

§ 64

Zusammentreffen mehrerer Ansprüche

idF des EStG 1997 v. 16. 4. 1997 (BGBl. I, 821; BStBl. I, 415), geänd. durch Ges. zur Familienförderung v. 22. 12. 1999 (BGBl. I, 2552; BStBl. I 2000, 4)

- (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 Vormundschaftsgericht 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 Großelternteil 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 und Mitherausgeber: Dr. Winfried **Bergkemper**,
Vors. Richter am FG, Cottbus

Inhaltsübersicht

	Anm.		Anm.
I. Allgemeine Erläuterungen zu § 64		1. Vorbemerkung zur Konkurrenzregelung des Abs. 2	7
1. Überblick zu § 64	1	2. Auszahlung bei mehreren Berechtigten (Abs. 2 Satz 1)	
2. Rechtsentwicklung des § 64	2	a) Mehrere Berechtigte	8
3. Bedeutung des § 64	3	b) In den Haushalt aufgenommen	9
4. Verhältnis zu anderen Vorschriften	4	3. Gemeinsamer Haushalt von mehreren Berechtigten (Abs. 2 Sätze 2–5)	
II. Erläuterungen zu Abs. 1: Grundsatz der Einmalgewährung des Kindergelds	5	a) Einverständliche Bestimmung des Berechtigten (Abs. 2 Satz 2)	10
III. Erläuterungen zu Abs. 2: Anspruchskonkurrenz bei mehreren Berechtigten			

	Anm.	Anm.
b) Entscheidung durch das Vormundschaftsgericht (Abs. 2 Sätze 3 und 4)	11	1. Hilfsweise Geltung der Konkurrenzregelung des Abs. 3 15
c) Gemeinsamer Haushalt von Eltern und Großeltern (Abs. 2 Satz 5)	12	2. Zahlung einer Unterhaltsrente durch einen Berechtigten (Abs. 3 Satz 1) . . . 16
IV. Erläuterungen zu Abs. 3: Kindergeldberechtigung bei nicht in den Haushalt aufgenommenen Kindern		3. Zahlung von Unterhaltsrenten durch mehrere Berechtigte (Abs. 3 Sätze 2–4) 17

I. Allgemeine Erläuterungen zu § 64

1 1. Überblick zu § 64

Abs. 1: Wie nach BKGG aF gilt auch für das stl. Kindergeld, daß es nur an einen Elternteil gezahlt wird.

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 Vormundschaftsgericht eine Entscheidung treffen (Abs. 2 Satz 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 Festlegung des Zahlungsempfängers in den Fällen, in denen das Kind nicht im Haushalt eines Anspruchsberechtigten lebt. Das Kindergeld erhält dann derjenige, der dem Kind eine Unterhaltsrente zahlt (Abs. 3 Satz 1). Bei Unterhaltsgewährung durch mehrere Berechtigte entscheidet die Höhe der jeweiligen Unterhaltsrente (Abs. 3 Satz 2). Werden gleich hohe Renten gezahlt oder zahlt keiner der Berechtigten Unterhalt, bestimmen die Betroffenen den Zahlungsempfänger selbst (Abs. 3 Satz 3); geschieht dies nicht, entscheidet wieder das Vormundschaftsgericht (Abs. 3 Satz 4).

2 2. Rechtsentwicklung des § 64

JStG 1996 v. 11. 10. 1995 (BGBl. I, 1250; BStBl. I, 438): Die Vorschrift wurde im Zusammenhang mit der Neuregelung der estrechtl. Kindergeldvorschriften in das EStG eingefügt (zur Rechtsentwicklung der Kindergeldvorschriften s. im einzelnen Vor §§ 62–78 Anm. 3 ff.).

Ges. zur Familienförderung v. 22. 12. 1999 (BGBl. I, 2552; BStBl. I 2000, 4): Abs. 3 Sätze 3 und 4 wurden mit Wirkung ab KJ. 2000 neu gefaßt.

3. Bedeutung des § 64

3

Die Vorschrift regelt das Zusammentreffen mehrerer Ansprüche. Dabei gilt der Grundsatz, daß für jedes Kind nur einem Berechtigten Kindergeld gezahlt wird (Abs. 1); auf diese Weise werden Doppelleistungen vermieden. 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 insbesondere 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, wem das Kindergeld letztlich ausgezahlt wird. Der Gesetzgeber hat sich dabei maßgeblich vom Obhutprinzip 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 BKG; BFH v. 18. 12. 1998 VI B 215/98, BStBl. II, 231).

Die Berechtigtenbestimmung nach Abs. 2 Satz 2 eröffnet den Berechtigten Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf den sog. Zählkindervorteil (s. dazu Anm. 5; § 66 Anm. 10).

4. Verhältnis zu anderen Vorschriften

4

Verhältnis zu § 65: Der Anspruch auf Kindergeld für ein und dasselbe Kind kann auch mit einem anderen Anspruch auf kindbezogene Leistungen, die ebenfalls dem Familienleistungsausgleich dienen, konkurrieren. Doppelleistungen werden durch § 65 verhindert.

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.

II. Erläuterungen zu Abs. 1:

5

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. Das bedeutet zum einen, daß das Kindergeld für ein und dasselbe Kind nicht mehrfach gewährt wird. Zum anderen ergibt sich daraus, daß eine Aufteilung unter mehreren Berechtigten nicht stattfindet (WICKENHAGEN/KREBS, BKG, § 2 Rn. 9 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. Zählkind. Dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß ein Kind bei mehreren Personen als sog. Zählkind berücksichtigt wird. Zählkinder sind solche, für die kein Kindergeld zu zahlen ist, weil ein anderer Elternteil nach § 64 vorrangig das Kindergeld erhält oder ein Ausschlußtatbestand nach § 65 bzw. nach über- oder zwischenstaatlichen Rechtsvorschriften vorliegt. Bei der Frage, ob ein Kind bei dem Berechtigten als 1., 2., 3. oder weiteres Kind zu berücksichtigen ist, werden auch Zählkinder mitgerechnet, was die Höhe des Kindergeldanspruchs beeinflusst. So

können Zählkinder zur Erhöhung des Anspruchs für jüngere Zahlkinder beitragen.

6 Einstweilen frei.

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

7 1. Vorbemerkung zur Konkurrenzregelung des Abs. 2

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

Überblick zur Konkurrenzregelung: Bei mehreren Berechtigten wird das Kindergeld grundsätzlich demjenigen ausgezahlt, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat (Abs. 2 Satz 1). Besteht – wie häufig – ein gemeinsamer Haushalt der Anspruchsberechtigten, so bestimmen diese untereinander den Zahlungsempfänger (Abs. 2 Satz 2). Gelingt dies nicht, muß das Vormundschaftsgericht eine entsprechende Anordnung treffen (Abs. 2 Satz 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. 18, Tz. 78.2 DAFamESt. v. 15. 3. 2002, BStBl. I, 366).

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

8 a) Mehrere Berechtigte

Bei mehreren Anspruchsberechtigten wird das Kindergeld nach Abs. 2 Satz 1 demjenigen gezahlt, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat. Das Kindergeld erhält also vorrangig der Anspruchsberechtigte, der das Kind in seine Obhut genommen hat (sog. Obhutsprinzip; s. dazu Anm. 3). Die Auszahlung richtet sich nach § 70. Abs. 2 Satz 1 ist verfassungsgemäß (BFH v. 10. 11. 1998 VI B 125/98, BStBl. II 1999, 137). Die Vorschrift verstößt auch nicht gegen EU-Recht (FG Ba.-Württ. v. 18. 2. 1999, EFG 1999, 479, Rev. VIII R 60/99).

Abs. 2 Satz 1 kommt zur Anwendung, wenn bezüglich desselben Kindes mehrere Personen die in §§ 62, 63 genannten Voraussetzungen erfüllen und somit kindergeldberechtigt sind. Dies betrifft insbesondere die Konkurrenzsituation, in der Mutter und Vater zueinander stehen. 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; v. 24. 10. 2000 VI R 221/98, BFH/NV 2001, 444).

Außer zwischen Elternteilen sind Anspruchskonkurrenzen denkbar zwischen Eltern bzw. Elternteilen 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 Pflegeeltern, Stiefeltern

oder Großeltern das Kind in ihren Haushalt aufgenommen haben. Ist das nicht der Fall, wird das Kind bereits nicht bei ihnen berücksichtigt (s. § 63 Anm. 6, 8 und 11). Aus diesem Grund sind Anspruchskonkurrenzen zwischen Pflegeeltern, Stiefeltern und Großeltern nicht möglich, da das Kind nur Aufnahme in einen Haushalt gefunden haben kann.

Auszahlungsempfänger iSd. Abs. 1 Satz 1 kann auch der Vater eines nichtehelichen Kindes sein, wenn er das Kind in seiner Obhut hat. Das war unter der Geltung des BKGG aF nicht möglich (s. dazu BTDrucks. 13/1558, 165 zu § 3 Abs. 2 BKGG nF).

b) In den Haushalt aufgenommen

9

Der Begriff der Haushaltsaufnahme in Abs. 2 Satz 1 entspricht dem gleichlautenden Begriff in § 32 Abs. 1 Nr. 2 und § 63 Abs. 1 Nr. 2 und 3 (s. § 63 Anm. 6, 8). Haushaltsaufnahme iS dieser Vorschriften bedeutet nach der Rspr. des BFH 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. Formale Gesichtspunkte, zB die Sorgerechtsregelung oder die Eintragung in ein Melderegister, können bei der Beurteilung, in welchen Haushalt das Kind aufgenommen ist, allenfalls unterstützend herangezogen werden. Ein Obhutsverhältnis besteht dann 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 (s. zur Haushaltsaufnahme BFH v. 20. 6. 2001 VI R 224/98, BStBl. II, 713; v. 24. 10. 2000 VI R 21/99, BFH/NV 2001, 444; v. 10. 11. 1998 VI B 125/98, BStBl. II 1999, 137).

Es kommt grundsätzlich auf die tatsächlichen Verhältnisse an; entgegenstehende zivilrechtliche 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). Leben Eltern trotz Trennung im familienrechtlichen Sinn weiterhin gemeinsam mit ihren Kindern in der bisherigen Familienwohnung zusammen, kann die Zugehörigkeit der Kinder zum Haushalt beider Elternteile fortbestehen (FG Rhld.-Pf. v. 6. 4. 2000, EFG 2000, 631, rkr.; FG Düss. v. 6. 6. 2001, DStRE 2001, 1034, rkr.). Durch eine zeitweilige auswärtige Unterbringung des Kindes zur Schul- oder Berufsausbildung wird die Haushaltszugehörigkeit idR nicht unterbrochen (Tz. 63.2.2.2 Abs. 2 Satz 3 DAFamESt. aaO). Dies gilt uE auch für auswärts untergebrachte Studenten (BFH v. 14. 11. 2001 X R 24/99, BStBl. II 2002, 244; FG Rhld.-Pf. v. 16. 7. 1998, EFG 1998, 1472, rkr.; aA FG Berlin v. 9. 3. 2000, EFG 2000, 748, rkr.). Auch bei Heimunterbringung oder Fürsorgeerziehung ist die Zugehörigkeit zum Haushalt der Eltern bzw. eines Elternteils idR zu bejahen (BFH v. 14. 11. 2001 X R 24/99 aaO).

Kindesentführung: Wird das Kind einem Elternteil widerrechtlich entzogen, zB durch Entführung, bleibt uE die Haushaltszugehörigkeit beim sorgeberechtigten Elternteil bestehen. Dies ist im Hinblick auf die Einheit der Rechtsordnung zwingend und billig (glA KORN/GREITE, § 64 Rn. 9; offengelassen: BFH v.

20. 6. 2001 VI R 224/98, BStBl. II, 713; v. 19. 5. 1999 VI B 22/99, BFH/NV 1999, 1425; aA FELIX in K/S/M, § 64 Rn. C 13; zum Verlust des Wohnsitzes bei Entführung s. § 63 Anm. 18). Entsprechendes gilt auch, wenn das minderjährige Kind gegen den Willen des betreuenden Elternteils den Haushalt verläßt (aA FG München v. 19. 8. 1998, EFG 1998, 1656, Rev. VIII R 67/00).

Mehrfache Haushaltsaufnahme bei getrennt lebenden Eltern: Bei getrennt lebenden oder geschiedenen Eltern kann in Ausnahmefällen eine gleichzeitige Zugehörigkeit des Kindes zu den Haushalten beider Elternteile in Betracht kommen, wenn das Kind tatsächlich zeitweise beim Vater und zeitweise bei der Mutter lebt und nach den tatsächlichen Umständen des einzelnen Falls als in beide Haushalte eingegliedert anzusehen ist (BFH v. 19. 4. 1999 X R 11/97, BStBl. II, 594; zu den Voraussetzungen einer gleichzeitigen Zugehörigkeit zu den Haushalten beider Elternteile s. OFD Hannover v. 20. 2. 2002, DB 2002, 920). Für diesen Fall enthält Abs. 2 keine Konkurrenzregelung. Abs. 2 Satz 2 kommt nicht zur Anwendung, weil die Vorschrift einen einzigen gemeinsamen Haushalt voraussetzt. Die Voraussetzungen des Abs. 3 sind nicht gegeben, weil eine „Haushaltsaufnahme“ des Kindes iSd. Abs. 2 gegeben ist (BFH v. 11. 12. 2001 VI B 214/00, BFH/NV 2002, 484). UE ist bei mehrfacher Haushaltsaufnahme Abs. 2 Sätze 2–4 entsprechend anzuwenden (glA FELIX in K/S/M, § 64 Rn. C 12; Pust in L/B/P § 64 Rn. 48). Danach haben die Eltern zunächst die Möglichkeit, eine Berechtigtenbestimmung einvernehmlich entsprechend Abs. 2 Satz 2 zu treffen. Gelingt ihnen das nicht, entscheidet auf Antrag das Vormundschaftsgericht entsprechend Abs. 2 Satz 3.

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 das überzahlte Kindergeld zurückzufordern (§ 37 Abs. 2 AO). Entgegenstehende zivilrechtliche Vereinbarungen sind dabei unbeachtlich. Der bislang berechtigte Elternteil hat den Haushaltswechsel des Kindes der Familienkasse unverzüglich anzuzeigen (BFH v. 20. 6. 2001 VI R 224/98, BStBl. II, 713; v. 19. 5. 1999 VI B 259/98, BFH/NV 1999, 1331; v. 9. 4. 2001 VI B 271/00, BFH/NV 2001, 1254; v. 24. 10. 2000 VI R 21/99, BFH/NV 2001, 444; v. 18. 12. 1999 VI B 215/98, BStBl. II, 231; v. 30. 6. 2000 VI B 93/99, BFH/NV 2001, 33; v. 10. 11. 1998 VI B 125/98, BStBl. II 1999, 137).

Die Aufhebung der Kindergeldfestsetzung gegenüber dem nicht mehr Berechtigten ist vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse, also vom Zeitpunkt des Haushaltswechsels an vorzunehmen (BFH v. 28. 3. 2001 VI B 256/00, BFH/NV 2001, 1117). Wechselt, wie üblich, die Haushaltszugehörigkeit des Kindes nicht zu Beginn, sondern im Laufe eines Monats, ist nach Auffassung der Verw. die Aufhebung erst vom folgenden Monat an vorzunehmen (Tz. 64.4 Abs. 3 DAFamESt. aaO; glA KORN/GREITE, § 64 Rn. 14). Der bisherige Berechtigte bleibt also für den Wechselmonat Kindergeldberechtigter. Auf der anderen Seite soll das Kindergeld an den neuen Berechtigten auch erst ab dem dem Haushaltswechsel folgenden Monat gezahlt werden (Tz. 64.4 Abs. 8 DAFamESt. aaO). UE ist der Auffassung der Verw. zu folgen. Der Gesetzgeber hat für die Konkurrenzsituation bei Haushaltswechsel im Laufe eines Jahres keine Regelung getroffen (FG Münster v. 13. 7. 1999, EFG 1999, 1238, Rev. VIII R 76/99). Entsprechend § 66 Abs. 2 ist auch bei einem Haushaltswechsel das Kindergeld an den bisher Berechtigten für den gesamten Monat zu zahlen. Da andererseits das Verbot der Doppelleistung zu beachten ist (§ 64 Abs. 1), scheidet eine Mehr-

fachzahlung im Wechselmonat an den bisher Berechtigten und den anderen Berechtigten uE zwingend aus.

Erstattung und Weiterleitung: Die Aufhebung der Kindergeldfestsetzung hat zur Folge, daß das Kindergeld als StVergütung (§ 31 Satz 3) vom bisher Berechtigten zurückverlangt werden kann, weil der rechtliche Grund für die Zahlung entfallen ist. Aufhebungs- und Erstattungs- bzw. Rückforderungsbescheid gem. § 37 Abs. 2 AO (zur Terminologie s. TIPKE/KRUSE § 37 Tz. 10) sind dabei verfahrensrechtlich 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 stellt ein Leistungsgebot und/oder einen Abrechnungsbescheid nach § 218 Abs. 2 Satz 2 AO dar (s. dazu FUMI, Anm. zu Hess. FG v. 23. 10. 2000, EFG 2001, 407, Rev. VIII R 66/00; EFG 2001, 409; Hess. FG v. 27. 9. 2001, EFG 2002, 104, rkr.). Der Erstattungsanspruch der Familienkasse wird nicht durch eine zivilrechtliche Unterhaltsregelung zwischen den Elternteilen berührt (BFH v. 30. 6. 2000, VI B 93/99, BFH/NV 2001, 33; v. 24. 8. 2001 VI S 1/01, BFH/NV 2002, 184; v. 18. 12. 1998 VI B 215/98, BStBl. II 1999, 231). Er hängt auch nicht davon ab, ob der Erstattungsverpflichtete noch bereichert ist (BFH v. 13. 3. 2000 VI B 286/99, BFH/NV 2000, 1088; v. 28. 3. 2001 VI B 256/00, BFH/NV 2001, 1117). Auch die vollständige oder teilweise Weiterleitung des Kindergelds an den nunmehr vorrangig Berechtigten Elternteil führt nicht zum Erlöschen des Rückforderungsanspruchs (Hess. FG v. 7. 9. 1999, EFG 2000, 2, rkr.; BFH v. 9. 4. 2001 VI B 271/00, BFH/NV 2001, 1254).

► *Weiterleitung:* Dem in der Praxis gegenüber der Rückforderung häufig vorgebrachten Einwand des nachrangig Berechtigten, das Kindergeld an den berechtigten Elternteil weitergegeben zu haben, hat die Verw. Rechnung getragen. Danach kann der Erstattungsschuldner geltend machen, den Erstattungsanspruch durch Weiterleitung erfüllt zu haben, wenn er die Weiterleitung darlegt und der berechnete Elternteil dies schriftlich bestätigt (s. im einzelnen Tz. 64.4 Abs. 4 DAFamESt. aaO). Bei Vorlage der entsprechenden Bestätigung auf amtlichen Vordruck (s. Anhang 14 zu DAFamESt. aaO) sieht die Verw. von einer Rückforderung ab. Sinn und Zweck dieser Regelung ist lediglich, die Rückforderung von Kindergeld vom nicht mehr Berechtigten bei gleichzeitiger Nachzahlung an den vorrangig Berechtigten zu vermeiden (BFH v. 9. 4. 2001 VI B 271/00, BFH/NV 2001, 1254). Deshalb kommt die Vereinfachungsregelung nicht zum Tragen, wenn der berechnete Elternteil nachträglich Kindergeld von der Familienkasse erhalten hat (Nds. FG v. 17. 3. 1999, EFG 1999, 535, rkr.; FG Brandenb. v. 31. 5. 2000, EFG 2000, 954, rkr.). Eine Weiterleitung im genannten Sinn ist nicht anzunehmen, wenn die Familienkasse Kindergeld in Höhe des Zählkindvorteils auf Anweisung des ursprünglich bevorrechtigten Elternteils auf das Konto des anderen Elternteils überweist (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 ein Elternteil ohne Zustimmung des vorrangig berechtigten Elternteils von dessen Konto Geld abhebt (BFH v. 7. 5. 2001 VI B 308/00, BFH/NV 2001, 1387).

Nach Auffassung der Verw. gilt die Weiterleitung des Kindergelds an den vorrangig Berechtigten als Erfüllung des Erstattungsanspruchs der Familienkasse (§ 347 AO; glA Hess. FG v. 27. 9. 2001, EFG 2002, 104, rkr.; BLÜMICH/HEUER-MANN, § 64 Rn. 66; FUMI, Anm. zu Hess. FG v. 23. 10. 2000, 407, Rev. VIII R

66/00: dreiseitiger Verrechnungsvertrag). Nach Ansicht des BFH handelt es sich bei der Berücksichtigung der Weiterleitung um eine Billigkeitsmaßnahme der Behörde, die im Rahmen einer Ermessensentscheidung erfolgt (§§ 163; 227 AO). Die Ermessensentscheidung unterliegt 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; v. 24. 8. 2001 VI S 1/01, BFH/NV 2002, 184; v. 12. 4. 2000 VI B 113/99, BFH/NV 2000, 1192; Hess. FG v. 7. 9. 1999, EFG 2000, 2, rkr.; Hess. FG v. 23. 10. 2000, EFG 2001, 407, Rev. VIII R 66/00; zweifelnd PUST IN L/B/P § 64 Rn. 215). Die Familienkasse handelt ermessensfehlerfrei, wenn sie eine Erklärung des vorrangig Berechtigten entsprechend dem amtlichen Vordruck nach Maßgabe von Tz. 64.4 Abs. 4 DA-FamESt. (aaO) verlangt, bevor sie gegenüber dem nachrangig Berechtigten auf Rückforderungsansprüche verzichtet (BFH v. 22. 7. 1999 VI B 344/98, BFH/NV 2000, 36; v. 9. 4. 2001 VI B 271/00, BFH/NV 2001, 1254 mwN; FG Brandenb. v. 31. 5. 2000, EFG 2000, 954, rkr.). Dagegen ist es ermessensfehlerhaft, wenn die Familienkasse in Kenntnis der Weiterleitung an den nunmehr vorrangig Berechtigten an diesen zahlt und damit eine Doppelzahlung herbeiführt (BFH v. 14. 11. 2000 VI B 282/98, BFH/NV 2001, 449).

Verfahren: Das Nebeneinander von Aufhebungs- und Rückforderungsbescheid kann verfahrensrechtliche Schwierigkeiten bereiten, zumal die Familienkasse in diesen Fällen idR mehrere Verwaltungsakte verbindet und so zur Unübersichtlichkeit beiträgt. UE ist der Einwand der Weiterleitung im Verfahren über den Rückforderungsbescheid (Abrechnungsbescheid) zu prüfen (glA FUMI, Anm. zu Hess. FG v. 23. 10. 2000, EFG 2001, 407, Rev. VIII R 66/00; aA Hess. FG v. 3. 9. 2001, EFG 2002, 109, rkr.; FELIX in K/S/M, § 64 Rn. C 15). Eine Trennung in zwei Verfahren (Berücksichtigung der Weiterleitung; Rechtmäßigkeit des Rückforderungsanspruchs im übrigen) führt zu einer unnötigen verfahrensrechtlichen Komplizierung. Es kommt hinzu, daß die Verw. den Einwand der Weiterleitung als Erfüllungseinwand und damit als gegen die Rechtmäßigkeit der Rückforderung gerichtet ansieht (s.o.). Eine Entscheidung des BFH zu dieser Problematik steht noch aus (BFH v. 12. 4. 2000 VI B 113/99, BFH/NV 2000, 1197; v. 12. 4. 2000 VI B 182/99, BFH/NV 2000, 1325; v. 12. 4. 2000 VI B 217/99, BFH/NV 2001, 1364).

Beiladung: Im Verfahren wegen Rückforderung des Kindergelds in Fällen des Haushaltswechsels ist ein weiterer möglicher Anspruchsberechtigter nicht gem. § 60 Abs. 3 FGO notwendig beizuladen (BFH v. 25. 9. 2001 VI B 153/01, BFH/NV 2002, 160; s. auch BFH v. 4. 7. 2001 VI B 301/98, BFH/NV 2001, 1508).

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

10 a) Einverständliche Bestimmung des Berechtigten (Abs. 2 Satz 2)

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 Vormundschaftsgericht den vorrangig Berechtigten (Abs. 2 Satz 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 und Großeltern voraus. Hauptanwendungsfall ist der gemeinsame Haushalt der verheirateten oder nichtverheirateten Eltern (auch Adoptiveltern) des Kindes. Beide sind Anspruchsberechtigte nach §§ 62, 63, jedoch kann nur einem Elternteil wegen der Regelung in Abs. 1 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. Es ist auch nicht entscheidend, wer im zivilrechtlichen Sinn Mieter bzw. Eigentümer der Wohnung ist (FELIX in K/S/M, § 64 Rn. C 20).

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. Eine besondere Form sieht das Gesetz für die Bestimmung nicht vor, so daß auch mündliche Erklärungen ausreichen. 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 der FinVerw. die Einverständniserklärung vor. Diese soll nur bei Unterschrift wirksam sein (Tz. 64.2 Abs. 2 DAFamESt. aaO).

Die Berechtigtenbestimmung ist wie der (übrige) Antrag auf Zahlung von Kindergeld vom Antragsteller bei der örtlich zuständigen Familienkasse (s. dazu § 67) abzugeben.

► *Die Berechtigtenbestimmung bleibt wirksam*, solange sie nicht von einem vorrangig Berechtigten widerrufen wird (BFH v. 11. 12. 2001 VI B 214/00, BFH/NV 2002, 484). Der Berechtigte, der die Einverständniserklärung abgegeben hat, kann diese mit Wirkung für die Zukunft gegenüber der Familienkasse formlos, konkludent und ohne Angabe von Gründen widerrufen, zB durch Stellen eines eigenen Kindergeldantrags (FG Rhld.-Pf. v. 10. 4. 2000, DStRE 2001, 134, rkr.). Es genügt die einseitige Erklärung eines Elternteils. Nach Auffassung der FinVerw. muß allerdings der Widerruf schriftlich oder zur Niederschrift erfolgen (Tz. 64.2 Abs. 5 DAFamESt. aaO). Eine Berechtigtenbestimmung kann rückwirkend geändert werden, soweit das Kindergeld noch nicht festgesetzt worden ist (Tz. 64.4 Abs. 2 DAFamESt. aaO) bzw. noch nicht an den anderen Berechtigten ausgezahlt worden ist (FG Schl.-Holst. v. 31. 3. 1999, EFG 1999, 786, rkr.). Sie soll im übrigen gegenstandslos werden, wenn das Kind den Haushalt auf Dauer verläßt (Tz. 64.2 Abs. 5 Satz 2 DAFamESt. aaO; uE fraglich, wenn das Kind minderjährig ist). Die Kindergeldzahlung richtet sich dann nach Abs. 3.

Wird die Berechtigtenbestimmung gegenüber der Familienkasse widerrufen, ist die Festsetzung des Kindergelds nach § 70 Abs. 2 gegenüber dem bisher Berechtigten aufzuheben (Tz. 64.4 Abs. 1 Satz 1 DAFamESt. aaO; zur Verfahrensweise bei Widerruf im Laufe eines Monats s. entsprechend Anm. 9).

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

11 b) **Entscheidung durch das Vormundschaftsgericht**
(Abs. 2 Sätze 3 und 4)

Wird für ein im gemeinsamen Haushalt der in Abs. 2 Satz 2 genannten Anspruchsberechtigten lebendes Kind keine Berechtigtenbestimmung getroffen, so bestimmt nach Abs. 2 Satz 3 und 4 das Vormundschaftsgericht auf Antrag einer Person, die ein berechtigtes Interesse an der Zahlung des Kindergelds hat, den vorrangig Berechtigten. Der Familienkasse steht keine Entscheidungskompetenz zu. Im Hinblick auf den ungewissen Ausgang des Verfahrens beim Vormundschaftsgericht 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 Vormundschaftsgericht richtet sich nach dem FGG. Sachlich zuständig für die den Vormundschaftsgerichten obliegenden Verrichtungen sind die Amtsgerichte. Die Geschäfte sind dort idR den Rechtspflegern übertragen worden. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach §§ 43, 36 FGG.

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 widerrufen wird.

Auf Antrag: Das Vormundschaftsgericht 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. 67.3 DAFamEst. aaO).

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 Vormundschaftsgericht voraus, sofern keine einvernehmliche Bestimmung vorgenommen wurde.

► *Eine besondere Form* sieht Abs. 2 Satz 3 und 4 für den Antrag nicht vor. Nach § 11 FGG kann ein Antrag schriftlich oder mündlich zu Protokoll der Geschäftsstelle des Vormundschaftsgerichts gestellt werden.

Bestimmung durch das Vormundschaftsgericht: Das Vormundschaftsgericht 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 Vormundschaftsgericht ist nicht zulässig. Auch eine Aufteilung des Kindergelds auf beide Anspruchsberechtigten sieht Abs. 2 nicht vor (zu § 3 Abs. 4 BKGG aF s. WICKENHAGEN/KREBS, BKGG, § 3 Rn. 59–62).

Aus Abs. 2 ergibt sich für das Vormundschaftsgericht keine materiell-rechtliche Bindung, so daß es in seiner Entscheidung grundsätzlich frei ist. Nach § 3 Abs. 4 Satz 4 BKGG aF hatte das Vormundschaftsgericht demgegenüber in einem vergleichbaren Fall das Wohl der Kinder zu berücksichtigen. IdR wird das Vormundschaftsgericht denjenigen Berechtigten zum vorrangig Berechtigten be-

stimmen, der auch im übrigen den gemeinsamen Haushalt ganz oder zumindest überwiegend finanziell bestreitet.

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

► *Das Vormundschaftsgericht entscheidet durch Beschluß*; der Beschluß wird nach § 16 Abs. 1 FGG mit Bekanntgabe an alle Berechtigten wirksam. An den als vorrangig Bestimmten kann auch für Zeiten vor Bekanntgabe des Beschlusses Kindergeld gezahlt werden, es sei denn, für die Zeit davor wäre dem Beschluß eine entgegengesetzte Aussage des Vormundschaftsgerichts zu entnehmen (Tz. 64.2 Abs. 3 Satz 2 und 3 DAFamESt. aaO).

► *Ab Wirksamkeit* bindend ist der Beschluß für die Anspruchsberechtigten und die Familienkasse. Sie darf das Kindergeld nicht abweichend von der durch das Vormundschaftsgericht getroffenen Bestimmung auszahlen. Wird eine vormundschaftsgerichtliche Berechtigtenbestimmung durch einen neuen Beschluß aufgehoben (s. § 18 FGG), 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 Abs. 3 Satz 4 und 5 DAFamESt. aaO). Die Bindungswirkung entfällt, wenn die Voraussetzungen für die Berechtigtenbestimmung durch das Vormundschaftsgericht nicht mehr gegeben sind. Das ist neben dem Tod des vorrangig Berechtigten der Fall, wenn der gemeinsame Haushalt zwischen den Anspruchsberechtigten iSd. Abs. 2 Satz 2 nicht mehr besteht. Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts wird auch gegenstandslos, wenn das Kind den gemeinsamen Haushalt verläßt (Tz. 64.2 Abs. 5 DAFamESt. aaO). 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 die Entscheidung des Rechtspflegers ist die Erinnerung an den Richter gegeben. Gegen dessen Entscheidung ist die Beschwerde zulässig (§ 19 FGG), über die das Landgericht entscheidet. Gegen die Entscheidung des Landgerichts ist unter den Voraussetzungen des § 27 FGG die weitere Beschwerde zulässig, über die das Oberlandesgericht befindet.

Die Rechtsmittel stehen jedem zu, dessen Recht durch die Bestimmung des vorrangig Berechtigten beeinträchtigt ist. Das ist bei Abweisung des Antrags iSd. Abs. 2 Sätze 3 und 4 der Antragsteller, im übrigen die nicht berücksichtigten Anspruchsberechtigten nach Abs. 2 Satz 2.

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

12

Abs. 2 Satz 5 enthält eine Sonderregelung für den Fall, daß das Kind im gemeinsamen Haushalt von Eltern bzw. Elternteil und Großeltern lebt. In diesem Fall wird das Kindergeld vorrangig einem Elternteil gezahlt (Abs. 2 Satz 5 Halbs. 1). Die Zahlung an einen Großelternanteil ist jedoch möglich, wenn der Elternteil auf seinen Vorrang schriftlich verzichtet hat (Abs. 2 Satz 5 Halbs. 2). Eine vergleichbare Regelung enthielt § 3 Abs. 2 Satz 2 BKGg aF.

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 aufgenom-

men haben. Sie sind vielmehr nach § 63 Abs. 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 (FELIX in K/S/M, § 64 Rn. C 30).

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 entsprechend der Grundsatzregelung in 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 berechtigte Elternteil zunächst nach Abs. 2 Satz 2 einvernehmlich (s. Anm. 10) oder nach Abs. 2 Sätze 3 und 4 durch das Vormundschaftsgericht (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 Großelternanteil (Abs. 2 Satz 5 Halbs. 2):

► *Vorrangverzicht des bevorrechtigten Elternteils:* Abweichend von der Regel wird das Kindergeld an einen Großelternanteil ausgezahlt, wenn der bevorrechtigte Elternteil gegenüber der zuständigen Stelle auf seinen Vorrang schriftlich (oder zur Niederschrift) verzichtet hat. Zuständige Stelle ist die örtlich zuständige Familienkasse. Der betreffende Großelternanteil hat bei der Antragstellung nach § 67 Abs. 1 die Verzichtserklärung vorzulegen.

Lebt das Kind mit beiden Großelternanteilen (und den Eltern) in einem gemeinsamen Haushalt, muß im Hinblick auf die Grundsatzentscheidung in Abs. 1 der Vorrang eines Großelternanteils gegenüber dem anderen bestimmt werden. Der Vorrang bestimmt sich nach Abs. 2 Satz 2 (s. Anm. 9) oder Abs. 2 Sätze 3 und 4 (s. Anm. 10). UE kann der bevorrechtigte Elternteil auch zugunsten eines bestimmten Großelternanteils verzichten, so daß es einer Berechtigtenbestimmung nach Abs. 2 Satz 2 oder einer Bestimmung durch das Vormundschaftsgericht nach Abs. 2 Sätze 3 und 4 nicht bedarf.

► *Widerruf des Vorrangverzichts:* Ebenso wie die Berechtigtenbestimmung nach Abs. 2 Satz 2 bleibt der Vorrangverzicht durch den bevorrechtigten Elternteil wirksam, solange er nicht schriftlich oder zur Niederschrift der Familienkasse widerrufen wird. Ein Widerruf hat grundsätzlich nur Auswirkungen für die Zukunft (s. zur Rückwirkung Tz. 64.2 Abs. 5 DAFamESt. aaO). Der Vorrangverzicht wird gegenstandslos, wenn das Kind auf Dauer den gemeinsamen Haushalt verläßt (s. Tz. 64.2 Abs. 5 DAFamESt. aaO). Wird die Vorrangbestimmung gegenüber der Familienkasse widerrufen, ist die Festsetzung des Kindergelds nach § 70 Abs. 2 aufzuheben (Tz. 64.4 Abs. 1 Satz 1 DAFamESt. aaO; zur Verfahrensweise bei Widerruf im Laufe eines Monats s. entspr. Anm. 9).

13–14 Einstweilen frei.

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

1. Hilfsweise Geltung der Konkurrenzregelung des Abs. 3

15

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

Abs. 3 kommt nur subsidiär zur Geltung. Vorrangig erhält bei mehreren Berechtigten derjenige das Kindergeld, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat. Es kommt dabei nicht darauf an, ob dieser auch Barunterhalt leistet. Zur Übergangsregelung nach § 78 Abs. 5 s. Anm. 7.

**2. Zahlung einer Unterhaltsrente durch einen Berechtigten
(Abs. 3 Satz 1)**

16

Die Kindergeldberechtigung ergibt sich aus § 62 iVm. § 63. Sind mehrere Kindergeldberechtigten 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).

Aufnahme in den Haushalt eines Berechtigten: Das Kind darf nicht in den Haushalt eines Berechtigten iSd. §§ 62, 63 aufgenommen worden sein. Als Berechtigte kommen hier nur die Eltern (leibliche und Adoptiveltern) in Betracht. Sie sind unabhängig von der Haushaltzugehörigkeit des Kindes anspruchsberechtigt (§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1). Die Anspruchsberechtigung der Pflegeeltern, Stiefeltern 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, kommen sie als Zahlungsempfänger ohnehin nicht in Betracht. § 64 Abs. 3 Satz 1 kommt daher (ebenso wie Abs. 3 Sätze 2–4) nur zur Anwendung, wenn das Kind von keinem Elternteil in den Haushalt aufgenommen worden ist (zur Haushaltsaufnahme s. Anm. 9).

Zahlung einer Unterhaltsrente: Das Kindergeld erhält derjenige, der dem Kind eine Unterhaltsrente zahlt. Unterhaltsrente meint Geldrente iSd. § 1612 BGB. Abs. 3 stellt damit ausschließlich auf den von den Eltern zu leistenden (laufenden) Barunterhalt ab. Eventuelle Sach- und Betreuungsleistungen bleiben außer Ansatz (Tz. 64.3 Abs. 1 DAFamESt. aaO; FG Köln v. 31. 8. 2000, EFG 2001, 297, rkr.), obwohl finanzielle Leistungen und die Betreuung eines Kindes zivilrechtlich grundsätzlich gleichwertige Unterhaltsleistungen sind. Aus Gründen der Klarheit soll nur derjenige Elternteil das Kindergeld erhalten, der das Kind laufend finanziell unterstützt und damit seiner Unterhaltsverpflichtung nachkommt. Auf die Höhe der Unterhaltszahlungen kommt es, wenn nur ein Elternteil Barunterhalt gewährt, nicht an. Zahlt kein Berechtigter Unterhalt, gilt Abs. 3 Satz 3 (s. Anm. 17).

Laufend gewährten Unterhaltszahlungen stehen die durch einen größeren Geldbetrag für einen längeren Zeitraum im voraus gewährte Unterhaltsleistungen

gleich. Außer Betracht bleiben dagegen Geldleistungen, mit denen nachträglich einer Person oder Stelle, die den Unterhalt für das Kind verauslagt hat, die Vorleistungen erstattet werden (WICKENHAGEN/KREBS, BKGG, § 3 Rn. 40).

17 3. 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 für die Bestimmung des Vorrangs unerheblich (Tz. 64.3 Abs. 1 Satz 3 DAFamESt. aaO).

Werden gleich hohe Renten gezahlt oder zahlt keiner der Berechtigten dem Kind Unterhalt, bestimmen die Betroffenen den Zahlungsempfänger untereinander (Abs. 3 Satz 3). 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 damit, daß das Kindergeld an den anderen Berechtigten ausgezahlt wird, zum Ausdruck bringen. 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 2 DAFamESt. aaO).

Kein Elternteil zahlt Unterhalt: Auf die Gründe für die Nichtzahlung durch die Berechtigten, also die Eltern, kommt es nicht an. Die Regelung gelangt deshalb insbesondere auch zur Anwendung, wenn die Berechtigten mangels Leistungsfähigkeit nicht unterhaltspflichtig sind.

Die Regelung, die auch bei fehlender Unterhaltszahlung den Eltern die Berechtigtenbestimmung ermöglicht, gilt ab VZ 2000 (Änderung des Abs. 2 Satz 3 durch Ges. zur Familienförderung v. 22. 12. 1999, BGBl. I, 2552; BStBl. I 2000, 4). Bis 1999 mußte in diesen Fällen das Vormundschaftsgericht in jedem Fall 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 Vormundschaftsgericht 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).