Da der Kläger die Arbeitserlaubnis, in Schweden als Zahnarzt tätig zu sein, erst im Oktober erhalten hat, stellt sich der Aufenthalt des Klägers in Schweden bis zu diesem Zeitpunkt als vorläufig dar. Da der Kläger unwidersprochen vorgetragen hat, nach Beendigung seiner Tätigkeit in Schweden wieder nach "N-Stadt" zurückzukehren, lässt dies darauf schließen, dass er bei einer gescheiterten Arbeitsaufnahme auch wieder zeitnah in seine Wohnung nach "N-Stadt" zurückgekehrt wäre. Jedenfalls in diesen beiden Monaten hat der Kläger seinen inländischen Wohnsitz daher noch nicht aufgegeben. 17

2. Die Klage ist unbegründet, soweit der Kläger die Fortzahlung des (Teil-) Kindergeldes ab November 2002 begehrt. Der Beklagte hat insoweit zu Recht die Festsetzung des Kindergeldes nach § 70 Abs. 2 EStG für den Zeitraum von November 2002 bis März 2003 aufgehoben und dem Kläger die Zahlung des (Teil-) Kindergeldes versagt. Denn einer Zahlung des Kindergeldes steht § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG entgegen. 18

a. Nach § 65 Abs. 1 Nr. 2 EStG ist ein an sich bestehender Anspruch auf Kindergeld ausgeschlossen, wenn ein Anspruch auf eine ausländische, dem Kindergeld entsprechende Leistung besteht. § 65 EStG regelt die Anspruchskonkurrenz zwischen kindbezogenen innerstaatlichen Leistungen und vergleichbaren kindbezogenen ausländischen Leistungen, sofern für Letztere nicht spezielles europäisches Recht oder Abkommensrecht gilt. Der Kläger hat - zwischen den Beteiligten unstreitig - Anspruch auf Kindergeld nach schwedischem Recht für die bei ihm lebenden Kinder. Das ergibt sich für den streitigen Zeitraum aus der Bescheinigung der schwedischen Familienkasse vom 11.12.2002 (Bl. 35 der KG-Akte). Das schwedische Kindergeld stellt auch eine Leistung dar, die ihrer Art nach dem inländischen Kindergeld vergleichbar ist. Denn sie dient ihrem Sinn und Zweck nach ebenfalls dem - auf Arbeitnehmer beschränkten - Familienleistungsausgleich (vgl. insoweit auch die Übersichten des Bundesamtes für Finanzen zu den vergleichbaren Leistungen im Sinne des § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, BStBl I 1998, 888 und 2000, 1128). Das in Schweden gezahlte Kindergeld von 105,00 EUR monatlich entlastet die Familie des Klägers finanziell erheblich und gewährleistet damit eine vergleichbare anderweitige Absicherung, auch wenn es hinter dem deutschen Kindergeld deutlich zurückbleibt. 19

b. Die Vorschrift des § 65 Abs. 1 Nr. 2 EStG wird vorliegend auch nicht durch supranationales Recht verdrängt. Denn auch nach den Vorschriften des Europäischen Gemeinschaftsrechts besteht kein Anspruch des Klägers auf Kindergeld für die Monate ab November 2002. 20

- aa. Für Staatsangehörige der EU-Staaten kommt durch den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem einfachen Recht der Mitgliedstaaten die Ausschluss- und Teilkindergeldregelung des § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i. V. m. Abs. 2 EStG nur eingeschränkt zur Anwendung. Maßgeblich für die Konkurrenz der jeweiligen nationalen Ansprüche im Wohn- und im Beschäftigungsland sind vielmehr die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.06.1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (im Folgenden VO (EWG) 1408/71) und die Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21.03.1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (im Folgenden VO (EWG) 574/72). Diese Verordnungen gelten für alle Leistungen, die auf Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit beruhen, insbesondere für Familienleistungen (Art. 4 Abs. 1 Buchstabe h der VO (EWG) 1408/71). Hierunter fällt auch das Kindergeld nach den nationalstaatlichen Bestimmungen in der Bundesrepublik Deutschland und im Königreich Schweden. 21
- bb. Die in der VO (EWG) 1408/71 und der VO (EWG) 574/72 enthaltenen Vorschriften lösen den Konkurrenzkonflikt der jeweils einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften nach dem Prinzip der grundsätzlichen Anwendung der Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates. So regelt Art. 13 Abs. 1 Satz 1 VO (EWG) 1408/71, dass alle Personen, die von der Verordnung erfasst werden, den Rechtsvorschriften ausschließlich eines Mitgliedstaates unterliegen (Ausschließlichkeitsprinzip). Die Frage, welcher Mitgliedstaat zuständig ist, richtet sich nach dem Beschäftigungslandprinzip. So gilt gemäß Art. 13 Abs. 2 Buchstabe a VO (EWG) 1408/71 für Personen, welche in dem Gebiet eines Mitgliedstaats tätig sind und dort in einem Lohn- oder Gehaltsverhältnis stehen, ohne Rücksicht auf den Wohnsitz stets das Recht des Tätigkeitsstaates. Unterliegt ein deutscher Staatsangehöriger daher den Rechtsvorschriften eines anderen EU-Mitgliedstaates, ist nach diesem Grundsatz in Deutschland weder Kindergeld noch Differenzkindergeld zu zahlen. 22
- cc. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus weiteren Vorschriften der Verordnungen speziell zu den Familienleistungen. Art. 73 VO (EWG) 1408/71 regelt, dass Selbständige und Arbeitnehmer in dem Beschäftigungsstaat, dessen Rechtsvorschriften sie unterliegen, Familienleistungen auch für diejenigen Familienangehörigen bekommen, die in einem anderen Land leben. Diese Norm begründet unter anderem für Grenzgänger ausdrücklich die Ansprüche auf Familienleistungen im Beschäftigungsland und konkretisiert damit das Beschäftigungslandprinzip. Das gegenseitige Verhältnis der Ansprüche im Beschäftigungsland und im Wohnland wird davon aber nicht berührt und richtet sich weiterhin nach der Grundsatzregelung des Art. 13 Abs. 2 Buchstabe a VO (EWG) 1408/71, der dem Anspruch im Beschäftigungsland den Vorrang einräumt. 23
- dd. Auch die vom Kläger angeführte Vorschrift des Art. 76 VO (EWG) 1408/71 führt zu keinem anderen Ergebnis. Art. 76 VO (EWG) 1408/71 enthält die "Prioritätsregeln für den Fall der Kumulierung von Ansprüchen auf Familienleistungen ...". Er regelt, dass die Ansprüche u.a. nach Art. 73 VO (EWG) 1408/71 insoweit ruhen, wie Familienleistungen aufgrund der Ausübung einer Erwerbstätigkeit auch im Wohnsitzstaat vorgesehen sind. Ein Anspruch auf einen überschießenden Betrag der Familienleistung in dem Beschäftigungsstaat, der nicht Wohnsitzstaat ist, bleibt gegebenenfalls bestehen. Die Vorschrift betrifft also nur Fälle, in denen verschiedene Ansprüche aufgrund einer Beschäftigung kumulieren. Beschäftigte, die allein in einem Land tätig sind, erhalten wegen Art. 13 Abs. 1 Satz 1 VO (EWG) 1408/71 daher auch nur in diesem Land Familienleistungen wegen Beschäftigung. Sie unterliegen im Hinblick auf die Familienleistungen nicht den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten. Im vorliegenden Fall, in dem weder der Kläger selbst noch eine andere Person in Deutschland 24

für die Kinder einen Anspruch auf Familienleistungen aufgrund einer Beschäftigung hatte, kommt Art. 76 VO (EWG) 1408/71 daher nicht zur Anwendung.

ee. Auch aus Art. 10 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 kann der Kläger keinen Anspruch auf die Zahlung von Kindergeld im Inland herleiten. Art. 10 VO (EWG) 574/72 enthält über Art. 76 VO (EWG) 1408/71 hinaus Vorschriften für das Zusammentreffen von Ansprüchen auf Familienleistungen oder -beihilfen für Arbeitnehmer und Selbständige unter anderem für den Fall, in dem der Erwerb eines Anspruchs nicht von einer Beschäftigung abhängt. Art. 10 Abs. 1a VO (EWG) 574/72 regelt, dass der Anspruch auf Leistungen eines Mitgliedstaats, der nicht von einer Beschäftigung, selbständigen Tätigkeit oder Versicherung abhängig ist, ausgesetzt wird, wenn und soweit Familienleistungen gleichzeitig allein aufgrund innerstaatlicher Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats oder nach den Art. 73 f., Art. 77 f. VO (EWG) 1408/71 geschuldet werden. Die Vorschrift bezieht sich daher auf den Fall, dass ein Anspruchsberechtigter einen Anspruch in seinem Beschäftigungsland hat, während ein anderer Anspruchsberechtigter (insbesondere der andere Elternteil) für denselben Familienangehörigen einen Anspruch in dem Wohnland der Familie hat (vgl. Helmke/Bauer, Familienleistungsausgleich, Stand Januar 2004, Art. 76 VO Nr. 1408/71, Rdnr. 8f., 14). Auch danach besteht für den Kläger kein Anspruch auf ein Differenzkindergeld in Deutschland. Zum einen besteht nach den maßgeblichen innerstaatlichen Rechtsvorschriften in Deutschland wegen § 65 Abs. 1 Nr. 2 EStG kein Anspruch auf Kindergeld. Zum anderen unterliegt der Kläger nach den Vorschriften der VO (EWG) 1408/71 allein den Vorschriften des Beschäftigungslandes.

25

d. Die vom Kläger gegen die Vorschrift des § 65 Abs. 1 Nr. 2 EStG geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken teilt der Senat nicht. Es liegt weder ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz - GG - vor noch verletzt die Vorschrift das Gebot der steuerlichen Verschonung des Familienexistenzminimums (Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG). Da das Kindergeld vorliegend mangels Steuerpflicht des Klägers im Inland der Höhe nach die durch Ansatz eines Kinderfreibetrages mögliche Steuerminderung überschreitet, hat es nach § 31 Satz 2 EStG die Funktion einer Sozialleistung. Die Regelung des § 65 Abs. 1 Nr. 2 EStG, bei einer im Ausland aufgrund einer Beschäftigung gezahlten Familiensozialleistung eine daneben ggfs. im Wohnsitzland zu zahlende Familiensozialleistung in jedem Fall vollständig entfallen zu lassen, entspricht allgemeinen Grundsätzen des internationalen sozialen Kollisionsrechts. Die damit verbundene Entscheidung des Gesetzgebers, es bei der internationalen Zuständigkeit des Beschäftigungsstaates bewenden zu lassen, beruht nach Ansicht des Senats auf einem ausreichenden Differenzierungsgrund im Sinne von Art. 3 GG und ist auch für den Fall hinzunehmen, dass die ausländische Leistung hinter der deutschen Leistung zurückbleibt (vgl. im Einzelnen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 08.06.2004 2 BvL 5/00, BGBl I 2004, 2570 m. w. N.).

26

3. Soweit der Kläger nunmehr erstmals im Klageverfahren einen auf Art. 76 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 gestützten Kindergeldanspruch seiner Ehefrau geltend macht, stehen dem bereits verfahrensrechtliche Gründe entgegen. Unabhängig von der Frage, ob die zugunsten des Klägers im Kindergeldantrag getroffene Berechtigtenbestimmung nach § 64 Abs. 2 Satz 2 EStG überhaupt rückwirkend geändert werden kann (vgl. dazu Seewald/Felix, Kindergeldrecht, § 64 EStG, Rdnr. 40a sowie Urteil des Schleswig-Holsteinischen Finanzgerichts vom 31.03.1999 III 1493/98, EFG 1999, 786), hat die Ehefrau bislang keinen Antrag auf Zahlung von Kindergeld im Inland gestellt.

27

28

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 136 Abs. 1 Satz 1 FGO. Die Revision ist nach § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO zuzulassen. Die Anwendung der Vorschriften der Verordnung (EWG) Nr.1408/71 bedarf nach Auffassung des Senats höchstrichterlicher Klärung.
