
Datum: 21.01.2009
Gericht: Finanzgericht Köln
Spruchkörper: 14. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 14 K 1192/08
ECLI: ECLI:DE:FGK:2009:0121.14K1192.08.00

Rechtskraft: III B 58/09

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens.

Tatbestand

1

Der Kläger ist polnischer Staatsangehöriger. In der Zeit vom 25.05.2005 bis 30.09.2005 und in der Zeit vom 01.01.2006 bis 30.11.2006 arbeitete er im Auftrag seines polnischen Arbeitgebers in Deutschland, wobei er weiterhin in Polen sozialversichert war. Auf die Bescheinigung des Arbeitgebers vom 10.09.2007 (Blatt 5 der Kindergeldakte) wird Bezug genommen.

2

Für diese Monate begehrt er für seine in Polen lebenden Kinder Kindergeld. Es handelt sich um das leibliche Kind A (geb. 00.00.2003) und die ebenfalls in seinem Haushalt lebenden Stiefkinder B (geb. 00.00.1993) und C (geb. 00.00.1994).

3

Der Kläger hat die Formulare "E 001", "E 401" und "E 411" ausgefüllt vorgelegt. Nach den bislang nicht übersetzten Eintragungen in dem Formular "E 411" wurden für die Kinder in der Zeit vom 25.05.2005 bis 30.09.2005 und in der Zeit vom 01.01.2006 bis 30.11.2006 in Polen Familienleistungen in Höhe von insgesamt 9.786 PLN gezahlt. Wegen Einzelheiten wird auf die vorgelegten Formulare (Blatt 22 bis 28 der Kindergeldakte) Bezug genommen.

4

Mit Bescheid vom 20.09.2007 wurde der Kindergeldantrag abgelehnt. Zur Begründung wurde angeführt, dass der Kindergeldanspruch in Polen vorrangig gegenüber dem in Deutschland sei. Hiergegen richtet sich die nach erfolglosem Einspruchsverfahren am 04.04.2008 erhobene Klage.

5

Der Kläger macht geltend, dass die Verordnung (EWG) 1408/71 (nachfolgend VO) und die hierzu ergangene Durchführungsverordnung 574/72 (nachfolgend DVO) Anwendung fänden. Die VO bezwecke die Erleichterung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, indem sie den Erlass mitgliederschaftlicher Vorschriften zum Zwecke der Abschottung der Arbeitsmärkte verbiete. Sie solle hingegen nicht die mit der Freizügigkeit verbundenen Vorteile behindern, welche in den jeweiligen Mitgliedstaaten für Arbeitnehmer gewährt würden. Wenn die Bundesrepublik Deutschland ihren Arbeitsmarkt öffne, müsse sie den ausländischen Arbeitnehmern auch die Rechte einräumen, die deutschen Arbeitnehmern zustünden. Im Streitfall bestimme sich die Frage, inwieweit etwaige Kollisionen von Kindergeld in den einzelnen Mitgliedstaaten zu regeln seien, nicht nach Art. 13 Buchst. f des Titels II der VO, sondern nach dem Titel III und hier nach Kapitel 7 "Familienleistungen und Beihilfen für Arbeitnehmer und Arbeitslose". Hierfür spreche die Systematik, wonach besondere Vorschriften den allgemeinen Vorschriften vorgingen. Ein solcher Aufbau eröffne dem Ordnungsgeber die Möglichkeit, für jede einzelne von der VO erfasste soziale Leistung spezielle Regelungen zu treffen. Von dieser speziellen Regelungsmöglichkeit habe der Ordnungsgeber mit den in Titel III enthaltenen Regelungen Gebrauch gemacht. Soweit der Bundesfinanzhof (BFH) in seiner Entscheidung vom 13.08.2002 (Bundessteuerblatt - BStBl - II 2002, 869) rechtsfehlerhaft die Artikel des Titels II angewandt habe, habe er dies in seinem Beschluss vom 24.09.2007 (BFH/NV 2008, 67) richtiggestellt. Bezogen auf den Streitfall bedeute dies, dass er - der Kläger - für seine in Polen lebenden Kinder Anspruch auf Familienleistungen nach deutschem Recht habe. Etwaige Kumulierungen zwischen einzelnen Mitgliedstaaten würden in Art. 76 der VO abschließend geregelt. Des Weiteren habe der BFH darauf hingewiesen, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) die Konkurrenzregeln nur die Einschränkung der Kumulierung von Beihilfen bezweckten. Der Arbeitnehmer könne sich quasi den Mitgliedstaat aussuchen, welcher die höchsten Familienleistungen zahle. Nur eine solche Betrachtungsweise ver helfe der vom EU-Vertrag beabsichtigten Freizügigkeit der (Wander-) Arbeitnehmer zu ihrer vollen Wirksamkeit und ermögliche es den Mitgliedstaaten, durch Schaffung attraktiver Anreize Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten anzulocken. Es bestehe lediglich das Gebot, dass der Arbeitnehmer nicht in beiden Mitgliedstaaten jeweils die Familienleistungen in voller Höhe begehren könne. Aufgrund dessen sei es auch nicht möglich, dass die in Polen gewährten Familienleistungen von dem in Deutschland bestehenden Anspruch in Abzug gebracht werden. Vielmehr ruhe nach der DVO der Anspruch auf Familienleistungen in Polen bis zur Höhe der in Deutschland aufgrund der Vorschriften des Einkommensteuergesetzes (EStG) geschuldeten Familienleistungen. Da im Streitfall die Familienleistungen in Polen nicht von einer Erwerbstätigkeit abhingen, bestimme sich der Anspruch nach Art. 10 Abs. 1 Buchst. a der DVO i.V.m. §§ 62 ff. EStG. Dies entspreche einer früheren Entscheidung des Finanzgerichts (FG) Düsseldorf (Entscheidungen der Finanzgerichte - EFG - 2000, 1339). Das FG Düsseldorf habe auf die Rechtsprechung des EuGH hingewiesen, wonach die VO nicht zu einem Verlust von Ansprüchen führen dürfe, die allein nach dem innerstaatlichen Recht eines Mitgliedstaates erworben worden seien.

Der Umstand, dass er in Polen Familienleistungen erhalte, sei irrelevant. Nach § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG komme es allein darauf an, ob ein Anspruch bestehe und nicht, ob tatsächlich Leistungen erbracht worden seien. Im maßgeblichen Zeitraum habe er jedoch keinen Anspruch auf Familienleistungen gehabt. Soweit je Familienangehörigen ein Einkommen von mehr als 504 PLN erzielt werde, sei in Polen ein Anspruch auf Familienleistungen ausgeschlossen. In seinem Fall betrage die Einkommensgrenze 2.520 PLN (5 Familienangehörige). Diese Grenze sei bei weitem überschritten worden. Er laufe daher Gefahr, auf Rückzahlung zu Unrecht erhaltener Leistungen in Anspruch genommen zu werden. Im Übrigen gehe Art. 10 Abs. 1 Buchst. a der DVO davon aus, dass Ansprüche aus

verschiedenen Mitgliedstaaten kollidieren könnten. Bei strikter Anwendung des § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG sei dies aber nicht möglich, da nach dieser Vorschrift eine Kollision der Regelungen der §§ 62 ff. EStG mit ausländischen Normen ausgeschlossen sei.

Die Annahme des Senats in seinem ablehnenden Prozesskostenhilfebeschluss vom 09.07.2008, dass er - der Kläger - im Hinblick auf die sog. Entsendungsregelung in Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der VO polnischen Rechtsvorschriften unterliege, sei unrichtig und verstoße zudem gegen Gemeinschaftsrecht. Für die Frage, ob eine arbeitsrechtliche Bindung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der VO vorgelegen habe, sei maßgeblich, wer den Lohn gezahlt habe. Des Weiteren sei darauf abzustellen, ob und wie arbeitsrechtliche Anweisungen durch den entsendenden Arbeitgeber erfolgt seien. In seinem Fall bestünden an der arbeitsrechtlichen Bindung zum polnischen Arbeitgeber Zweifel, weil Teile des Lohnes vom deutschen Entleiher gezahlt worden seien. Er sei in Unterkünften untergebracht worden, die vom Entleiher gestellt worden seien. Die Unterbringungskosten seien in der Weise in Abzug gebracht worden, dass der polnische Arbeitgeber seinen Lohn gekürzt ausgezahlt habe. Damit habe der Entleiher eine Gegenleistung für seine Arbeitsleistung erbracht. Des Weiteren seien sämtliche Anweisungen durch den Entleiher erfolgt. Eine arbeitsrechtliche Kontrolle durch den polnischen Arbeitgeber habe nicht stattgefunden.

8

Darüber hinaus ergebe sich aus dem Urteil des EuGH vom 20.05.2008 in der Rechtssache Bosmann (C-352/06, Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung 2008, 877), dass die VO die Anwendung der Kindergeldregelungen der §§ 62 ff. EStG nicht ausschließe. Bisher seien die Finanzgerichte davon ausgegangen, dass durch die VO eine Rechtswahl getroffen werden solle mit der Folge, dass sich der Kindergeldanspruch nach den Vorschriften des Staates richte, in dem Sozialversicherungspflicht bestehe. Dies habe der EuGH für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt. In der erwähnten Entscheidung habe er ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Beantwortung der Frage, nach welchem Recht sich die Gewährung von Kindergeld richte, nicht zwingend dem Ergebnis der Qualifizierung des Beschäftigungslandes im Sinne der Art. 13 ff. der VO entspreche. Ein Kindergeldanspruch bestehe, wenn die Voraussetzungen der maßgeblichen Vorschriften des jeweiligen Staates erfüllt seien. Zwar sei der EuGH zu dem Ergebnis gekommen, dass das Gemeinschaftsrecht die deutschen Behörden nicht verpflichte, Kindergeld zu gewähren. Der EuGH habe jedoch in aller Deutlichkeit festgestellt: "Jedoch ist es nicht ausgeschlossen, dass diese Leistung gewährt werden kann, zumal sich aus den dem Gerichtshof vorliegenden Akten ergibt, dass Frau Bosmann nach deutschem Recht schon allein aufgrund ihres inländischen Wohnsitzes einen Anspruch auf Kindergeld hat; es ist Sache des vorlegenden Gerichts, dies zu prüfen." Dem Tatbestandsmerkmal des inländischen Wohnsitzes nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 EStG stehe das Tatbestandsmerkmal der unbeschränkten Steuerpflicht nach § 62 Abs. 1 Nr. 2 EStG gleich. Bei Anwendung der Entscheidung des EuGH auf den Streitfall würde daher, selbst wenn Polen Beschäftigungsland wäre, eine dahingehende Einordnung einem Kindergeldanspruch nicht entgegenstehen. Vielmehr blieben trotz der Regelungen in Art. 13, 14 der VO die mitgliedschaftsrechtlichen Vorschriften anwendbar.

9

Soweit der Senat im Prozesskostenhilfverfahren auf die Entscheidung des BFH vom 13.08.2002 (BStBl II 2002, 869) verweise bzw. auf die dortigen Nachweise zur EuGH-Rechtsprechung, sei anzumerken, dass der EuGH in der Bosmann-Entscheidung die Auslegung der VO (EWG) 1408/71 zwingend vorgegeben habe. Es sei unrichtig, wenn der BFH dem EuGH unterstelle, dieser habe entschieden, dass der Betroffene nicht den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten unterliegen könne. Nach der Bosmann-Entscheidung sei klar, dass eine parallele Anwendung verschiedener Rechtsordnungen möglich sei. Im Fall Bosmann habe die Klägerin den sozialversicherungsrechtlichen

10

Vorschriften der Niederlande unterlegen, gleichwohl gebiete die Auslegung des EG-Vertrages die Anwendbarkeit der deutschen Vorschriften über das Kindergeld. § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG stehe der Bewilligung von Kindergeld nicht entgegen. Selbst wenn eine Kollision von Kindergeld und vergleichbaren Leistungen bestünde, käme die Vorschrift jedenfalls im Anwendungsbereich der VO nicht zur Anwendung. Eine andere Auffassung würde zu dem absurden Ergebnis führen, dass eine zunächst gemeinschaftsrechtlich verbindliche Kollisionsregelung aufgrund einer mitgliedstaatlichen Regelung dahingehend geändert würde, dass ein der gemeinschaftsrechtlichen Regelung entgegenstehendes Ergebnis erzielt werde. Denn wäre vorliegend Beschäftigungsland die Bundesrepublik Deutschland, kämen nach der Kollisionsregelung des Art. 13 der VO die Vorschriften des Beschäftigungslandes, also § 62 ff. EStG zur Anwendung. Eine Anwendung des § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG führte zu dem Ergebnis, dass wegen der erfolgten Bewilligung von Leistungen in Polen die Gewährung deutschen Kindergeldes ausgeschlossen wäre. Dieses Ergebnis widerspreche der klaren Aussage der VO. Im Hinblick auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache Bosmann habe das FG Düsseldorf zwischenzeitlich in einem vergleichbaren Fall mit Urteil vom 30.07.2008 (15 K 4375/07 Kg, juris) vollumfänglich Kindergeld bewilligt. Bezeichnenderweise habe der BFH in drei vergleichbaren Verfahren (III R 51/08, III R 52/08 und III R 55/08) die Revision zugelassen.

Nachdem der Senat die Gegenvorstellung des Klägers gegen den Prozesskostenhilfebeschluss vom 09.07.2008 mit Beschluss vom 22.12.2008 als unzulässig verworfen hat und der weitere Prozesskostenhilfeantrag mit Beschluss vom 14.01.2009 abgelehnt worden ist, hat der Kläger die Senatsmitglieder wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt. Zugleich hat er darum gebeten, ihm die dienstlichen Äußerungen der abgelehnten Richter zum Ablehnungsgesuch zur Stellungnahme zuzuleiten. Das Verhalten der abgelehnten Richter stelle sich als Willkür dar, weil sich der Senat ganz offensichtlich der ihn bei der Auslegung von EU-Rechtsnormen bindenden Rechtsprechung des EuGH entziehen wolle. Die fehlerhafte Anwendung des EuGH-Urteils in der Rechtssache Bosmann auf den Streitfall sei wegen der klaren Vorgaben unerklärlich und könne seinen Grund nur darin haben, dass die abgelehnten Richter ihre frühere rechtsfehlerhafte Beurteilung im Beschluss vom 09.07.2008 gegen Recht und Gesetz verteidigen wollten. Die Ausführungen des Senats im Beschluss vom 14.01.2009 überzeugten nicht. Der EuGH habe in der Rechtssache Bosmann entschieden, dass die Einordnung nach dem Mitgliedstaat, in dem Sozialversicherungspflicht bestehe, keinen Einfluss auf die Anwendbarkeit von Vorschriften in dem anderen Mitgliedstaat habe. Damit sei allein zu prüfen, ob er - der Kläger - die Voraussetzungen der §§ 62 ff. EStG erfüllt habe. Der Kindergeldanspruch könne dabei auf zwei Rechtsgrundlagen gestützt werden. Zum Einen könne ein Anspruch direkt aus der VO i.V.m. §§ 62 ff. EStG hergeleitet werden. Ein solcher Anspruch bestehe, wenn ein EU-Bürger in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigt sei, also ein deutscher Arbeitgeber vorhanden sei, oder in den Fällen der Entsendung von formal im EU-Ausland angestellten Arbeitskräften in die Bundesrepublik Deutschland eine arbeitsrechtliche Bindung zum formalen Arbeitgeber fehle. Dies sei allgemein anerkannt und vom EuGH in der Rechtssache Bosmann ausdrücklich bestätigt worden. Zwar sei die Klägerin im Urteilsfall des EuGH nicht in der Bundesrepublik Deutschland tätig gewesen. Im Umkehrschluss daraus ergebe sich jedoch, dass die Behörden des Beschäftigungsstaates verpflichtet seien, einem in diesem Staat tätigen (Wander-) Arbeitnehmer die Leistung zu gewähren. Zum Anderen könne sich der geltend gemachte Anspruch allein aufgrund innerstaatlicher Vorschriften ergeben. Da die Vorschriften der §§ 62 ff. EStG die Gewährung von Kindergeld nicht von einer Beschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland abhängig machten, müsse zur Verhinderung einer Diskriminierung bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsmerkmale Kindergeld gewährt werden. Vorliegend sei die entscheidende Frage, ob die VO die Anwendbarkeit der §§ 62 ff. EStG

ausschließe. Der EuGH habe klargestellt, dass dies nicht der Fall sei. Eine Verweigerung der Prozesskostenhilfe sei damit nicht mehr vertretbar. Wegen weiterer Einzelheiten zum Befangenheitsantrag wird auf den Schriftsatz vom 15.01.2009 Bezug genommen.

Der Kläger beantragt, 12

unter Aufhebung des Bescheides vom 20.09.2007 und der Einspruchsentscheidung vom 13
03.03.2008 die Beklagte zu verpflichten, Kindergeld für die drei Kinder in Höhe von insgesamt
7.392 EUR festzusetzen,

hilfsweise die Revision zuzulassen. 14

Die Beklagte beantragt, 15

die Klage abzuweisen. 16

Die Beklagte macht geltend, da die hier anwendbaren Regelungen der VO dem deutschen 17
EStG vorgingen, komme die Regelung des Art. 14 Nr. 1 Buchst. a der VO zur Anwendung,
die in Ausnahme zu Art. 13 der VO bestimme, dass eine Person, die im Gebiet eines
Mitgliedstaates von einem Unternehmen, dem sie gewöhnlich angehöre, im Lohn- oder
Gehaltsverhältnis beschäftigt werde und die von diesem Unternehmen zur Ausführung einer
Arbeit für dessen Rechnung in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaates entsandt werde,
weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaates unterliege, sofern die
voraussichtliche Dauer dieser Arbeit zwölf Monate nicht überschreite und sie nicht eine
andere Person ablöse, für welche die Entsendezeit abgelaufen sei. Selbst wenn die VO keine
Anwendung finden sollte und der Kläger nachwies, dass er unbeschränkt
einkommensteuerpflichtig gewesen sei, führte die Regelung des § 65 EStG dazu, dass ein
Anspruch des Klägers nicht bestünde. Da in Polen unstrittig Kindergeld gezahlt worden sei
und dieses mit dem Kindergeld in Deutschland vergleichbar sei, bestehe auch unter diesem
Gesichtspunkt kein Anspruch. Darüber hinaus bestehe auch unter dem Aspekt der
Sozialversicherungspflicht kein Kindergeldanspruch. Sofern eine Person aufgrund einer
selbstständigen oder unselbstständigen Tätigkeit durch die Abführung von Beiträgen in das
soziale Sicherungssystem eines anderen Staates integriert sei, unterliege die Person nur den
Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaates. Sofern eine Person jedoch den Rechtsvorschriften
eines anderen Mitgliedstaates unterliege, bestehe selbst bei unbeschränkter
Einkommensteuerpflicht in einem anderen Mitgliedstaat kein Anspruch auf dortige
Familienleistungen. Die Person könne nur Familienleistungen desjenigen Mitgliedstaates
erhalten, dessen Rechtsvorschriften sie unterliege. Da der Kläger in Polen der
Sozialversicherungspflicht unterliege, seien nur die polnischen Rechtsvorschriften auf den
Kläger anwendbar. Dem stehe die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Bosmann
nicht entgegen. Im Gegensatz zum Urteilsfall sei hier Polen sowohl Wohnsitz- als auch
Beschäftigungsstaat des Klägers.

Für die Jahre 2005 und 2006 wurde die Einkommensteuer gegen den Kläger vom Finanzamt 18
(FA) D jeweils auf 0 EUR festgesetzt. Das FA hat den Kläger als unbeschränkt steuerpflichtig
im Sinne des § 1 Abs. 3 EStG angesehen. Die Steuerakten sind beigezogen worden. Hierauf
wird hierauf Bezug genommen.

Entscheidungsgründe 19

A. Die Sache ist entscheidungsreif. 20

21

Über den Befangenheitsantrag kann der Senat in seiner geschäftsverteilungsplanmäßig vorgesehenen Besetzung entscheiden, ohne dass es einer vorherigen dienstlichen Äußerung der abgelehnten Richter nach § 51 Abs. 1 Satz 1 Finanzgerichtsordnung (FGO) i.V.m. § 44 Abs. 3 Zivilprozessordnung (ZPO) bedarf, da der Antrag offensichtlich unzulässig ist (vgl. BFH-Beschluss vom 16.09.1999 VII B 231/99, BFH/NV 2000, 331).

Nach § 51 Abs. 1 Satz 1 FGO i.V.m. § 42 ZPO findet die Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen. Dabei kommt es nach der Rechtsprechung darauf an, ob der betroffene Beteiligte von seinem Standpunkt aus bei vernünftiger objektiver Betrachtung Anlass hat, die Voreingenommenheit des oder der abgelehnten Richter zu befürchten (z. B. BFH-Beschluss vom 27.08.1998 VII B 8/98, BFH/NV 1999, 480). Die das Misstrauen in die Unparteilichkeit rechtfertigenden Umstände sind nach § 44 Abs. 2 ZPO im Ablehnungsgesuch substantiiert darzulegen und glaubhaft zu machen (z. B. BFH-Beschluss vom 13.09.1991 IV B 147/90, BFH/NV 1992, 320). Im Streitfall fehlt es an den erforderlichen Darlegungen im vorgenannten Sinne. 22

Ein Richterablehnungsgesuch kann grundsätzlich nicht auf Verfahrensverstöße oder fehlerhafte Entscheidungen des Richters gestützt werden. Die Rüge von Rechtsverstößen kann nur ausnahmsweise die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen, nämlich dann, wenn Gründe dargetan werden, die dafür sprechen, dass das mögliche Fehlverhalten auf einer unsachlichen Einstellung des Richters gegenüber der ablehnenden Partei oder auf Willkür beruht. Die Fehlerhaftigkeit muss ohne Weiteres feststellbar und schwerwiegend sein sowie auf unsachliche Erwägungen schließen lassen (z. B. BFH-Beschluss vom 12.12.1997 XI B 34/96, 1998, 861). 23

Mit dem Vorbringen, der Senat habe im Prozesskostenhilfverfahren die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Bosmann (C-352/06, a.a.O.) fehlerhaft angewendet, wird nicht schlüssig dargetan, dass die behauptete Fehlerhaftigkeit auf einer unsachlichen Einstellung oder auf Willkür beruht. Hiermit bringt der Kläger nur zum Ausdruck, dass der Senat seiner Ansicht über die Prozesskostenhilfe falsch entschieden hat. Mit dem weiteren Vorbringen, die Ausführungen des Senats im Prozesskostenhilfverfahren seien nicht überzeugend, macht der Kläger ebenfalls keine unsachliche Einstellung oder Willkür geltend. Denn eine den Kläger nicht überzeugende Begründung lässt für sich genommen nicht darauf schließen, dass der Senat gegenüber dem Kläger unsachlich eingestellt ist und eine Willkürentscheidung getroffen hat. Eine Willkürentscheidung macht der Kläger auch nicht mit seinem Vorbringen geltend, der Senat wolle sich der ihn bei der Auslegung einer EU-Norm bindenden Rechtsprechung durch den EuGH entziehen, was wegen der klaren Vorgaben des EuGH unerklärlich sei und seinen Grund nur darin haben könne, dass die abgelehnten Richter ihre rechtsfehlerhaften Ausführungen im Prozesskostenhilfverfahren gegen Recht und Gesetz verteidigen wollten. Hierzu hätte sich der Kläger mit den Ausführungen des Senats in dem zweiten Prozesskostenhilfebeschluss vom 14.01.2009 auseinander setzen müssen. Dort hat der Senat begründet, warum die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Bosmann auf den Streitfall nicht übertragbar ist. Der Senat hat ausgeführt, dass das Urteil in seinem Kontext zu betrachten ist und auf den hier zu entscheidenden Fall nicht übertragbar sei. Im Gegensatz zum Urteilsfall des EuGH in der Rechtssache Bosmann seien ausweislich des vorgelegten Formulars "E 411" für die Kinder in Polen Familienleistungen gezahlt worden. Aus dem Vorbringen des Klägers erschließt sich nicht, was hieran willkürlich sein soll. Der Kläger legt insbesondere nicht dar, welche Erkenntnisse aus der Entscheidung des EuGH, dass der Wohnsitzstaat trotz der an den Beschäftigungsort anknüpfenden allgemeinen Kollisionsregel des Art. 13 Abs. 2 Buchst. a der VO (EWG) 1408/71 nicht 24

gehindert ist, nach seinem Recht Familienleistungen an Wanderarbeitnehmer zu erbringen, für den Streitfall gewonnen werden können. Denn hier wurden in Polen, also im Wohnsitzstaat des Klägers, Familienleistungen gezahlt.

B. Die Klage ist unbegründet. Der grundsätzlich nach §§ 62 ff. EStG bestehende Kindergeldanspruch wird durch das Gemeinschaftsrecht ausgeschlossen. 25

I. Das deutsche Kindergeldrecht ist im Streitfall anwendbar. Nach § 62 EStG hat Anspruch auf Kindergeld, wer im Inland einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat 26

(§ 62 Abs. 1 Nr. 1 EStG) bzw. wer nach § 1 Abs. 3 EStG als unbeschränkt einkommensteuerpflichtig behandelt wird (§ 62 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b EStG). 27

Zwar hatte der Kläger im Streitjahr 2005 keinen inländischen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt. Das FA D hat ihn jedoch als unbeschränkt steuerpflichtig im Sinne des § 1 Abs. 3 EStG angesehen. Der beigezogene Steuervorgang lässt eine Veranlagung nach dieser Vorschrift erkennen. Dass die Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 EStG vorgelegen haben, wird von der Beklagten nicht in Zweifel gezogen. 28

Im Streitjahr 2006 hatte der Kläger im Inland einen gewöhnlichen Aufenthalt. Nach § 9 Satz 1 AO hat jemand einen gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt. Bei einem zeitlich zusammenhängenden Aufenthalt von mehr als sechs Monaten Dauer - kurzfristige Unterbrechungen bleiben unberücksichtigt - wird nach § 9 Satz 2 AO das Vorhandensein eines gewöhnlichen Aufenthalts unwiderleglich vermutet. Der Zeitraum von Januar bis November 2006, in dem der Kläger in Deutschland arbeitete, umfasste einen Zeitraum von mehr als sechs Monaten. 29

II. Die drei Kinder sind nach § 63 EStG i.V.m. § 32 EStG berücksichtigungsfähig. Sie haben ihren Wohnsitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union (§ 63 Abs. 1 Satz 3 EStG). Die Tochter A ist ein leibliches Kind des Klägers im Sinne des § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 1 EStG und hat das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet (§ 32 Abs. 3 EStG). Die Stiefkinder B und C gelten gemäß § 63 Abs. 1 Nr. 2 EStG als Kinder im gesetzlichen Sinne, weil sie in den (polnischen) Haushalt des Klägers aufgenommen wurden. Auch diese Kinder hatten das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet. 30

III. Aufgrund der Regelungen der VO (EWG) 1408/71 hatte der Kläger während des Streitzeitraums jedoch nur nach polnischem Recht und nicht nach deutschem Recht Anspruch auf Kindergeld. 31

1. Die VO (EWG) 1408/71 ist anwendbar. Das deutsche Kindergeld fällt in den sachlichen Geltungsbereich der VO. Es ist eine Familienleistung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 Buchst. h (vgl. BFH-Urteile vom 13.08.2002 VIII R 54/00, BFH/NV 2002, 1581; VIII R 61/00, BFH/NV 2002, 1584; VIII R 97/01, BFH/NV 2002, 1588). Bei dem Kläger handelt es sich um einen Arbeitnehmer im Sinne des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Buchst. a der VO, der den polnischen Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit unterliegt, weil er dort sozialversichert ist. Er ging auch während des Streitzeitraums in einem anderen Mitgliedstaat, nämlich Deutschland, einer nichtselbstständigen Tätigkeit nach. 32

Der Kläger unterliegt nach Art. 14 Nr. 1 Buchst. a der VO den polnischen Vorschriften über Familienleistungen. Nach dieser Vorschrift unterliegt eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats von einem Unternehmen, dem sie gewöhnlich angehört, im Lohn- oder 33

Gehaltsverhältnis beschäftigt wird und die von diesem Unternehmen zur Ausführung einer Arbeit für dessen Rechnung in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats entsandt wird, 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. Diese Voraussetzungen liegen im Streitzeitraum vor. Der Kläger war von einer polnischen Firma zur Ausführung einer Arbeit für deren Rechnung nach Deutschland entsandt worden. Er war jeweils weniger als zwölf Monate in Deutschland beschäftigt. Es ist auch nicht ersichtlich, dass er eine andere Person abgelöst hat, deren Entsendungszeit abgelaufen war.

34
Zwar mag die Entsendung - wie der Kläger vorträgt - faktisch zu einer Eingliederung des Klägers in den deutschen Betrieb geführt haben, wo er hinsichtlich der konkreten Arbeitsausführung weisungsbefugt war. Der Kläger verkennt jedoch, dass das entscheidende Gewicht auf den arbeitsvertraglichen Grundlagen zwischen ihm und dem polnischen Unternehmen lag. Der Kläger ist von dem polnischen Unternehmen eingestellt worden. Dass der Arbeitsvertrag anlässlich der Entsendung des Klägers in einen deutschen Betrieb aufgehoben wurde, ist nicht erkennbar und wurde auch nicht vorgetragen. Damit konnte aber nur das polnische Unternehmen unmittelbar Weisungsrechte ausüben. Andererseits hatte es die Ansprüche des Klägers aus dem Arbeitsverhältnis zu erfüllen. Folgerichtig erhielt der Kläger sein Geld weiter von dem polnischen Unternehmen. Ob und - wenn ja - in welchem Umfang der deutsche Betrieb intern belastet wurde, ist unerheblich. Selbst wenn der deutsche Betrieb die Unterbringungskosten des Klägers getragen hat, kann daraus - entgegen dem Vorbringen des Klägers - nicht geschlossen werden, dass dieser Betrieb Arbeitgeber war mit der Folge, dass keine Entsendung vorlag. Hiergegen spricht im Übrigen auch die im Tatbestand erwähnte Bescheinigung des polnischen Unternehmens, in der ausdrücklich erklärt wurde, dass der Kläger in einen Betrieb in Deutschland entsandt wurde, und in Folge dessen auch keine Sozialversicherungsbeiträge einbehalten wurden. Dafür, dass ein sog. Entsendungsfall vorliegt, spricht schließlich, dass die Lohnsteuer, die vom Arbeitslohn des Klägers einbehalten wurde, an das FA D abgeführt wurde. Das FA D war im Streitzeitraum für die Umsatzsteuer der in Polen ansässigen Unternehmer und für die Verwaltung der Lohnsteuer der Arbeitnehmer dieser Firmen zuständig (§ 1 Nr. 20 Umsatzsteuerzuständigkeitsverordnung, § 20a Abs. 1 und 3 AO, § 1 Arbeitnehmer-Zuständigkeitsverordnung-Bau jeweils in der für die Streitjahre geltenden Fassung).

35
2. Das Urteil des EuGH vom 20.05.2008 in der Rechtssache Bosmann (C-352/06, a.a.O.) verhilft dem Kläger nicht zu einem Anspruch auf Kindergeld. Der EuGH hat in der vorgenannten Entscheidung zu Art. 13 Abs. 2 Buchst. a der VO klar gestellt, dass der Wohnsitzstaat trotz der an den Beschäftigungsort anknüpfenden allgemeinen Kollisionsregel des Art. 13 Abs. 2 Buchst. a der VO nicht gehindert ist, nach seinem Recht Familienleistungen an Wanderarbeitnehmer zu erbringen. Ob nach innerstaatlichem Recht für diesen Fall ein Anspruch besteht, ist nach Ansicht des EuGH Sache der nationalen Gerichte.

36
Das Urteil des EuGH ist auf den hier zu entscheidenden Fall nicht übertragbar. Die Sachverhalte unterscheiden sich dadurch, dass die Anwendung des Gemeinschaftsrechts dort zum Verlust des Kindergeldanspruchs führte, weil nach der VO das Beschäftigungsprinzip galt und die Klägerin, eine in Deutschland lebende belgische Staatsangehörige, nach den Rechtsvorschriften der Niederlande (Beschäftigungsstaat) aufgrund des Alters der Kinder keinen Anspruch auf Kindergeld hatte, wohl aber nach den Rechtsvorschriften der Bundesrepublik Deutschland. Ein solcher Fall liegt hier hingegen nicht vor. Aufgrund der Regelungen der VO richtet sich der Kindergeldanspruch des Klägers nach polnischem Recht. Dort hat er auch Kindergeld erhalten. Nach dem vorgelegten Formular "E

411" wurden für die Kinder in Polen Familienleistungen gezahlt. Im Gegensatz zum Urteilsfall des EuGH führt das Gemeinschaftsrecht hier nicht zum Verlust des Kindergeldanspruchs. Dem Urteil des EuGH kann - entgegen der Auffassung des Klägers - nicht im Wege eines generellen Umkehrschlusses entnommen werden, bei einer Beschäftigung im Inland sei in jedem Fall zwingend Kindergeld zu gewähren. Der EuGH hat im Gegenteil sogar deutlich gemacht, dass bei Familienleistungen eine Anknüpfung an den Beschäftigungsstaat nicht zwingend ist. Dies erscheint nachvollziehbar, weil bei Familienleistungen die Bedarfssicherung im Vordergrund steht, bei der die Verhältnisse des Wohnsitzes entscheidend sind.

III. Selbst wenn deutsches Kindergeldrecht anwendbar wäre, bestünde kein Kindergeldanspruch des Klägers, weil dieser jedenfalls nach § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG ausgeschlossen wäre. Nach dieser Vorschrift wird Kindergeld nicht für ein Kind gezahlt, für das im Ausland Leistungen gewährt werden oder bei entsprechender Antragstellung zu zahlen wären, die dem Kindergeld oder einer in § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG aufgeführten Leistung vergleichbar sind. Ausweislich der Angaben in dem Formular "E 411" wurden für die Kinder im Streitzeitraum in Polen Familienleistungen gezahlt. Entgegen der Auffassung des Klägers kommt § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG vorliegend zur Anwendung. Das Urteil des EuGH in der Rechtssache Bosmann ist so zu verstehen, dass das Gemeinschaftsrecht nicht zu einem Verlust von Familienleistungen führen darf. In das nationale Recht soll dagegen nicht eingegriffen werden. Bei der Prüfung des Kindergeldanspruchs ist daher im konkreten Fall auf die hierfür maßgeblichen Vorschriften des deutschen Rechts abzustellen.

37

Unerheblich ist, dass der Kläger im Klageverfahren erstmals einwendet, das Kindergeld sei in Polen zu Unrecht gewährt worden, weil die maßgebliche Einkommensgrenze überschritten worden sei. Zwar stellt § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG auf das Recht zum Leistungsbezug ab, der Leistungsbezug als solcher reicht nicht (vgl. FG Hamburg Beschluss vom 15.01.2008 3 K 118/07, EFG 2008, 958; FG Düsseldorf Urteil vom 22.12.2008 10 K 404/08 Kg, juris). Solange jedoch nicht nachgewiesen ist, dass die Familienleistungen zurückgefordert wurden, geht der Senat davon aus, dass die Zahlungen zu Recht erfolgten. Zwar ist unklar, welche verfahrensrechtliche Bedeutung der Zahlung von Familienleistungen in Polen zukommt, insbesondere ob diese in einen förmlichen Bescheid festgesetzt werden. Fest steht aber, dass ein Verwaltungsverfahren stattgefunden hat, welches eine Familienleistung zum Gegenstand hatte. Fest steht weiter, dass in diesem Verfahren eine Entscheidung über die Zahlung von Familienleistungen getroffen und die entsprechenden Zahlungen geleistet wurden. Der bloße Hinweis, dass die Zahlungen zu Unrecht erfolgt seien, ist mangels Überprüfbarkeit nicht geeignet, die rechtserhebliche Regelungsfunktion in Frage zu stellen. Hinzu kommt, dass die Familienleistungen bis heute nicht zurückgefordert wurden. Differenzkindergeld ist in den Fällen des § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG nicht vorgesehen (vgl. § 65 Abs. 2 EStG).

38

Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 FGO. Die Revision wurde nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat (§ 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO) und eine Entscheidung des BFH zur Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht erforderlich ist (§ 115 Abs. 2 Nr. 2 FGO). Die hier maßgeblichen gemeinschaftsrechtlichen Fragen lassen sich eindeutig aus der VO (EWG) 1408/71 und den §§ 62 ff. EStG beantworten. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Bosmann ist auf den Streitfall ganz eindeutig nicht übertragbar.

39

