

§ 64

Zusammentreffen mehrerer Ansprüche

idF des EStG v. 8.10.2009 (BGBl. I 2009, 3366, ber. BGBl. I 2009, 3862; BStBl. I 2009, 1346)

- (1) Für jedes Kind wird nur einem Berechtigten Kindergeld gezahlt.
- (2) ¹Bei mehreren Berechtigten wird das Kindergeld demjenigen gezahlt, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat. ²Ist ein Kind in den gemeinsamen Haushalt von Eltern, einem Elternteil und dessen Ehegatten, Pflegeeltern oder Großeltern aufgenommen worden, so bestimmen diese untereinander den Berechtigten. ³Wird eine Bestimmung nicht getroffen, so bestimmt das Familiengericht auf Antrag den Berechtigten. ⁴Den Antrag kann stellen, wer ein berechtigtes Interesse an der Zahlung des Kindergeldes hat. ⁵Lebt ein Kind im gemeinsamen Haushalt von Eltern und Großeltern, so wird das Kindergeld vorrangig einem Elternteil gezahlt; es wird an einen Großelternanteil gezahlt, wenn der Elternteil gegenüber der zuständigen Stelle auf seinen Vorrang schriftlich verzichtet hat.
- (3) ¹Ist das Kind nicht in den Haushalt eines Berechtigten aufgenommen, so erhält das Kindergeld derjenige, der dem Kind eine Unterhaltsrente zahlt. ²Zahlen mehrere Berechtigte dem Kind Unterhaltsrenten, so erhält das Kindergeld derjenige, der dem Kind die höchste Unterhaltsrente zahlt. ³Werden gleich hohe Unterhaltsrenten gezahlt oder zahlt keiner der Berechtigten dem Kind Unterhalt, so bestimmen die Berechtigten untereinander, wer das Kindergeld erhalten soll. ⁴Wird eine Bestimmung nicht getroffen, so gilt Absatz 2 Satz 3 und 4 entsprechend.

Autor: Rainer **Wendl**, Richter am FG, Augsburg

Mitherausgeber: Dr. Winfried **Bergkemper**, Richter am BFH, München

Inhaltsübersicht

Allgemeine Erläuterungen zu § 64

	Anm.		Anm.
A. Grundinformation zu § 64	1	C. Bedeutung des § 64	3
B. Rechtsentwicklung des § 64	2	D. Verhältnis zu anderen Vorschriften	4

Erläuterungen zu Abs. 1: Grundsatz der Einmalgewährung des Kindergelds	5
--	---

**Erläuterungen zu Abs. 2:
Anspruchskonkurrenz bei mehreren Berechtigten**

	Anm.		Anm.
A. Vorbemerkung zur Konkurrenzregelung des Abs. 2	7	I. Einverständliche Bestimmung des Berechtigten (Abs. 2 Satz 2)	10
B. Auszahlung bei mehreren Berechtigten (Abs. 2 Satz 1)	8	II. Entscheidung durch das Familiengericht (Abs. 2 Sätze 3 und 4)	11
I. Mehrere Berechtigte	8	III. Gemeinsamer Haushalt von Eltern und Großeltern (Abs. 2 Satz 5)	12
II. In den Haushalt aufgenommen	9		
C. Gemeinsamer Haushalt von mehreren Berechtigten (Abs. 2 Sätze 2–5)	10		

**Erläuterungen zu Abs. 3:
Kindergeldberechtigung bei nicht in den Haushalt aufgenommenen Kindern**

	Anm.		Anm.
A. Hilfsweise Geltung der Konkurrenzregelung des Abs. 3	15	C. Zahlung von Unterhaltsrente durch mehrere Berechtigte (Abs. 3 Sätze 2–4)	17
B. Zahlung einer Unterhaltsrente durch einen Berechtigten (Abs. 3 Satz 1)	16		

Allgemeine Erläuterungen zu § 64

1 **A. Grundinformation zu § 64**

Abs. 1: Wie nach BKGg aF wird auch das stl. Kindergeld nur an einen Elternteil gezahlt.

Abs. 2 und 3 bestimmen, an wen das Kindergeld gezahlt wird, wenn mehrere Personen die Anspruchsberechtigung für dasselbe Kind erfüllen. Dabei hat Abs. 2 gegenüber Abs. 3 Vorrang.

Bei mehreren Berechtigten wird das Kindergeld demjenigen ausgezahlt, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat (Abs. 2 Satz 1). Bei einem gemeinsamen Haushalt mehrerer Berechtigter können diese den Zahlungsempfänger selbst bestimmen (Abs. 2 Satz 2); geschieht dies nicht, muss das Familiengericht eine Entscheidung treffen (Abs. 2 Sätze 3 und 4). Grundsätzlich genießen allerdings bei einem gemeinsamen Haushalt von Eltern und Großeltern die Eltern den Vorrang (Abs. 2 Satz 5).

Abs. 3 regelt die vorrangige Anspruchsberechtigung in den Fällen, in denen das Kind nicht im Haushalt eines Anspruchsberechtigten lebt. Das Kindergeld erhält, wer dem Kind eine Unterhaltsrente zahlt (Abs. 3 Satz 1). Bei Unterhaltsgewährung durch mehrere Berechtigte entscheidet die Höhe der jeweiligen Unterhaltsrente (Abs. 3 Satz 2). Bei gleich hohen oder fehlenden Unterhaltszahlungen bestimmen die Betroffenen den Zahlungsempfänger (Abs. 3 Satz 3); geschieht dies nicht, entscheidet wieder das Familiengericht (Abs. 3 Satz 4).

B. Rechtsentwicklung des § 64

2

JStG 1996 v. 11.10.1995 (BGBl. I 1995, 1250; BStBl. I 1995, 438): Die Vorschrift wurde im Zusammenhang mit der Neuregelung der estrechtl. Kindergeldvorschriften in das EStG eingefügt (zur Rechtsentwicklung s. im Einzelnen Vor §§ 62–78 Anm. 3 ff.).

Ges. zur Familienförderung v. 22.12.1999 (BGBl. I 1999, 2552; BStBl. I 2000, 4): Die Neufassung des Abs. 3 Sätze 3 und 4 ermöglicht mit Wirkung ab KJ. 2000 eine einvernehmliche Berechtigtenbestimmung auch bei fehlender Unterhaltszahlung.

FGG-Reformgesetz v. 17.12.2008 (BGBl. I 2008, 2586): Abs. 2 Satz 3 vollzieht den Aufgabenübergang beim Amtsgericht vom Vormundschafts- auf das Familiengericht nach.

C. Bedeutung des § 64

3

Die Vorschrift regelt das Zusammentreffen mehrerer Ansprüche. Um Doppelleistungen zu vermeiden gilt der Grundsatz, dass für jedes Kind nur einem Berechtigten Kindergeld gezahlt wird (Abs. 1); Auch eine Aufteilung des Kindergelds auf mehrere Berechtigte ist nicht möglich. Die Ausgestaltung der Kindergeldberechtigung nach §§ 62, 63 kann aber zur Folge haben, dass mehrere Personen die Anspruchsberechtigung für ein und dasselbe Kind haben. Das gilt insbes. für Mutter und Vater; es können aber zB auch die Ansprüche der Eltern mit denen der Pflegeeltern, Großeltern oder Stiefeltern konkurrieren. Für diese und andere Fälle der Anspruchskonkurrenz ergibt sich aus Abs. 2 und 3 der vorrangig Anspruchsberechtigte. Der Gesetzgeber hat sich dabei maßgeblich vom Obhutsprinzip leiten lassen. Das Kindergeld soll dem gezahlt werden, der am meisten mit dem Kindesunterhalt belastet ist. Das ist nach allgemeiner Lebenserfahrung derjenige Berechtigte, der das Kind in seiner Obhut hat, es also betreut, erzieht und versorgt (BTDrucks. 13/1558, 165 zu § 3 Abs. 2 BKGG; BFH v. 18.12.1998 – VI B 215/98, BStBl. II 1999, 231). Wegen idR leichter Feststellbarkeit dient die Anknüpfung an die Haushaltszugehörigkeit zudem der Verfahrensvereinfachung.

Zur Steuergestaltung können Kinder mittels der Berechtigtenbestimmung so zugeordnet werden, dass der höchste Zählkindervorteil bewirkt wird (s. dazu Anm. 5; § 66 Anm. 10).

D. Verhältnis zu anderen Vorschriften

4

Verhältnis zu § 65: Während § 64 die Anspruchskonkurrenz unter mehreren Berechtigten regelt, erfasst § 65 die Konkurrenz zwischen mehreren Arten kind-

bezogener Leistungen, die dem Familienleistungsausgleich dienen. Auch hierdurch sollen Doppelleistungen für dasselbe Kind vermieden werden.

Verhältnis zu § 74 und § 76: Unter den Voraussetzungen des § 74 wird das Kindergeld nicht an den nach § 64 festgestellten Berechtigten ausgezahlt. Entsprechendes gilt für § 76.

5

**Erläuterungen zu Abs. 1:
Grundsatz der Einmalgewährung des Kindergelds**

Einmalgewährung und Aufteilungsverbot: Im Hinblick auf die Anspruchskonkurrenz mehrerer Kindergeldberechtigter (s. Anm. 3) enthält Abs. 1 die grundsätzliche Bestimmung, dass für jedes Kind nur einem Berechtigten Kindergeld gezahlt wird. Daher wird Kindergeld für dasselbe Kind nicht mehrfach gewährt. Zudem findet auch keine Aufteilung unter mehreren Berechtigten statt (SEEWALD/FELIX, BKGG, § 3 Rn. 18 mit Hinweis auf BTDrucks. IV/1961, 13). Wer Anspruchsberechtigter ist, ergibt sich aus § 62 iVm. § 63.

Mehrfachberücksichtigung von Zählkindern: Die Grundsatzregelung des Abs. 1 betrifft nur die Zahlung des Kindergelds und damit das sog. Zahlkind. Es wird jedoch nicht ausgeschlossen, dass ein Kind bei einem Berechtigten als Zahlkind und beim anderen Berechtigten als sog. Zählkind berücksichtigt wird (s. hierzu § 63 Anm. 4).

6 Einstweilen frei.

**Erläuterungen zu Abs. 2:
Anspruchskonkurrenz bei mehreren Berechtigten**

7

A. Vorbemerkung zur Konkurrenzregelung des Abs. 2

Abs. 2 bestimmt im Hinblick auf die Grundsatzentscheidung in Abs. 1, an wen das Kindergeld zu zahlen ist, wenn mehrere Berechtigte iSd. §§ 62, 63 vorhanden sind.

Überblick zur Konkurrenzregelung: Bei mehreren Berechtigten erhält das Kindergeld grundsätzlich derjenige, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat (Abs. 2 Satz 1). Besteht ein gemeinsamer Haushalt der Berechtigten, bestimmen diese untereinander den Zahlungsempfänger (Abs. 2 Satz 2). Gelingt dies nicht, muss das Familiengericht eine entsprechende Anordnung treffen (Abs. 2 Sätze 3 und 4). Eine Sonderregelung gilt für den Fall, dass das Kind im gemeinsamen Haushalt von Eltern und Großeltern lebt (Abs. 2 Satz 5).

Übergangsregelung: Nach § 78 Abs. 5 ist § 64 Abs. 2 und 3 für Berechtigte, die für Dezember 1990 für ihre Kinder Kindergeld im Gebiet der ehemaligen DDR erhalten haben, erst für die Zeit vom Beginn des Monats an anzuwenden, in dem der hierauf gerichtete Antrag bei der zuständigen Familienkasse eingeht (s. § 78 Anm. 4; Tz. 78.1 DAFamEStG v. 30.9.2009, BStBl. I 2009, 1030).

B. Auszahlung bei mehreren Berechtigten (Abs. 2 Satz 1)

I. Mehrere Berechtigte

8

Bei mehreren Anspruchsberechtigten erhält das Kindergeld nach Abs. 2 Satz 1 derjenige, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat (sog. Obhutsprinzip; s. dazu Anm. 3). Abs. 2 Satz 1 ist weder verfassungs- (BFH v. 14.12.2004 – VIII R 106/03, BStBl. II 2008, 762) noch europarechtswidrig (BFH v. 19.8.2003 – VIII R 60/99, BFH/NV 2004, 320).

Abs. 2 Satz 1 kommt zur Anwendung, wenn bezüglich desselben Kindes mehrere Personen nach §§ 62, 63 kindergeldberechtigt sind. Dies betrifft insbes. die Konkurrenzsituation zwischen Mutter und Vater. Besteht ein gemeinsamer Haushalt, so bestimmen sie untereinander den Zahlungsempfänger (Abs. 2 Satz 2). Leben sie in Trennung oder Scheidung, greift Abs. 2 Satz 1 ein; das Kindergeld erhält der Elternteil, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat (BFH v. 19.5.1999 – VI B 259/98, BFH/NV 1999, 1331). Die Nachrangigkeit des Anspruchs ist unabhängig von einer Antragstellung durch den vorrangig Berechtigten (FG Bremen v. 27.1.2000, EFG 2000, 879, rkr.).

Außer zwischen Elternteilen sind Anspruchskonkurrenzen denkbar zwischen Eltern(-teilen) und Pflegeeltern (§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 iVm. § 32 Abs. 1 Nr. 2), Stiefeltern (§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2) und Großeltern (§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3). Voraussetzung ist jedoch jeweils, dass die Pflege-, Stief- oder Großeltern das Kind in ihren Haushalt aufgenommen haben. Andernfalls wird das Kind bereits nicht bei ihnen berücksichtigt (s. § 63 Anm. 6, 8 und 11). Anspruchskonkurrenzen zwischen Pflegeeltern, Stiefeltern und Großeltern sind daher nur bei mehrfacher Haushaltsaufnahme denkbar.

Auch der Vater eines nichtehelichen Kindes kann Auszahlungsempfänger sein, wenn er das Kind in seiner Obhut hat (s. dazu BTDrucks. 13/1558, 165 zu § 3 Abs. 2 BKGG nF).

II. In den Haushalt aufgenommen

9

Der Begriff der Haushaltsaufnahme in Abs. 2 Satz 1 entspricht weitgehend dem gleichlautenden Begriff in § 32 Abs. 1 Nr. 2 und § 63 Abs. 1 Nr. 2 und 3 (s. § 63 Anm. 6, 8). Eine normspezifisch einschränkende Begriffsauslegung ist jedoch erforderlich, soweit bei Aufenthalt in mehreren Haushalten der vorrangig Anspruchsberechtigte zu ermitteln ist (BFH v. 14.12.2004 – VIII R 106/03, BStBl. II 2008, 762; s. Anm. 9). Haushaltsaufnahme erfordert die Aufnahme in die Familiengemeinschaft mit einem dort begründeten Betreuungs- und Erziehungsverhältnis familienhafter Art. Neben dem *örtlich* gebundenen Zusammenleben müssen Voraussetzungen *materieller* Art (Versorgung, Unterhaltsgewährung) und *immaterieller* Art (Fürsorge, Betreuung) erfüllt sein. Danach gehört ein Kind dann zum Haushalt eines Elternteils, wenn es dort wohnt, versorgt und betreut wird, so dass es sich in der Obhut dieses Elternteils befindet. Es kommt grundsätzlich auf die tatsächlichen Verhältnisse an. Formale Gesichtspunkte (zB Sorgerechtsregelung, Eintragung in ein Melderegister) können allenfalls unterstützend herangezogen werden. Entgegenstehende zivilrechtl. Vereinbarungen sind unbeachtlich (BFH v. 18.12.1998 – VI B 215/98, BStBl. II 1999, 231; v. 30.3.2000 – VI B 53/99, BFH/NV 2000, 1190). Auch kann der danach vorrangig Berechtigte nicht auf seinen Vorrang verzichten. Ein Obhutsverhältnis be-

steht nicht, wenn sich das Kind nur für einen von vornherein begrenzten, kurzfristigen Zeitraum bei einem Elternteil befindet, etwa zu Besuchszwecken oder in den Ferien. Dagegen steht einer Aufnahme in den Haushalt des einen Elternteils nicht entgegen, wenn diese zwar noch nicht endgültig ist, aber für einen längeren Zeitraum gelten soll, so dass das Obhutsverhältnis zu dem abgebenden Elternteil jedenfalls zunächst beendet ist. Ein nicht nur vorübergehender Aufenthalt liegt idR vor, wenn das Kind seit mehr als drei Monaten bei dem anderen Elternteil lebt und eine Rückkehr nicht von vornherein feststeht (BFH v. 25.6.2009 – III R 2/07, BFH/NV 2009, 1881; v. 20.6.2001 – VI R 224/98, BStBl. II 2001, 713). Verlässt ein Minderjähriger freiwillig, aber gegen den Willen des betreuenden Elternteils auf Dauer den Haushalt, entfällt das örtliche Element der Haushaltsaufnahme (BFH v. 16.12.2003 – VIII R 67/00, BFH/NV 2004, 934; v. 25.6.2009 – III R 2/07, BFH/NV 2009, 1881).

Eine zeitweilige auswärtige Unterbringung des Kindes zur Schul- oder Berufsausbildung bzw. zum Studium unterbricht die Haushaltszugehörigkeit idR nicht (BFH v. 20.6.2001 – VI R 224/98, BStBl. II 2001, 713; v. 16.4.2008 – III B 36/07, BFH/NV 2008, 1326; § 63 Anm. 6; Tz. 63.1.3 Abs. 2 Satz 3 DAFamEStG v. 30.9.2009, BStBl. I 2009, 1030). Auch bei Heimunterbringung oder Fürsorgeerziehung ist die Haushaltszugehörigkeit idR zu bejahen, wenn das Kind weiterhin in einem zeitlich bedeutsamen Umfang im Haushalt der Eltern betreut wird (BFH v. 30.6.2005 – III R 80/03, BFH/NV 2006, 262). Dazu muss der Aufenthalt über Besuche bei den Eltern in den Ferien oder im Urlaub hinausgehen. Aufenthalte von weniger als sechs Wochen pro Jahr genügen idR nicht, Aufenthalte von insgesamt mehr als drei Monaten pro Jahr sind dagegen ausreichend (BFH v. 26.8.2003 – VIII R 91/98, BFH/NV 2004, 324).

Kindsentziehung: Wird das Kind einem Elternteil widerrechtl. entzogen, zB durch Entführung, bleibt uE die Haushaltszugehörigkeit beim sorgeberechtigten Elternteil solange bestehen, wie dieser dem Kind weiter Obhut gewährt. Dies setzt voraus, dass er eine Wohnung bereit hält (örtlicher Bezug) und die erforderlichen, nicht von vornherein aussichtslosen Schritte für die Rückführung des Kindes einleitet (Versorgungs- und Fürsorgeelement; offengelassen: BFH v. 20.6.2001 – VI R 224/98, BStBl. II 2001, 713; v. 19.5.1999 – VI B 22/99, BFH/NV 1999, 1425; einschränkend FG Ba.-Württ. v. 16.8.2005, EFG 2007, 778, rkr.: fortbestehende Haushaltsaufnahme zumindest für Übergangszeit von sechs Monaten). Bei Entführung in ein Drittland (nicht: EU, EWR, Schweiz, Vertragsstaat) oder unbekanntem Aufenthalt kommt es bei leiblichen Kindern mangels Anspruchskonkurrenz nicht auf die Haushaltsaufnahme an (FG München v. 26.3.2008, EFG 2008, 1463, rkr.). Zur Beibehaltung des Wohnsitzes s. BFH v. 19.3.2002 – VIII R 62/00, BFH/NV 2002, 1146; und § 63 Anm. 18.

Haushaltsaufnahme bei getrennt lebenden Eltern: Bei getrennt lebenden oder geschiedenen Eltern kann sich das Kind auch gleichzeitig in zeitlich bedeutsamem Umfang in beiden Haushalten aufhalten. Dann liegt Haushaltsaufnahme iSd. Abs. 2 Satz 1 nur bei dem Berechtigten vor, bei dem sich das Kind überwiegend aufhält und seinen Lebensmittelpunkt hat (BFH v. 14.12.2004 – VIII R 106/03, BStBl. II 2008, 762). Hält sich das Kind in etwa gleichem zeitlichen Umfang in den Haushalten beider Elternteile auf, liegt eine mehrfache Haushaltsaufnahme vor. In diesem Fall ist Abs. 2 Sätze 2–4 entsprechend anzuwenden (BFH v. 23.3.2005 – III R 91/03, BStBl. II 2008, 752). Dh., zunächst legen die Berechtigten untereinander den Vorrang fest. Einigen sie sich nicht, entscheidet das Familiengericht. Dasselbe gilt, wenn Kinder trotz ehelicher Trennung der Eltern weiterhin in etwa gleichem Umfang mit diesen in der bis-

herigen Familienwohnung zusammen wohnen. Nicht entscheidend ist, ob es sich eherechtl. um einen gemeinsamen oder zwei getrennte Haushalte innerhalb der bisherigen Ehwohnung handelt (FG München v. 12.2.2008, juris, rkr.; FG Düss. v. 6.6.2001, DStRE 2001, 1034, rkr.).

Haushaltswechsel des Kindes: Beim Wechsel eines Kindes von einem Elternteil zum anderen hat die Familienkasse die Kindergeldfestsetzung gegenüber dem bisher Berechtigten aufzuheben (s. § 70 Abs. 2) und ggf. bereits überzahltes Kindergeld zurückzufordern (§ 37 Abs. 2 AO). Entgegenstehende zivilrechtl. Vereinbarungen sind unbeachtlich, selbst wenn sie durch gerichtlichen Vergleich bestätigt werden (BFH v. 14.5.2002 – VIII R 64/00, BFH/NV 2002, 1425). Der bislang berechtigte Elternteil hat den Haushaltswechsel des Kindes der Familienkasse unverzüglich anzuzeigen (BFH v. 1.7.2003 – VIII R 94/01, BFH/NV 2004, 25). Wechselt die Haushaltszugehörigkeit eines Kindes während eines laufenden Monats, kann dieser Wechsel bei der Zahlung des Kindergelds erst ab dem Folgemonat berücksichtigt werden. Der bisherige Berechtigte bleibt also für den Wechselmonat Kindergeldberechtigter (BFH v. 16.12.2003 – VIII R 76/99, BFH/NV 2004, 933; Tz. 64.4 Abs. 1 DAFamEStG aaO). Einen etwaigen Zählkindervorteil gewährt die Verw. dem nunmehr Berechtigten aber uU bereits für den Wechselmonat (Tz. 64.4 Abs. 1 Satz 3 DAFamEStG aaO).

► *Rückforderung:* Die Aufhebung der Kindergeldfestsetzung hat zur Folge, dass das Kindergeld als StVergütung (§ 31 Satz 3) vom bisher Berechtigten zurückverlangt werden kann, weil der rechtl. Grund für die Zahlung entfallen ist. Aufhebungs- und Erstattungs- bzw. Rückforderungsbescheid gem. § 37 Abs. 2 AO (zur Terminologie s. TIPKE/KRUSE, § 37 AO Tz. 10) sind dabei verfahrensrechtl. zu unterscheiden (BFH v. 24.10.2000 – VI B 144/99, BFH/NV 2001, 423), auch wenn die Familienkasse die verschiedenen Verwaltungsakte idR gem. § 254 Abs. 1 Satz 2 AO verbindet. Die Rückforderung betrifft das Erhebungsverfahren. Der Rückforderungsbescheid kann grundsätzlich in Form eines Leistungsgebots ergehen (§ 254 Abs. 1 Satz 1 AO). Besteht Streit über das Erlöschen des Rückforderungsanspruchs, erlässt die Familienkasse zusätzlich oder alternativ einen Abrechnungsbescheid nach § 218 Abs. 2 Satz 2 AO (BFH v. 22.1.2004 – VIII B 289/03, BFH/NV 2004, 759; FUMI, Anm. zu Hess. FG v. 23.10.2000, EFG 2001, 407, rkr., EFG 2001, 409). Der Erstattungsanspruch der Familienkasse wird nicht durch eine zivilrechtl. Unterhaltsregelung zwischen den Elternteilen (BFH v. 19.8.2003 – VIII R 60/99, BFH/NV 2004, 320) oder den Verrechnungseinwand nach § 1612b BGB berührt. Auf Entreicherung kann sich der Erstattungsverpflichtete nicht berufen; ebenso nicht auf Vertrauensschutz, wenn der Haushaltswechsel nicht gem. § 68 Abs. 1 rechtzeitig angezeigt wurde (BFH v. 28.3.2001 – VI B 256/00, BFH/NV 2001, 1117).

► *Weiterleitung:* Der Rückforderungsanspruch erlischt nicht (§ 47 AO) durch vollständige oder teilweise Weiterleitung des Kindergelds vom nachrangigen an den vorrangig Berechtigten. Aus Vereinfachungsgründen kann nur die Rückforderung von Kindergeld vom nicht mehr Berechtigten bei gleichzeitiger Nachzahlung an den vorrangig Berechtigten vermieden werden (BFH v. 9.4.2001 – VI B 271/00, BFH/NV 2001, 1254). Bestätigt der vorrangig Berechtigte auf amtlichem Vordruck (s. Anhang 14 zu DAFamEStG aaO), dass er das Kindergeld vom nachrangig Berechtigten für bestimmte Monate erhalten hat und seinen Kindergeldanspruch insoweit als erfüllt betrachtet, ist nach Tz. 64.4 Abs. 3 DAFamEStG aaO auch der Rückforderungsanspruch insoweit aus Billigkeitsgründen als erfüllt anzusehen. Diese Vereinfachungsregelung greift nicht, wenn der berechtigte Elternteil nachträglich Kindergeld von der Familienkasse erhal-

ten hat (Nds. FG v. 17.3.1999, EFG 1999, 535, rkr.; FG Brandenb. v. 31.5.2000, EFG 2000, 954, rkr.). Reicht der nachrangig Berechtigte das Kindergeld auch in Höhe des allein für ihn bestehenden Zählkindvorteils an den vorrangig Berechtigten weiter, liegt wegen insoweit fehlender materieller Berechtigung des vorrangig Berechtigten kein Weiterleitungsfall vor (BFH v. 26.4.2001 – VI B 320/00, BFH/NV 2001, 1385; zur unmittelbaren Zahlung des Kindergelds durch die Familienkasse auf das Konto des Berechtigten s. BFH v. 14.11.2000 – VI B 282/98, BFH/NV 2001, 449). Keine Weiterleitung liegt zudem vor, wenn der vorrangig Berechtigte ohne Zustimmung des nachrangig berechtigten Elternteils von dessen Konto Geld abhebt (BFH v. 7.5.2001 – VI B 308/00, BFH/NV 2001, 1387).

► *Verfahren*: Nach neuerer Rspr. des BFH und Auffassung der Verw. ist die Anerkennung der Weiterleitung zwar als Billigkeitsmaßnahme anzusehen (BFH v. 16.3.2004 – VIII R 48/03, BFH/NV 2004, 1218; offen gelassen noch in BFH v. 1.7.2003 – VIII R 80/00, BFH/NV 2004, 23; Tz. 64.4 Abs. 3 Satz 8 DAFamEStG aaO; aA Fum, EFG 2001, 409; dreiseitiger Verrechnungsvertrag). Gleichwohl wird der Weiterleitungseinwand aus Vereinfachungsgründen in dem gegen den Rückforderungsbescheid geführten Verfahren geprüft (aA HILDESHEIM in B/B, § 64 Rn. 24: eigenständiges Verfahren). Die Ermessensentscheidung der Verw. unterliegt dabei einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung (§ 102 FGO; BFH v. 19.5.1999 – VI B 364/98, BFH/NV 1999, 1592; v. 22.7.1999 – VI B 344/98, BFH/NV 2000, 36). Die Familienkasse muss im Weiterleitungsverfahren weder Unterhaltsvereinbarungen bzw. -zahlungen unter den Berechtigten berücksichtigen, überprüfen oder zivilrechtl. beurteilen. Noch ist es ermessensfehlerhaft, von einer Rückforderung des Kindergelds nur bei Vorlage einer Erklärung des vorrangig Berechtigten nach Maßgabe der o.g. Verwaltungsvorschrift abzusehen (BFH v. 1.7.2003 – VIII R 80/00, BFH/NV 2004, 23; s. dagegen BFH v. 14.11.2000 – VI B 282/98, BFH/NV 2001, 449, zum möglichen Ermessensfehler bei Auszahlung an den vorrangig Berechtigten trotz Kenntnis der Familienkasse von der Weiterleitung).

▷ *Beiladung*: Klagt ein Elternteil auf Festsetzung von Kindergeld oder gegen die Aufhebung der Festsetzung und die Rückforderung, ist der andere Elternteil selbst dann nicht notwendig zum Verfahren beizuladen (§ 60 Abs. 3 FGO), wenn er bei Stattgabe der Klage mit einem Verlust des zu seinen Gunsten festgesetzten Kindergelds rechnen muss (BFH v. 16.4.2002 – VIII B 171/01, BStBl. II 2002, 578; und v. 15.11.2004 – VIII B 240/04, BFH/NV 2005, 494). Die Familienkasse kann aber eine Bindung des anderen Elternteils an die Bestandskraft der Einspruchsentscheidung bzw. die Rechtskraft des Urteils erreichen, wenn sie diesen zum Einspruchsverfahren hinzuzieht bzw. dessen Beiladung im finanzgerichtlichen Verfahren beantragt (§ 174 Abs. 5, Abs. 4 AO). Ergeht zugunsten eines Elternteils ein Abhilfebescheid, ist der hinzugezogene Elternteil daran nur dann materiell gebunden, wenn er die Änderung beantragt oder ihr zugestimmt hat. Anderenfalls bedarf es trotz § 367 Abs. 2 Satz 3 AO einer Abhilfe durch Einspruchsentscheidung, um die Bindungswirkung gegenüber dem Hinzugezogenen herzustellen (BFH v. 29.4.2009 – X R 16/06, BStBl. II 2009, 732).

C. Gemeinsamer Haushalt von mehreren Berechtigten (Abs. 2 Sätze 2–5)

I. Einverständliche Bestimmung des Berechtigten (Abs. 2 Satz 2)

10

Ist ein Kind in den gemeinsamen Haushalt von Eltern, einem Elternteil und dessen Ehegatten, von Pflegeeltern oder Großeltern aufgenommen worden, so können diese nach Abs. 2 Satz 2 untereinander den vorrangig Berechtigten bestimmen. Wird eine Berechtigtenbestimmung nicht getroffen, bestimmt das Familiengericht den vorrangig Berechtigten (Abs. 2 Sätze 3 und 4; zum gemeinsamen Haushalt von Eltern und Großeltern s. Abs. 2 Satz 5 und Anm. 11).

Gemeinsamer Haushalt: Abs. 2 Satz 2 setzt die Aufnahme des Kindes in den gemeinsamen Haushalt von Eltern, einem Elternteil und dessen Ehegatten, von Pflegeeltern oder Großeltern voraus. Hauptanwendungsfall ist der gemeinsame Haushalt der verheirateten oder nichtverheirateten Eltern (auch Adoptiveltern). Beide sind Anspruchsberechtigte nach §§ 62, 63, jedoch kann nach Abs. 1 nur einem Elternteil Kindergeld gezahlt werden. Entsprechendes gilt, wenn das Kind in den gemeinsamen Haushalt von einem Elternteil und dessen Ehegatten (Stiefelternteil; s. § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2), von Pflegeeltern (s. § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 iVm. § 32 Abs. 1 Nr. 2) oder Großeltern (§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3) aufgenommen worden ist.

Für die Annahme eines gemeinsamen Haushalts genügt das räumliche Zusammenleben mit gemeinsamer Versorgung in einem Haushalt. Auf die Kostenbeiträge der einzelnen Haushaltsmitglieder kommt es nicht an, ebenso nicht darauf, wer im zivilrechtl. Sinn Mieter bzw. Eigentümer der Wohnung ist (KSM/FELIX, § 64 Rn. C 19).

Bestimmung des Berechtigten: Leben mehrere Anspruchsberechtigte in einem gemeinsamen Haushalt mit dem Kind, können sie untereinander den vorrangig Berechtigten bestimmen. Dieser Berechtigte ist dann der Zahlungsempfänger iSd. Abs. 1.

► *Einverständniserklärung:* Die Bestimmung des vorrangig Berechtigten ist eine übereinstimmende Willenserklärung der in einem gemeinsamen Haushalt lebenden Anspruchsberechtigten iSd. Abs. 2 Satz 2. Schriftform ist nach dem Gesetz für die Bestimmung zwar nicht vorgesehen, aber zweckmäßig. In der Praxis handelt es sich um die Einverständniserklärung (sog. Berechtigtenbestimmung) des verzichtenden Anspruchsberechtigten. Die Berechtigtenbestimmung ist idR Bestandteil des Antrags auf Zahlung von Kindergeld nach § 67. Deshalb sieht bereits der Antragsvordruck die Einverständniserklärung vor. Die von der Verw. geforderte Schriftform (Tz. 64.2 Abs. 2 DAFamEStG v. 30.9.2009, BStBl. I 2009, 1030) findet im Gesetz keine Stütze. Die Berechtigtenbestimmung ist bei der örtlich zuständigen Familienkasse (s. §§ 67, 72) abzugeben und wird mit Zugang wirksam (§ 130 BGB analog).

► *Widerruf:* Die Berechtigtenbestimmung bleibt wirksam, solange sie nicht vom anderen Berechtigten widerrufen wird. Auch eine Trennung der Eheleute berührt die Wirksamkeit der Bestimmung nicht (BFH v. 23.3.2005 – III R 91/03, BStBl. II 2008, 752). Der Berechtigte, der die Einverständniserklärung abgegeben hat, kann diese gegenüber der Familienkasse formlos, konkludent und ohne Angabe von Gründen widerrufen (aA die Verw., Tz. 64.2.1 Abs. 4 DAFamEStG aaO: nur schriftlich oder zur Niederschrift, zB auch durch Stellen eines eigenen Kindergeldantrags (FG Rhld.-Pf. v. 10.4.2000, DStRE 2001, 134, rkr.).

Für die Vergangenheit und den laufenden Monat kann eine Änderung der Berechtigtenbestimmung nur berücksichtigt werden, soweit das Kindergeld noch nicht an den bisher Berechtigten ausgezahlt wurde (aA die Verw., Tz. 64.4 Abs. 2 DAFamEStG aaO: nur, soweit noch keine Festsetzung erfolgt ist); ansonsten wirkt der Widerruf nur für die Zukunft (FG München v. 25.10.2006, EFG 2007, 423, rkr.). Eine Anfechtung wegen Irrtums nach BGB-Regeln scheidet aus (FG München v. 12.2.2008, nv. [Juris], rkr.). Es genügt die einseitige Erklärung eines Elternteils. Wird die Berechtigtenbestimmung gegenüber der Familienkasse widerrufen, ist die Kindergeldfestsetzung nach § 70 Abs. 2 gegenüber dem bisher Berechtigten aufzuheben (Tz. 64.4 Abs. 1 Satz 1 DAFamEStG aaO).

► *Änderung der Verhältnisse*: Die Berechtigtenbestimmung wird gegenstandslos, wenn die Voraussetzung eines gemeinsamen Haushalts mehrerer Anspruchsberechtigter entfällt (BFH v. 16.9.2008 – III B 124/07, nv. [Juris]) und auch die Voraussetzungen eines anderen Falls zulässiger Berechtigtenbestimmung (insbes. Abs. 3 Satz 3) nicht eintreten. Die Berechtigtenbestimmung soll im Übrigen gegenstandslos werden, wenn das Kind den Haushalt auf Dauer verlässt (Tz. 64.2.1 Abs. 4 Satz 2 DAFamEStG aaO; uE fraglich, wenn das Kind minderjährig ist). Die Kindergeldzahlung richtet sich dann nach Abs. 3.

Zur Besonderheit beim Berechtigtenwechsel s. Tz. 64.4 DAFamEStG aaO und Anm. 9.

11 II. Entscheidung durch das Familiengericht (Abs. 2 Sätze 3 und 4)

Wird für ein im gemeinsamen Haushalt der in Abs. 2 Satz 2 genannten Anspruchsberechtigten lebendes Kind keine einvernehmliche Berechtigtenbestimmung getroffen, so bestimmt nach Abs. 2 Sätzen 3 und 4 das Familiengericht auf Antrag einer Person, die ein berechtigtes Interesse an der Zahlung des Kindergelds hat, den vorrangig Berechtigten. Eine Berechtigtenbestimmung wird nicht getroffen, wenn der Antragsteller beim Antrag auf Zahlung von Kindergeld eine Einverständniserklärung nicht vorlegen kann. Auf die Gründe, die einer einvernehmlichen Berechtigtenbestimmung entgegenstehen, kommt es nicht an. Eine Berechtigtenbestimmung wird auch nicht getroffen, wenn eine zuvor erzielte Einigung widerrufen wird. Der Familienkasse steht keine Entscheidungskompetenz zu. Wegen des ungewissen Ausgangs des Verfahrens beim Familiengericht sollte die Familienkasse in einen die Gewährung von Kindergeld ablehnenden Bescheid einen Vorläufigkeitsvermerk gem. § 165 Abs. 1 AO aufnehmen (s. dazu FG Rhld.-Pf. v. 10.4.2000, DStRE 2001, 134, rkr.).

Das Verfahren vor dem Familiengericht richtet sich nach dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17.12.2008 (BGBl. I 2008, 2586 – FamFG –). Die Bestimmung des vorrangig Berechtigten ist eine Unterhaltssache (§ 231 Abs. 2 FamFG), da ein enger tatsächlicher und rechtl. Zusammenhang mit den das Kind betreffenden Unterhaltsverfahren besteht. Über die Bedürftigkeitsprüfung hat das Kindergeld nach § 1612b BGB unmittelbaren Einfluss auf die Höhe des Unterhaltsanspruchs. Verfahrensrechtl. handelt es sich um keine Familienstreitsache iSd. § 112 Nr. 1 FamFG, sondern um eine Familiensache der freiwilligen Gerichtsbarkeit iSd. § 111 Nr. 8 FamFG. Nach § 231 Abs. 2 FamFG sind für das Verfahren §§ 1–110 FamFG –ohne die Einschränkungen des § 113 FamFG (Verweisung auf ZPO-Vorschriften) – und §§ 232–234 FamFG anwendbar.

Zuständig ist – nachdem die Vormundschaftsgerichte aufgelöst wurden – ab 1.9.2008 (Art. 112 Abs. 1 FGG-Reformgesetz, s. Anm. 2) das Familiengericht (Abteilung des *sachlich* zuständigen Amtsgerichts, § 23b GVG). Die *örtliche* Zuständigkeit ergibt sich aus § 232 FamFG. Ist eine Ehesache anhängig, wird aus Gründen der Verfahrenskonzentration das für die Ehesache zuständige Familiengericht auch für die Unterhaltssache ausschließlich zuständig (§ 232 Abs. 1 Nr. 1 FamFG). Anderenfalls ist für minderjährige Kinder und für unter § 1603 Abs. 2 Satz 2 BGB fallende Kinder bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres das Familiengericht zuständig, in dessen Bezirk das Kind oder der für das Kind handlungsbefugte Elternteil seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Sonstige Gerichtsstände ergeben sich aus § 232 Abs. 3 FamFG. *Funktionell* zuständig ist der Rechtspfleger, soweit nicht eine Unterhaltssache iSd. § 231 Abs. 1 FamFG anhängig ist (§§ 3 Nr. 3 Buchst. g, 25 Nr. 2 Buchst. a RPflG).

Auf Antrag: Das Familiengericht wird nur auf Antrag tätig. Antragsberechtigt ist, wer ein berechtigtes Interesse an der Zahlung hat. Die Antragsberechtigung entspricht damit der nach § 67 Abs. 1 Satz 2.

► *Ein berechtigtes Interesse* an der Zahlung des Kindergelds hat in erster Linie, wer als vorrangig Berechtigter nach Abs. 2 Satz 2 bestimmt werden könnte. Ein berechtigtes Interesse haben darüber hinaus Personen, die einem zu berücksichtigenden Kind gegenüber unterhaltspflichtig sind oder zu deren Gunsten eine Auszahlung des Kindergelds erfolgen könnte (s. §§ 74, 76; Tz. 67.2.2 DAFamEStG v. 30.9.2009, BStBl. I 2009, 1030). Für die Auszahlung des Kindergelds an diese Personen ist zunächst eine Kindergeldbewilligung an den Anspruchsberechtigten erforderlich. Dies setzt bei mehreren Anspruchsberechtigten die Bestimmung des vorrangig Berechtigten durch das Familiengericht voraus, sofern keine einvernehmliche Bestimmung vorgenommen wurde.

► *Eine besondere Form* sieht Abs. 2 Sätze 3 und 4 für den Antrag nicht vor. Nach § 25 Abs. 1 FamFG kann ein Antrag schriftlich oder mündlich zu Protokoll der Geschäftsstelle des Familiengerichts gestellt werden.

Bestimmung durch das Familiengericht: Das Familiengericht bestimmt in den Konkurrenzfällen des Abs. 2 Satz 2 den vorrangig Berechtigten, also denjenigen, an das Kindergeld ausgezahlt werden soll. Vorrangig Berechtigter kann nur einer der in Abs. 2 Satz 2 genannten Anspruchsberechtigten sein. Eine davon abweichende Bestimmung eines Dritten durch das Familiengericht ist nicht zulässig, ebenso eine Aufteilung des Kindergelds auf beide Anspruchsberechtigten. Eine solche Bestimmung ist für die Familienkasse nicht bindend (Tz. 64.3 Abs. 3 Satz 4 DAFamEStG aaO).

Aus Abs. 2 ergibt sich für das Familiengericht keine materiell-rechtliche Bindung, so dass es unter Berücksichtigung des Kindeswohls in seiner Entscheidung frei ist (OLG München v. 27.1.2006, FamRZ 2006, 1567, rkr.). IdR wird zum vorrangig Berechtigten bestimmt werden, wer auch im Übrigen den gemeinsamen Haushalt ganz oder überwiegend finanziell bestreitet.

Die Zuständigkeit des Familiengerichts bezieht sich lediglich auf die Bestimmenbestimmung in den Konkurrenzfällen des Abs. 2 Satz 2. Die Anspruchsberechtigung ist durch die Familienkasse festzustellen und ggf. durch das FG zu überprüfen.

► *Das Familiengericht entscheidet durch Beschluss*, der Beschluss (§ 38 FamFG) wird nach § 40 FamFG wirksam mit Bekanntgabe an den Beteiligten, für den er seinem wesentlichen Inhalt nach bestimmt ist. An den als vorrangig Bestimmten kann auch für Zeiten vor Bekanntgabe des Beschlusses Kindergeld gezahlt wer-

den, es sei denn, für die Zeit davor wäre dem Beschluss eine entgegengesetzte Aussage des Familiengerichts zu entnehmen (Tz. 64.2.1 Abs. 6 Sätze 2 und 3 DAFamEStG aaO).

► *Ab Wirksamkeit* bindend ist der Beschluss für die Anspruchsberechtigten und die Familienkasse. Sie darf das Kindergeld nicht abweichend von der durch das Familiengericht getroffenen Bestimmung auszahlen. Wird eine familiengerichtliche Berechtigtenbestimmung durch einen neuen Beschluss aufgehoben, entfaltet dieser Beschluss Rechtswirksamkeit nur für die Zukunft. Für die zurückliegende Zeit ist das Kindergeld an den bisherigen vorrangig Berechtigten mit befreiender Wirkung gezahlt worden (Tz. 64.2.1 Abs. 6 Sätze 4 und 5 DAFamEStG aaO). Die Bindungswirkung entfällt, wenn die Voraussetzungen für die Berechtigtenbestimmung durch das Familiengericht nicht mehr gegeben sind (Tz. 64.3 Abs. 3 DAFamEStG aaO), wie zB beim Tod des vorrangig Berechtigten, Veränderungen in der Haushaltszugehörigkeit oder bei späterer einvernehmlicher Berechtigtenbestimmung. Die Änderungen der Verhältnisse sind der Familienkasse in diesen Fällen anzuzeigen (§ 68); uU muss ein Berechtigter einen Antrag auf Zahlung von Kindergeld nach § 67 stellen.

Rechtsmittel: Gegen (End-)Entscheidungen des Rechtspflegers ist nach § 11 Abs. 1 RPfLG, § 58, § 38 Abs. 1 Satz 1 FamFG die Beschwerde gegeben. Unter den Voraussetzungen des § 70 FamFG kommt eine Rechtsbeschwerde in Betracht. Die Rechtsmittel stehen jedem zu, dessen Recht durch die Bestimmung des vorrangig Berechtigten beeinträchtigt ist. Das ist bei Abweisung des Antrags der Antragsteller, im Übrigen die nicht berücksichtigten Anspruchsberechtigten (§ 59 Abs. 1, 2 FamFG). Das Familiengericht kann die Vollziehung des angefochtenen Beschlusses aussetzen (§ 64 Abs. 3 FamFG).

12

III. Gemeinsamer Haushalt von Eltern und Großeltern (Abs. 2 Satz 5)

Abs. 2 Satz 5 enthält eine Sonderregelung für den Fall, dass das Kind im gemeinsamen Haushalt von Eltern bzw. Elternteilen und Großeltern lebt. In diesem Fall wird das Kindergeld vorrangig einem Elternteil gezahlt (Abs. 2 Satz 5 Halbs. 1). Der Elternteil kann aber auf seinen Vorrang zugunsten des Großelternteils schriftlich verzichten (Abs. 2 Satz 5 Halbs. 2).

Leben Eltern und Großeltern in einem gemeinsamen Haushalt mit dem Kind, kann allein nach dem Obhutsprinzip die Anspruchskonkurrenz nicht gelöst werden (BTDrucks. 13/1558, 165 zu § 3 Abs. 2 BKGG nF), so dass die Sonderregelung erforderlich ist. Denn die Anspruchsberechtigung der Großeltern hängt nicht davon ab, dass sie das Enkelkind in ihren alleinigen Haushalt aufgenommen haben. Sie sind vielmehr nach § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 auch dann kindergeldberechtigt, wenn sie in einem gemeinsamen Haushalt mit den Eltern des Kindes leben (s. dazu § 63 Anm. 11; zum gemeinsamen Haushalt s. Anm. 10). Ein gemeinsamer Haushalt zwischen Eltern und Großeltern ist nicht anzunehmen, wenn die Großeltern in den Haushalt der Eltern aufgenommen sind (KSM/FELIX, § 64 Rn. C 29).

Zahlung an einen Elternteil (Abs. 2 Satz 5 Halbs. 1): Abs. 2 Satz 5 betrifft ausdrücklich nicht nur die Fälle, in denen ein Kind im gemeinsamen Haushalt eines Elternteils mit den Großeltern lebt. Die Vorschrift kommt auch zur Anwendung, wenn das Kind mit beiden Elternteilen und den Großeltern in einem gemeinsamen Haushalt lebt. Die Auszahlung hat jedoch nach Abs. 1 in jedem

Fall vorrangig nur an einen Elternteil zu erfolgen. Lebt das Kind mit beiden Elternteilen (und den Großeltern) in einem gemeinsamen Haushalt, muss der vorrangig berechnete Elternteil zunächst nach Abs. 2 Satz 2 einvernehmlich (s. Anm. 10) oder nach Abs. 2 Sätzen 3 und 4 durch das Familiengericht (s. Anm. 11) bestimmt werden. Steht der bevorrechtigte Elternteil fest, hat die Familienkasse das Kindergeld grundsätzlich an diesen auszuzahlen, wie sich aus dem Begriff „vorrangig“ in Abs. 2 Satz 5 Halbs. 1 ergibt.

Auszahlung an einen Großelternteil (Abs. 2 Satz 5 Halbs. 2):

► *Vorrangverzicht des bevorrechtigten Elternteils:* Abweichend von der Regel wird das Kindergeld an einen Großelternteil ausgezahlt, wenn der bzw. die bevorrechtigten Elternteile gegenüber der örtlich zuständigen Familienkasse auf ihren Vorrang schriftlich (oder zur Niederschrift) verzichtet haben. Der betreffende Großelternteil hat bei der Antragstellung die Verzichtserklärung vorzulegen. Wirksamkeit tritt mit Zugang bei der Familienkasse ein (§ 130 BGB analog). Lebt das Kind mit beiden Großelternteilen (und den Eltern) in einem gemeinsamen Haushalt, muss nach Abs. 2 Sätzen 2, 3 und 4 der Vorrang auch unter den Großelternteilen bestimmt werden (s. Anm. 9 und 10). UE kann der bevorrechtigte Elternteil aber auch nur zugunsten eines bestimmten Großelternteils verzichten, so dass es einer Berechtigtenbestimmung nicht bedarf.

► *Widerruf des Vorrangverzichts:* Der Vorrangverzicht durch den bevorrechtigten Elternteil bleibt wirksam, solange er nicht widerrufen wird. Da Abs. 2 Satz 5 für die Erklärung des Vorrangverzichts Schriftform vorsieht, ist auch der Widerruf nur schriftlich oder zur Niederschrift der Familienkasse möglich. Im Übrigen gelten die Ausführungen zum Widerruf der Berechtigtenbestimmung entsprechend (Anm. 10).

Einstweilen frei.

13–14

**Erläuterungen zu Abs. 3:
Kindergeldberechtigung bei nicht in den Haushalt
aufgenommenen Kindern**

A. Hilfsweise Geltung der Konkurrenzregelung des Abs. 3

15

Abs. 3 regelt die Anspruchskonkurrenz mehrerer Kindergeldberechtigter in den Fällen, in denen das Kind (dauerhaft) nicht im Haushalt eines Berechtigten, sondern bei Dritten oder allein lebt. In diesem Fall erhält das Kindergeld derjenige, der dem Kind eine Unterhaltsrente zahlt. Zahlen mehrere Berechtigte Unterhalt, entscheidet die Höhe der jeweiligen Unterhaltsrente. Dadurch soll derjenige das Kindergeld erhalten, der durch den Kindesunterhalt am meisten belastet ist (BTDrucks. 13/1558, 165 zu § 3 Abs. 3 BKGG).

Abs. 3 kommt nur Hilfsweise zur Geltung. Lebt das Kind im Haushalt eines von mehreren Berechtigten, erhält dieser das Kindergeld unabhängig davon, ob er Barunterhalt leistet. Zur Übergangsregelung nach § 78 Abs. 5 s. Anm. 7.

16 B. Zahlung einer Unterhaltsrente durch einen Berechtigten (Abs. 3 Satz 1)

Die Kindergeldberechtigung ergibt sich aus § 62 iVm. § 63. Sind mehrere Berechtigte vorhanden, ist Voraussetzung für die Auszahlung des Kindergelds die Aufnahme des Kindes in den Haushalt (Abs. 2). Ist das Kind nicht in den Haushalt eines Berechtigten aufgenommen, erhält das Kindergeld derjenige, der dem Kind eine Unterhaltsrente zahlt (Abs. 3 Satz 1).

Keine Aufnahme in den Haushalt eines Berechtigten: Das Kind darf nicht in den Haushalt eines Berechtigten iSd. §§ 62, 63 aufgenommen worden sein. Als Berechtigte iSd. Abs. 3 kommen nur die Eltern (leibliche und Adoptiveltern) in Betracht. Denn sie sind unabhängig von der Haushaltzugehörigkeit des Kindes anspruchsberechtigt (§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1). Die Anspruchsberechtigung der Pflege-, Stief- und Großeltern setzt dagegen jeweils die Aufnahme des Kindes in den Haushalt der Betroffenen voraus (s. § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 iVm. § 32 Abs. 1 Nr. 2, § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3). Ist das, wie es Abs. 3 Satz 1 voraussetzt, nicht der Fall, scheiden sie als Zahlungsempfänger aus (zur Haushaltsaufnahme s. Anm. 9).

Zahlung einer Unterhaltsrente: Das Kindergeld erhält derjenige, der dem Kind eine Unterhaltsrente zahlt. Unterhaltsrente meint regelmäßige (meist monatliche) Geldrente iSd. § 1612 BGB. Abs. 3 stellt damit ausschließlich auf den laufenden, dh. nicht nur einmaligen oder gelegentlichen Barunterhalt ab. Sach- und Betreuungsleistungen bleiben außer Ansatz (Tz. 64.3 Abs. 1 DAFamEStG v. 30.9.2009, BStBl. I 2009, 1030; BFH v. 16.12.2003 – VIII R 67/00, BFH/NV 2004, 934). Aus Gründen der Klarheit und Praktikabilität soll nur derjenige Elternteil das Kindergeld erhalten, der das Kind laufend finanziell unterstützt und damit seiner Unterhaltsverpflichtung nachkommt. Außer Betracht bleiben nachträglich erbrachte Unterhaltsleistungen (BFH v. 28.10.2005 – III B 107/05, BFH/NV 2006, 549), auch wenn es sich um die Erstattung verauslagter Unterhaltszahlungen (zB nach dem UnterhaltsvorschussG) handelt. Auf die Höhe der Unterhaltszahlungen kommt es nicht an, wenn nur ein Elternteil Barunterhalt gewährt. Anders als im Fall der Zahlung mehrerer Unterhaltsrenten (s. dazu BFH v. 2.6.2005 – III R 66/04, BStBl. II 2006, 184) genügt dann auch eine Unterhaltsrente, durch die nur das erhaltene Kindergeld ganz oder teilweise weitergegeben wird. Zahlt kein Berechtigter Unterhalt, gilt Abs. 3 Satz 3 (s. Anm. 17).

17 C. Zahlung von Unterhaltsrenten durch mehrere Berechtigte (Abs. 3 Sätze 2–4)

Höchste Unterhaltsrente (Abs. 3 Satz 2): Zahlen mehrere Berechtigte, also beide Elternteile, dem Kind Unterhalt, so steht das Kindergeld nach Abs. 3 Satz 2 vorrangig demjenigen zu, der dem Kind laufend den höheren Unterhalt zahlt. Einmalige oder gelegentlich höhere finanzielle Zuwendungen an das Kind sind unerheblich (Tz. 64.3 Abs. 1 Satz 3 DAFamEStG v. 30.9.2009, BStBl. I 2009, 1030). Hat derjenige, der das Kindergeld bisher erhalten hat, den Betrag an das Kind als Unterhalt weitergeleitet, so bleibt das Kindergeld für die Feststellung der höheren Unterhaltsrente außer Betracht (BFH v. 2.6.2005 – III R 66/04, BStBl. II 2006, 184).

Werden gleich hohe Renten gezahlt oder zahlt keiner der Berechtigten dem Kind Unterhalt, bestimmen die Betroffenen den Zahlungsempfänger untereinander (Abs. 3 Satz 3). Sind die gezahlten Unterhaltsrenten unterschiedlich

hoch, ist eine einvernehmliche Bestimmung nicht möglich (BFH v. 2.6.2005 – III R 66/04, BStBl. II 2006, 184). Die einvernehmliche Berechtigtenbestimmung entspricht der nach Abs. 2 Satz 2 (s. dazu Anm. 10). Der verzichtende Elternteil muss also gegenüber der Familienkasse möglichst schriftlich sein Einverständnis erklären, dass das Kindergeld an den anderen Berechtigten ausgezahlt wird. Eine getroffene Berechtigtenbestimmung wird nicht dadurch gegenstandslos, dass der vorrangig Berechtigte einmalig oder gelegentlich Unterhalt in geringerer Höhe zahlt (Tz. 64.3 Abs. 2 Satz 4 DAFamEStG aaO).

► *Kein Elternteil zahlt Unterhalt:* Auf die Gründe für die Nichtzahlung kommt es nicht an. Die Regelung greift auch dann, wenn mangels Leistungsfähigkeit keine Unterhaltspflicht besteht. Allerdings kommt dann eine Abzweigung nach § 74 Abs. 1 in Betracht.

Die einvernehmliche Berechtigtenbestimmung bei fehlender Unterhaltszahlung der Eltern ist erst ab VZ 2000 möglich (Ges. zur Familienförderung v. 22.12.1999, s. Anm. 2). Bis 1999 musste das Vormundschaftsgericht den Berechtigten bestimmen (Abs. 3 Satz 4 aF).

► *Zur Wirksamkeit und zum Widerruf der Berechtigtenbestimmung* s. Anm. 10.

Wird eine Berechtigtenbestimmung nicht getroffen, entscheidet auf Antrag das Familiengericht entsprechend Abs. 2 Sätze 3 und 4 (Abs. 3 Satz 4). Antragsteller kann danach sein, wer ein berechtigtes Interesse an der Zahlung des Kindergelds hat. Das sind in erster Linie beide Elternteile, oder im Fall der Nichtzahlung von Unterhalt die in § 74 genannten Personen und Stellen (s. zur Antragsberechtigung im Einzelnen und zu den übrigen Voraussetzungen des Abs. 2 Satz 3 und 4 Anm. 11).

