

§ 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 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: Rainer *Wendl*, Richter am BFH, München

Mitherausgeber: Prof. Dr. Andreas *Musil*, Universität Potsdam

Anm. |

Anm.

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 64

| | | | |
|--|---|---|---|
| I. Grundinformation zu § 64 | 1 | IV. Verhältnis des § 64 zu anderen Vorschriften | 4 |
| II. Rechtsentwicklung des § 64 | 2 | | |
| III. Bedeutung des § 64 | 3 | | |

| | |
|--|---|
| B. Erläuterungen zu Abs. 1: Grundsatz der Einmalgewährung des Kindergeldes | 5 |
|--|---|

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

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

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

| | |
|--|---|
| <p>I. Hilfsweise Geltung der Konkurrenzregelung des Abs. 3 15</p> <p>II. Zahlung einer Unterhaltsrente durch einen Berechtigten (Abs. 3 Satz 1) 16</p> | <p>III. Zahlung von Unterhaltsrenten durch mehrere Berechtigte (Abs. 3 Sätze 2 bis 4) 17</p> |
|--|---|

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 64

Schrifttum: *Finke*, Die Bestimmung des Kindergeldberechtigten, Voraussetzungen und Zuständigkeiten, FPR 2012, 155; *Bilsdorfer*, Willkür als sachgerechte Lösung – Die Berechtigtenbestimmung im Kindergeldrecht, NJW 2013, 897; *Surges*, Die Bestimmung des vorrangigen Kindergeldbezugsberechtigten durch das Familiengericht, Rechtspfleger Studienhefte 2015, 65; *Avvento*, Vorrangige Kindergeldberechtigung eines im EU-Ausland lebenden Elternteils, NWB 2016, 2104; *Roessink*, Zur Durchführung des Kindergeldausgleichs bei Anwendung des Wechselmodells, NZFam 2016, 856; *Wendl*, Bestimmung des Kindergeldberechtigten, DStR 2017, 2209; *Bömelburg*, Paritätisches Wechselmodell: Bestimmung des Bezugsberechtigten für das Kindergeld, FamRB 2018, 299; *Görke*, Unterhaltsrente für ein im eigenen Haushalt lebendes Kind, BFH/PR 2019, 130; *Wegener*, Die Berechnung des Kindesunterhalts beim Wechselmodell – ein praktikabler Weg de lege lata, FamRZ 2019, 1021.

Verwaltungsanweisung: Dienstanweisung zum Kindergeld nach dem Einkommensteuergesetz v. 9.7.2019, BStBl. I 2019, 654 (DA-KG 2019); H 64 EStH; Kindergeldmerkblatt 2019, www.bzst.de.

1 I. Grundinformation zu § 64

Wie nach BKGG aF wird auch das stl. Kindergeld nur an einen Elternteil gezahlt. Dabei bestimmen die Abs. 2 und 3, 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).

II. 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.).

Gesetz zur Familienförderung v. 22.12.1999 (BGBl. I 1999, 2552; BStBl. I 2000, 4): Die Neufassung des Abs. 3 Sätze 3 und 4 ermöglicht mW 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.

III. 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 Kindergeldes 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 BKG; BFH v. 23.3.2005 – III R 91/03, BStBl. II 2008, 752; BFH v. 18.5.2017 – III R 11/15, BStBl. II 2017, 1199). 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. Anm. 5; § 66 Anm. 10).

IV. Verhältnis des § 64 zu anderen Vorschriften

4

Verhältnis zu § 31 Satz 4 Halbs. 2: Während das Kindergeld nach Abs. 1 immer in vollem Umfang nur an einen Berechtigten gezahlt wird, erfolgt die Anrechnung des Kindergeldanspruchs im Rahmen der Günstigerprüfung nach § 31 Satz 4 Halbs. 2 bei beiden nicht zusammenveranlagten Elternteilen anteilig im Umfang des Kinderfreibetrags, idR also zur Hälfte; s. auch BFH v. 23.12.2013 – III B 98/13, BFH/NV 2014, 519; § 31 Anm. 32.

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

Verhältnis zum EU-Recht: Das EU-Recht enthält keine eigenen Bestimmungen zur Regelung der Konkurrenz zwischen mehreren Berechtigten, die die Anspruchsvoraussetzungen der §§ 62 ff. erfüllen. Es regelt aber in Art. 11 ff. VO (EG) Nr. 883/2004 zum einen die Frage, welches Recht Anwendung findet, wenn auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt die Rechtsordnungen mehrerer Mitgliedstaaten nebeneinander zur Anwendung kommen würden (Vor §§ 62–78 Anm. 20 ff.). Zum anderen enthält es in Art. 68 VO (EG) Nr. 883/2004 Prioritätsregelungen für den Fall, dass für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu erbringen sind (Vor §§ 62–78 Anm. 27 ff.). Zudem kann die in Art. 67 Satz 1 VO (EG) Nr. 883/2004 enthaltene Wohnsitzfiktion dazu führen, dass eine im anderen EU-Mitgliedstaat bestehende Haushaltsaufnahme in das Inland projiziert wird und dadurch der im anderen Mitgliedstaat lebende Elternteil zum vorrangig berechtigten Elternteil iSd. § 64 wird (Anm. 8; Vor §§ 62–78 Anm. 26).

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Grundsatz der Einmalgewährung des Kindergeldes

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 (*Felix* in *KSM*, § 63 Rz. B 1 [2/2015] mit Hinweis auf BTDrucks. IV/1961, 13; BFH v. 18.2.2008 – III B 69/07, BFH/NV 2008, 948). Wer Anspruchsberechtigter ist, ergibt sich aus § 62 iVm. § 63.

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

6 Einstweilen frei.

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

7 I. 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 grds. 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 einget (s. § 78 Anm. 4; Rz. A 27 DA-KG 2019).

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

1. Mehrere Berechtigte

8

Vorrangbestimmung nach dem Obhutsprinzip: Bei mehreren Anspruchsberechtigten erhält das Kindergeld nach Abs. 2 Satz 1 derjenige, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat (sog. Obhutsprinzip; s. 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; BFH v. 29.11.2007 – III S 30/06 (PKH), BFH/NV 2008, 777; BFH v. 12.5.2011 – III B 31/10, BFH/NV 2011, 1350; BFH v. 9.12.2011 – III B 25/11, BFH/NV 2012, 571).

Mehrere Anspruchsberechtigte nach §§ 62, 63: 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 – 499127 K 1, 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. Anderenfalls wird das Kind bereits nicht bei ihnen berücksichtigt (s. § 63 Anm. 6, 8 und 10). 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).

Andere Anspruchsberechtigte mit Wohnsitz in EU-Mitgliedstaat: Eine mehrfache Anspruchsberechtigung kann auch dadurch entstehen, dass der in einem anderen EU-Mitgliedstaat bestehende Wohnsitz eines Elternteils durch die Wohnsitzfiktion des Art. 67 Satz 1 VO (EG) Nr. 883/2004 in das Inland projiziert wird. § 62 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 macht den Kindergeldanspruch davon abhängig, dass der Anspruchsteller einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat. Nach dem zur Ausführung des Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VO (EG) Nr. 987/2009 ergangenen Art. 67 Satz 1 VO (EG) Nr. 883/2004 ist jedoch im Hinblick auf das

Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des nach Art. 11 ff. VO (EG) Nr. 883/2004 zuständigen Mitgliedstaats fallen und dort wohnen (sog. Familienbetrachtung; Vor §§ 62–78 Anm. 26). Dies kann dazu führen, dass neben dem tatsächlich im Inland wohnenden Elternteil, für den die deutschen Rechtsvorschriften zB wegen einer im Inland ausgeübten Erwerbstätigkeit anwendbar sind (Art. 11 Abs. 3 Buchst. a VO (EG) Nr. 883/2004), auch ein anderer Elternteil anspruchsberechtigt ist, der tatsächlich in einem anderen EU-Mitgliedstaat wohnt (Vorlagebeschluss des BFH v. 8.5.2014 – III R 17/13, BStBl. II 2015, 329; EuGH v. 22.10.2015 – C-378/14 – Trapkowski, HFR 2015, 1190; BFH v. 4.2.2016 – III R 17/13, BStBl. II 2016, 612).

- ▶ *Ersten Grades verwandter anderer Elternteil*: Ein weiterer Anspruchsberechtigter iSd. Abs. 2 Satz 1 kann der in einem anderen EU-Mitgliedstaat lebende leibliche Elternteil sein (BFH v. 13.4.2016 – III R 14/13, BFH/NV 2016, 1464, zum dauernd getrennt lebenden verheirateten Elternteil; BFH v. 28.4.2016 – III R 65/13, BFH/NV 2016, 1474, zum geschiedenen Elternteil; BFH v. 28.4.2016 – III R 45/13, BFH/NV 2016, 1472, zum nicht verheirateten getrennt lebenden Elternteil; BFH v. 4.8.2016 – III R 10/13, BStBl. II 2017, 126, zum verheirateten im gemeinsamen (Auslands-)Haushalt lebenden Elternteil; BFH v. 27.7.2017 – III R 17/16, BFH/NV 2018, 201, zum geschiedenen Elternteil; BFH v. 22.2.2018 – III R 10/17, BStBl. II 2018, 717, zum verheirateten im gemeinsamen (Auslands-)Haushalt lebenden Elternteil). Entsprechendes gilt für einen Adoptivelternteil.
- ▶ *Großeltern-, Pflegeeltern-, Stiefeltern*: Auch der in einem anderen EU-Mitgliedstaat lebende Groß-, Pflege- oder Stiefeltern, der das Enkel-, Pflege- oder Stiefkind in seinen Haushalt aufgenommen hat, kann wegen der Wohnsitzfiktion gem. § 63 Abs. 1 Satz 1 anderer Berechtigter iSd. Abs. 2 Satz 1 sein (BFH v. 28.4.2016 – III R 3/15, BFH/NV 2016, 1477; BFH v. 15.6.2016 – III R 60/12, BStBl. II 2016, 889).
- ▶ *Nicht freizügigkeitsberechtigter Elternteil*: Da durch die nach Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VO (EG) Nr. 987/2009 anzustellende Familienbetrachtung nur der EU-Wohnsitz in das Inland verlagert wird, die anderen nationalen Anspruchsvoraussetzungen aber zu erfüllen sind (EuGH v. 22.10.2015 – C-378/14 – Trapkowski, HFR 2015, 1190), muss ein nicht freizügigkeitsberechtigter Elternteil auch die aufenthaltsrechtl. Anspruchsvoraussetzungen nach § 62 Abs. 2 erfüllen (BFH v. 7.7.2016 – III R 11/13, BStBl. II 2017, 407, mit Anm. *Avvento*, HFR 2016, 1099).

9 2. In den Haushalt aufgenommen

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 unten). 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 (BFH v. 18.4.2013 – V R 41/11, BStBl. II 2014, 34; Rz. A 9 Abs. 1 DA-KG 2019). 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 grds. auf die tatsächlichen Verhältnisse an (BFH v. 5.2.2015 – III R 9/13, BStBl. II 2015, 926, im Hinblick auf § 24b Abs. 1 Satz 2; BFH v. 21.6.2016 – III B 95/15, BFH/NV 2016, 1575). Zur objektiven Beweislast des Anspruchstellers für die Vorrangvoraussetzungen des § 64 s. BFH v. 13.6.2012 – V S 10/12 (PKH), BFH/NV 2012, 1774.

- ▶ *Örtliches Merkmal der Haushaltsaufnahme*: Es bezieht sich nicht auf eine Gemeinde oder Region, sondern auf eine bestimmte Familienwohnung (BFH v. 16.4.2008 – III B 36/07, BFH/NV 2008, 1326), die den ortsbezogenen Mittelpunkt der gemeinschaftlichen Lebensinteressen bildet (BFH v. 3.4.2012 – V B 130711, BFH/NV 2012, 1136). 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; BFH v. 25.6.2009 – III R 2/07, BFH/NV 2009, 1881).
- ▶ *Materielles und immaterielles Element*: Einen Haushalt besitzt jemand dort, wo er allein oder mit anderen eine Wohnung innehat, in der hauswirtschaftliches Leben herrscht, an dem er sich persönlich oder finanziell beteiligt. Es kommt daher für die Haushaltsaufnahme nicht darauf an, ob der betreffende Elternteil selbst ein eigenes Erwerbseinkommen erzielt (BFH v. 27.8.1998 – VI B 236/97, BFH/NV 1999, 177; BFH v. 23.8.2016 – V R 50/11, BFH/NV 2017, 33). Der Kindergeldberechtigte muss aber Eigentum oder Besitz an der Wohnung haben, in die das Kind aufgenommen ist, woran es fehlt, wenn der Kindergeldberechtigte in den Haushalt des Kindes aufgenommen ist (BFH v. 22.12.2011 – III R 70/09, BFH/NV 2012, 1446) oder der Kindergeldberechtigte mit dem Kind in einer Wohngemeinschaft zusammenlebt.
- ▶ *Zeitlicher Aspekt*: Die Betreuung des Kindes im Haushalt eines Berechtigten muss einen zeitlich bedeutsamen Umfang haben (BFH v. 18.4.2013 – V R 41/11, BStBl. II 2014, 34) Ein Obhutsverhältnis besteht 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 abgehenden 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. 20.6.2001 – VI R 224/98, BStBl. II 2001, 713; BFH v. 25.6.2009 – III R 2/07, BFH/NV 2009, 1881; BFH v. 2.7.2012 – VI B 13/12, juris).
- ▶ *Nicht ausschlaggebende Faktoren*: Formale Gesichtspunkte (zB Sorgerechtsregelung, Eintragung in ein Melderegister) können allenfalls unterstützend herangezogen werden (BFH v. 25.6.2009 – III R 2/07, BFH/NV 2009, 1881; BFH v. 31.8.2010 – III B 80/10, BFH/NV 2010, 2056). Entgegenstehende zivilrechtl. Vereinbarungen sind unbeachtlich (BFH v. 23.8.2016 – V R 19/15, BStBl. II 2016, 958; BFH v. 26.10.2016 – III R 27/13, BFH/NV 2017, 299). Auf die Barunterhaltsleistungen des anderen Elternteils kommt es nicht an (BFH v. 26.8.2003 – VIII R 91/98, HFR 2004, 452); ebenso wenig auf die Gründe, aus welchen das Kind in den Haushalt des einen oder anderen Elternteils aufgenommen wurde (BFH v.

15.11.2007 – III S 40/07 (PKH), BFH/NV 2008, 370). Auch kann der danach vorrangig Berechtigte nicht auf seinen Vorrang verzichten.

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; BFH v. 16.4.2008 – III B 36/07, BFH/NV 2008, 1326; FG München v. 20.3.2002 – 9 K 2904/01, juris, rkr., zur Internatsunterbringung; s. auch § 63 Anm. 6; Rz. A 9 Abs. 2 Satz 3 DA-KG 2019). In den Grenzen des § 63 Abs. 1 Satz 6 kann auch das Vorhandensein eines weiteren Wohnsitzes des Kindes im Ausland die Haushaltsaufnahme in der elterlichen Wohnung unberührt lassen (BFH v. 9.12.2011 – III B 25/11, BFH/NV 2012, 571). 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; BFH v. 29.9.2008 – III B 193/07, nv., juris). 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 idR ausreichend (BFH v. 26.8.2003 – VIII R 91/98, BFH/NV 2004, 324). Bei längerfristigen Haftaufenthalten des Kindes bleibt die Haushaltsaufnahme nicht dadurch erhalten, dass weiter ein Zimmer vorgehalten und das Kind regelmäßig in der Haftanstalt besucht wird (FG Rhld.-Pf. v. 5.3.2013 – 6 K 2488/11, EFG 2013, 868, rkr.).

Kindesentziehung: Wird das Kind einem Elternteil widerrechtl. entzogen, zB durch Entführung, bleibt uE die Haushaltszugehörigkeit beim sorgeberechtigten Elternteil so lange 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. 19.5.1999 – VI B 22/99, BFH/NV 1999, 1425; BFH v. 20.6.2001 – VI R 224/98, BStBl. II 2001, 713; BFH v. 4.7.2012 – III B 174/11, BFH/NV 2012, 1599; einschränkend FG Ba.-Württ. v. 16.8.2005 – 14 K 221/03, EFG 2007, 778, rkr.: fortbestehende Haushaltsaufnahme zumindest für Übergangszeit von sechs Monaten). Steht dagegen fest, dass das Kind nicht in den Haushalt des bisher vorrangig Kindergeldberechtigten zurückkehren wird, ist das Kind in den Haushalt des Elternteils aufgenommen, in dem es sich nun überwiegend aufhält (FG Bremen v. 7.8.2015 – 3 K 26/15 (1), juris, rkr.). Erfüllt der das Kind entführende Elternteil nicht die Voraussetzungen des § 62 Abs. 1, kommt es bei leiblichen Kindern mangels Anspruchskonkurrenz nicht auf die Haushaltsaufnahme an (FG München v. 26.3.2008 – 10 K 1187/07, 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. 19.

Haushaltsaufnahme bei getrennt lebenden Eltern: Leben die Elternteile von vornherein getrennt oder trennen sie sich, kann die Haushaltszugehörigkeit des Kindes wechseln oder eine mehrfache Haushaltsaufnahme vorliegen:

- ▶ **Haushaltswechsel:** Trennen sich die Eltern eines Kindes und leben sie fortan in verschiedenen Haushalten, so verliert eine früher getroffene Berechtigtenbestimmung idR ihre Bedeutung, weil dann das Kindergeld zwingend an den Elternteil zu zahlen ist, in dessen Haushalt das Kind nunmehr lebt. Eine vormals getroffene Berechtigtenbestimmung wird daher mit der Auflösung des gemeinsamen Haushalts gegenstandslos (BFH v. 18.5.2017 – III R 11/15, BStBl. II 2017, 1199, mit Anm. *Wendl*, DStR 2017, 2210). Die ursprüngliche Berechtigtenbe-

stimmung lebt auch nicht wieder auf, wenn Eltern und Kind wegen eines Versöhnungsversuchs wieder in einem gemeinsamen Haushalt leben (BFH v. 18.5.2017 – III R 11/15, BStBl. II 2017, 1199). Ist ein Kind getrennt lebender Eltern auf eigenen Entschluss vom Haushalt eines Elternteils in den Haushalt des anderen Elternteils umgezogen, kann idR davon ausgegangen werden, dass der andere Elternteil – auch wenn er nicht sorgeberechtigt ist – das Kind idS. § 64 Abs. 2 Satz 1 in seinen Haushalt aufgenommen und damit Anspruch auf Auszahlung des Kindergeldes hat, wenn das Kind seit mehr als drei Monaten dort lebt und eine Rückkehr in den Haushalt des sorgeberechtigten Elternteils nicht von vornherein feststeht (BFH v. 25.6.2009 – III R 2/07, BStBl. II 2009, 968; s. auch BFH v. 7.12.2010 – III B 33/10, BFH/NV 2011, 433, wonach der Dreimonatszeitraum keine starre Grenze ist).

- ▶ *Aufnahme in zwei Haushalte:* Bei getrennt lebenden oder geschiedenen Eltern kann sich das Kind auch gleichzeitig in zeitlich bedeutsamem Umfang in beiden Haushalten aufhalten. Dann liegt Haushaltsaufnahme idS. 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; BFH v. 15.1.2014 – V B 31/13, BFH/NV 2014, 522). Hält sich das Kind in etwa gleichem zeitlichen Umfang in den Haushalten beider Elternteile auf, liegt eine mehrfache Haushaltsaufnahme vor. Dabei ist jedoch nicht allein auf den zeitlichen Umfang der Haushaltsaufnahme, sondern auf die Gesamtumstände abzustellen (BFH v. 18.4.2013 – V R 41/11, BStBl. II 2014, 34). Bei mehrfacher gleichwertiger Haushaltsaufnahme ist Abs. 2 Sätze 2–4 entsprechend anzuwenden (BFH v. 23.3.2005 – III R 91/03, BStBl. II 2008, 752). Danach legen die Berechtigten zunächst 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 bisherigen 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 – 10 K 275/07, juris, rkr.; FG Düss. v. 6.6.2001 – 9 K 3875/00 Kg, DStRE 2001, 1034, rkr.; ebenso *Pust in LBP*, § 64 Rz. 61 [12/2018]). Nur wenn sich trotz Lebens unter einem Dach ein Elternteil gänzlich seiner Verantwortung gegenüber seinen Kindern entzieht, kann die Haushaltsaufnahme bei diesem Elternteil entfallen (Schl.-Host. FG v. 30.11.2001 – III 12/99, EFG 2002, 337, rkr.; FG Rhld.-Pf. v. 6.4.2000 – 4 K 1026/98, EFG 2000, 631, rkr.). Herrscht Streit darüber, ob die Kinder gleichwertig in den jeweiligen Haushalt der Elternteile aufgenommen sind, haben hierüber Familienkasse und Finanzgericht nach dem Obhutsprinzip zu entscheiden. Erst wenn festgestellt wird, dass eine gleichwertige Haushaltsaufnahme vorliegt, kommt eine Aussetzung des Verfahrens und eine Vorrangbestimmung durch die Berechtigten oder das Familiengericht in Betracht (OLG München v. 7.6.2011, NJW-RR 2011, 1082).
- ▶ *Unterhaltsrechtliche Berücksichtigung beim Wechselmodell:* Unterhaltsrechtlich liegt auch im Fall des Wechselmodells ein Anwendungsfall des § 1612b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB vor, so dass die Hälfte des Kindergeldes gem. § 1612b Abs. 1 Satz 2 BGB den Barbedarf mindert. Die Aufteilung des gesetzlichen Kindergeldes zwischen den Elternteilen hat beim Vorliegen eines Wechselmodells so zu erfolgen, dass grds. die Hälfte des Kindergeldes bedarfsmindernd bei der Berechnung des Barunterhalts berücksichtigt und dadurch bewirkt wird, dass der auf den Barunterhalt entfallende Anteil des Kindergeldes nach der einkom-

mensabhängigen Beteiligungsquote der Eltern am Barunterhalt und der auf die Betreuung entfallende Anteil des Kindergeldes hälftig zwischen den Eltern ausgeglichen wird (BGH v. 20.4.2016 – XII ZB 45/15, NJW 2016, 1956; BGH v. 11.1.2017 – XII ZB 565/15, FamRZ 2017, 437).

Verfahrensrechtliche Folgen des Haushaltswechsels des Kindes:

- ▶ *Anzeigepflicht:* Der bislang berechtigte Elternteil hat den Haushaltswechsel des Kindes gem. § 68 Abs. 1 Satz 1 der Familienkasse unverzüglich anzuzeigen (BFH v. 1.7.2003 – VIII R 94/01, BFH/NV 2004, 25).
- ▶ *Aufhebung:* 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) (BFH v. 24.10.2000 – VI R 21/99, BFH/NV 2001, 444). Dabei ist hinsichtlich der Festsetzungsverjährung zu beachten, dass in Fällen der Steuerhinterziehung und der leichtfertigen Steuerverkürzung der Ablauf der Festsetzungsfrist bis zum Eintritt der idR fünfjährigen Verfolgungsverjährung gehemmt ist, die erst mit dem Erfolg der Handlung oder der Unterlassung beginnt, dh. der letztmals zu Unrecht – durch Steuerhinterziehung oder leichtfertige Steuerverkürzung – erlangten Kindergeldzahlung (BFH v. 26.6.2014 – III R 21/13, BStBl. II 2015, 886; BFH v. 18.12.2014 – III R 13/14, BFH/NV 2015, 948; BFH v. 13.9.2017 – III R 6/17, HFR 2018, 352). Der durch den Haushaltswechsel bedingte Berechtigtenwechsel wird auch durch entgegenstehende zivilrechtl. Vereinbarungen nicht verhindert, selbst wenn sie durch gerichtlichen Vergleich bestätigt werden (BFH v. 23.8.2016 – V R 40/13, BFH/NV 2017, 37). Wechselt die Haushaltszugehörigkeit eines Kindes während eines laufenden Monats, kann dieser Wechsel bei der Zahlung des Kindergeldes 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; FG Münster v. 28.2.2012 – 1 K 2346/09 Kg, EFG 2012, 1561, rkr.; Rz. V 35 Abs. 1 DA-KG 2019). Einen etwaigen Zählkindervorteil gewährt die Verwaltung dem nunmehr Berechtigten aber bereits für den Wechselmonat (Rz. V 35 Abs. 2 Satz 3 DA-KG 2019).
- ▶ *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. *Drüen* in *Tipke/Kruse*, § 37 AO Rz. 10 [1/2014]) 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 grds. 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 – 9 K 1120/99, EFG 2001, 407, rkr., EFG 2001, 409; zur Abgrenzung zwischen Rückforderungs- und Abrechnungsbescheid s. auch BFH v. 18.3.2015 – VI B 87/14, BFH/NV 2015, 954). 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 Verrechnungs-

einwand 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 Kindergeldes vom nachrangigen an den vorrangig Berechtigten (BFH v. 9.4.2001 – VI B 271/00, BFH/NV 2001, 1254). Aus Vereinfachungsgründen kann nur die Rückforderung von Kindergeld vom nicht mehr Berechtigten bei gleichzeitiger Nachzahlung an den vorrangig Berechtigten vermieden werden (BFH v. 23.6.2015 – III R 31/14, BStBl. II 2016, 26). Bestätigt der vorrangig Berechtigte auf amtlichem Vordruck (Bestätigung KG14 im Onlineformularcenter des BZSt., www.bzst.de), dass er das Kindergeld vom nachrangig Berechtigten für bestimmte Monate erhalten hat und seinen Kindergeldanspruch insoweit als erfüllt betrachtet, ist nach Rz. V 37 Abs. 2 und 3 DA-KG 2019 auch der Rückforderungsanspruch insoweit aus Billigkeitsgründen als erfüllt anzusehen (BFH v. 22.9.2011 – III R 82/08, BStBl. II 2012, 734). Diese Vereinfachungsregelung greift nicht, wenn der allein/vorrangig berechtigte Elternteil nachträglich das Kindergeld von der Familienkasse bereits erhalten hat (Nds. FG v. 17.3.1999 – VI 8/98 S, EFG 1999, 535, rkr.; FG Brandenb. v. 31.5.2000 – 6 K 460/99 Kg, EFG 2000, 954, rkr.). Reicht der nachrangig Berechtigte das Kindergeld auch in Höhe des allein für ihn bestehenden Zählkindervorteils 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 Kindergeldes 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). Die Weiterleitung des Kindergeldes vom Kindergeldberechtigten an das Kind und dessen Anrechnung auf Sozialleistungen des Kindes zwingt nicht zum Erlass der Rückforderung beim Kindergeldberechtigten, der seine Mitwirkungspflicht verletzt hat (BFH v. 8.11.2018 – III R 31/17, HFR 2019, 455).

Nach der Rspr. des BFH und Auffassung der Verwaltung ist die Anerkennung der Weiterleitung zwar als Billigkeitsmaßnahme anzusehen (BFH v. 16.3.2004 – VIII R 48/03, BFH/NV 2004, 1218; Rz. V 37 Abs. 1 Satz 5 DA-KG 2019). Gleichwohl wird der Weiterleitungseinwand aus Vereinfachungsgründen in dem gegen den Rückforderungsbescheid geführten Verfahren geprüft. Die Ermessensentscheidung der Verwaltung unterliegt dabei einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung (§ 102 FGO; BFH v. 19.5.1999 – VI B 364/98, BFH/NV 1999, 1592; BFH 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 (BFH v. 22.8.2011 – III B 192/10, BFH/NV 2011, 2043), noch ist es ermessensfehlerhaft, von einer Rückforderung des Kindergeldes 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). Da es sich um eine nicht im Gesetz, sondern nur in einer Verwaltungsan-

weisung enthaltene Vereinfachungsregelung handelt, ist diese so auszulegen, wie sie die Verwaltung verstanden wissen will; sie kann von der Rspr. nicht auf Fälle erstreckt werden, die nach Auffassung der Verwaltung nicht erfasst werden sollten (BFH v. 22.9.2011 – III R 82/08, BStBl. II 2012, 734).

- ▶ *Beiladung*: Um die Koordinierung der verschiedenen Festsetzungsverfahren zu gewährleisten, sieht die Verwaltung vor, dass bei einem zwischen mehreren Berechtigten über die vorrangige Kindergeldberechtigung geführten Streit das gesamte Einspruchsverfahren von der Familienkasse zu führen ist, bei der zuerst Einspruch eingelegt wurde (Rz. R 5.7 DA-KG 2019). 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 Kindergeldes rechnen muss (BFH v. 16.4.2002 – VIII B 171/01, BStBl. II 2002, 578; BFH 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; Rz. R 5.7 DA-KG 2019); zum Rügerecht bei unterlassener Beiladung im finanzgerichtlichen Verfahren s. BFH v. 30.1.2012 – III B 20/10, BFH/NV 2012, 1415. 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).
- ▶ *Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Finanzgericht und Familiengericht*: Das Familiengericht ist für die Bestimmung des Kindergeldberechtigten nicht zuständig, wenn zwischen zwei Familienangehörigen ausschließlich streitig ist, wer in einem bestimmten Zeitraum tatsächlich allein (oder überwiegend) die Obhut für ein Kind ausgeübt hat (OLG Celle v. 22.7.2013 – 10 WF 188/13, FamRZ 2014, 415). Über diese Frage entscheiden die Familienkasse und nachfolgend die Finanzgerichte. Die Familiengerichte entscheiden dagegen nur im Falle des Abs. 2 Satz 2 (bzw. analog, wenn das Kind annähernd gleichwertig in die Haushalte beider getrenntlebenden Elternteile aufgenommen ist und keine einvernehmliche Berechtigtenbestimmung erfolgt) und des Abs. 3 Satz 4.

III. Gemeinsamer Haushalt von mehreren Berechtigten (Abs. 2 Sätze 2 bis 5)

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

Ist ein Kind in den gemeinsamen Haushalt von Eltern, einem Elternteil und dessen Ehegatten oder eingetragenen Lebenspartner (§ 2 Abs. 8), 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 (nicht verheirateten) Eltern, einem Elternteil und dessen Ehegatten oder eingetragenen Lebenspartner (s. § 2 Abs. 8; Rz. A 25.1 DA-KG 2019; BFH v. 8.8.2013 – VI R 76/12, BStBl. II 2014, 36), 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 oder eingetragenen Lebenspartner (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 (*Avvento* in *Kirchhof*, 19. Aufl. 2020, § 64 Rz. 5).

► *Kein gemeinsamer Haushalt durch Wohnsitzfiktion:* Die Wohnsitzfiktion nach Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VO (EG) Nr. 987/2009 führt nicht dazu, dass ein im anderen EU-Mitgliedstaat nicht vorhandener gemeinsamer Haushalt der Elternteile durch den ins Inland projizierten Wohnsitz eines Elternteils fingiert wird. Die Fiktionswirkung erstreckt sich nur auf den Wohnsitz, nicht hingegen auf die Haushaltszugehörigkeit (BFH v. 10.3.2016 – III R 25/12, BFH/NV 2016, 1161; BFH v. 28.4.2016 – III R 45/13, BFH/NV 2016, 1472; BFH v. 26.10.2016 – III R 27/13, BFH/NV 2017, 299). Da die Konkurrenzregelung des § 64 anders als die Regelung über die Anspruchsberechtigung (§ 62 Abs. 1) keinen Inlandsbezug aufweist, reicht auch ein gemeinsamer Haushalt im anderen EU-Mitgliedstaat (BFH v. 4.8.2016 – III R 10/13, BStBl. II 2017, 126, mit Anm. *Wendl*, HFR 2017, 49).

Beispiel:

Kindsvater und Kindsmutter sind geschieden. Der Kindsvater arbeitet in Deutschland und hat hier einen Wohnsitz. Die Kindsmutter lebt zusammen mit dem Kind in Polen. In diesem Fall wird zwar der Wohnsitz der Mutter ins Inland projiziert, so dass sie nach § 62 Abs. 1 anspruchsberechtigt ist. Da sie aber weder in Deutschland noch in Polen einen gemeinsamen Haushalt mit dem Kindsvater unterhält, ist die Mutter nach Abs. 2 Satz 1 vorrangig kindergeldberechtigt.

Haben die Eltern dagegen einen gemeinsamen Haushalt in Polen, in den das Kind aufgenommen ist, und hat der Kindsvater überdies einen Wohnsitz und Haushalt in Deutschland, ist die Mutter wegen der Wohnsitzfiktion zwar anspruchsberechtigt. Der Vorrang bestimmt sich wegen des gemeinsamen Haushalts in Polen aber nach Abs. 2 Satz 2, so dass auch der Kindsvater zum vorrangig Berechtigten bestimmt werden kann.

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. Ein nicht zum gemeinsamen Haushalt gehörender Berechtigter (zB der von der Kindsmutter getrennt lebende Kindsvater) kann dagegen nicht zum vorrangig Berechtigten bestimmt werden (*Helmke* in *Helmke/Bauer*, Familienleistungsausgleich, § 64 Rz. 9.1 [12/2017]).

► *Einverständniserklärung:* Die Bestimmung des vorrangig Berechtigten ist eine übereinstimmende Willenserklärung der in einem gemeinsamen Haushalt le-

benden Anspruchsberechtigten iSd. Abs. 2 Satz 2. Die von der Verwaltung geforderte Schriftform (Rz. A 25.1 Abs. 2 DA-KG 2019) findet im Gesetz keine Stütze. Schriftform ist nach dem Gesetz 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 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 Verwaltung, Rz. A 25.1 Abs. 4 DA-KG 2019, nur schriftlich oder zur Niederschrift), zB auch durch Stellen eines Kindergeldantrags (FG Rhld.-Pf. v. 10.4.2000 – 5 K 2268/98, DStRE 2001, 134, rkr.; ebenso Hess. FG v. 15.2.2011 – 5 K 341/09, juris, rkr., das allerdings einen konkludenten Widerruf gegenüber der bislang zuständigen Familienkasse verlangt). Für die Vergangenheit und den laufenden Monat ist eine Änderung der Berechtigtenbestimmung ausgeschlossen, sofern bereits eine Kindergeldfestsetzung erfolgt ist. Der Widerruf ist erst mW ab dem Folgemonat für den neuen Berechtigten zu berücksichtigen. Ist für den vergangenen Zeitraum noch keine Kindergeldfestsetzung erfolgt, kann die einvernehmliche Änderung der Berechtigtenbestimmung auch insoweit noch berücksichtigt werden (BFH v. 19.4.2012 – III R 42/10, BStBl. II 2013, 21; s. auch Rz. V 35 Abs. 2 DA-KG 2019). Eine rückwirkende Änderung der Berechtigtenbestimmung scheidet auch aus, wenn die auf der ursprünglichen Berechtigtenbestimmung beruhende Kindergeldfestsetzung aus anderen Gründen aufgehoben wurde (BFH v. 25.5.2016 – V R 21/15, BFH/NV 2016, 1274). Eine Anfechtung wegen Irrtums nach BGB-Regeln scheidet aus (FG München v. 12.2.2008 – 10 K 275/07, 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 (Rz. V 35 Abs. 1 Satz 2 DA-KG 2019).
- ▶ **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; BFH v. 15.1.2014 – V B 31/13, BFH/NV 2014, 522; BFH v. 18.5.2017 – III R 11/15, BStBl. II 2017, 1199) und auch die Voraussetzungen eines anderen Falls zulässiger Berechtigtenbestimmung (insbes. Abs. 3 Satz 3) nicht eintreten. Die ursprüngliche Berechtigtenbestimmung lebt auch nicht wieder auf, wenn Eltern und Kind wegen eines Versöhnungsversuchs wieder in einem gemeinsamen Haushalt leben (BFH v. 18.5.2017 – III R 11/15, BStBl. II 2017, 1199). Die Berechtigtenbestimmung wird im Übrigen auch gegenstandslos, wenn das Kind den Haushalt auf Dauer verlässt (Rz. A 25.1 Abs. 4 DA-KG 2019; aA *Helmke in Helmke/Bauer*, Familienleistungsausgleich, § 64 Rz. 13 [12/2017], für den Fall, dass das Kind nicht in den Haushalt eines Berechtigten aufgenommen ist und kein Berechtigter Unterhalt zahlt, s. dazu Anm. 16). Die Kindergeldzahlung richtet sich dann nach Abs. 3.

Zur Besonderheit beim Berechtigtenwechsel s. Rz. V 35 DA-KG 2019; Anm. 9.

2. 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 Sätze 3 und 4 das Familiengericht auf Antrag einer Person, die ein berechtigtes Interesse an der Zahlung des Kindergeldes hat, den vorrangig Berechtigten. Vom Fehlen einer einvernehmlichen Berechtigtenbestimmung ist auszugehen, wenn der Antragsteller beim Antrag auf Zahlung von Kindergeld eine Einverständniserklärung des anderen Berechtigten 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 insoweit 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 – 5 K 2268/98, DStRE 2001, 134, rkr.). Wird im Laufe des weiteren Verfahrens eine einvernehmliche Berechtigtenbestimmung durch die Anspruchsberechtigten getroffen, hat diese Vorrang vor einer noch zu treffenden oder bereits erfolgten Bestimmung durch das Familiengericht (vgl. *Helmke* in *Helmke/Bauer*, Familienleistungsausgleich, § 64 Rz. 21 [12/2017]).

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 (FamFG, BGBl. I 2008, 2586). Die Bestimmung des vorrangig Berechtigten ist eine Unterhaltssache (§ 231 Abs. 2 FamFG; OLG Celle v. 19.4.2011, NJW-RR 2011, 1231; OLG Köln v. 12.12.2014 – II - 12 UF 105/14, FamRZ 2015, 1751), 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. Verfahrensrechtlich 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 bis 110 FamFG – ohne die Einschränkungen des § 113 FamFG (Verweisung auf ZPO-Vorschriften) – und §§ 232 bis 234 FamFG anwendbar. Es gilt das Amtsermittlungsprinzip (§ 26 FamFG). Für die Durchführung des Verfahrens kann Verfahrenskostenhilfe nach §§ 76 ff. FamFG bewilligt werden.

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 RPfG).

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 Kindergeldes 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 Kindergeldes erfolgen könnte (s. §§ 74, 76; Rz. V 5.3 DA-KG 2019). In Betracht kommen ferner Personen und Stellen (zB Jugendamt), die sich um die Person oder das Vermögen des Kindes kümmern, nicht dagegen die Familienkasse selbst (vgl. *Helmke* in *Helmke/Bauer*, Familienleistungsausgleich, § 64 Rz. 17 [12/2017]; *Felix* in *KSM*, § 64 Rz. D 18 [2/2015]). Für die Auszahlung des Kindergeldes an diese Personen oder Stellen im Wege der Abzweigung (§ 74 Abs. 1) ist zunächst eine Kindergeldbewilligung gegenüber einem Anspruchsberechtigten erforderlich. Dies setzt bei mehreren Anspruchsberechtigten die Bestimmung des vorrangig Berechtigten durch das Familiengericht voraus, sofern keine einvernehmliche Bestimmung vorgenommen wurde. In Fällen, in denen sich die Eltern weder um das Kind noch um das Kindergeld kümmern, kann das Kind zwar Abzweigung des Kindergeldes an sich beantragen (§ 74 Abs. 1 Satz 1). Auf den hiermit idR (konkludent) gestellten Antrag auf Festsetzung des Kindergeldes gegenüber einem der Elternteile muss dann aber zunächst das Familiengericht den vorrangig berechtigten Elternteil bestimmen und die Familienkasse einen Festsetzungsbescheid erlassen. Die Familienkasse sollte dabei darauf hinwirken, dass das Familiengericht eine Auswahl zwischen den richtigen Berechtigten trifft (s. BFH v. 8.8.2013 – III R 3/13, BFH/NV 2014, 442).
- ▶ *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 den 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 (insbes. des Kindes selbst) durch das Familiengericht ist nicht zulässig. Das Familiengericht hat daher weder zu prüfen, ob annähernd gleiche Betreuungsanteile vorliegen (OLG Celle v. 14.5.2012 – 10 UF 94/11, FamRZ 2012, 1963) noch kann es eine Aufteilung des Kindergeldes auf beide Anspruchsberechtigten vorgeben (OLG Hamm v. 16.1.1997, FamRZ 1997, 1037). Eine solche Bestimmung ist für die Familienkasse nicht bindend (BFH v. 8.8.2013 – III R 3/13, BFH/NV 2014, 442; Rz. A 25.1 Abs. 6 Satz 3 DA-KG 2019).

Aus Abs. 2 ergibt sich für das Familiengericht keine materiell-rechtl. Bindung, so dass es unter Berücksichtigung des Kindeswohls in seiner Entscheidung frei ist (OLG München v. 27.1.2006, FamRZ 2006, 1567, rkr.; OLG Stuttgart v. 13.1.2010, FamRZ 2010, 1476). Nach Auffassung der Zivilgerichte ist unter Kindeswohlgesichtspunkten regelmäßig derjenige Elternteil zum Kindergeldbezugsberechtigten zu bestimmen, der die Gewähr dafür bietet, dass das Kindergeld zum Wohl der Kinder verwendet wird (OLG Celle v. 25.5.2018 – 19 UF 24/18, FamRZ 2019, 360). In der Regel 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 Berechtigtenbestimmung in den Konkurrenzfällen des Abs. 2 Satz 2. Die Anspruchsberechtigung ist durch die Familienkasse festzustellen und ggf. durch das FG zu überprüfen (BFH v. 8.8.2013 – III R 3/13, BFH/NV 2014, 442). Die Familiengerichte haben die kindergeldrechtl. Grenzen, die die Familienkassen als Herrin des Verfahrens gezogen haben, zu beachten (OLG Zweibrücken v. 18.9.2000, FamRZ 2001, 551).

- ▶ *Das Familiengericht entscheidet durch Beschluss:* Der Beschluss (§ 38 FamFG) wird nach §§ 40, 41 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 werden, es sei denn, für die Zeit davor wäre dem Beschluss eine entgegengesetzte Aussage des Familiengerichts zu entnehmen (Rz. A 25.1 Abs. 6 Satz 5 DA-KG 2019). Eine Bekanntgabe an die Familienkasse hat uE zu erfolgen, wenn diese zuvor (was insbes. zur Feststellung des Entscheidungsrahmens sinnvoll erscheint) vom Familiengericht angehört wurde (§§ 288 Abs. 2 Satz 2, 26 FamFG).
- ▶ *Ab Wirksamkeit bindend ist der Beschluss für die Anspruchsberechtigten, die Familienkasse und das Finanzgericht.* Die Familienkasse und das Finanzgericht dürfen das Kindergeld nicht abweichend von der durch das Familiengericht getroffenen Bestimmung festsetzen, soweit sich das Familiengericht im Rahmen seiner Entscheidungsbefugnis gehalten hat (BFH v. 8.8.2013 – III R 3/13, BFH/NV 2014, 442). Ist mangels Berechtigtenbestimmung für einen bereits vergangenen Zeitraum noch kein Kindergeld ausbezahlt worden, kann sich die familiengerichtliche Bestimmung auch hierauf beziehen (BayObLG v. 8.8.2001, FamRZ 2002, 427). 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 bisher vorrangig Berechtigten mit befreiender Wirkung gezahlt worden (Rz. A 25.1 Abs. 6 Sätze 6 und 7 DA-KG 2019). Die Bindungswirkung entfällt, wenn die Voraussetzungen für die Berechtigtenbestimmung durch das Familiengericht nicht mehr gegeben sind, zB beim Tod des vorrangig Berechtigten, Veränderungen in der Haushaltszugehörigkeit oder bei späterer einvernehmlicher Berechtigtenbestimmung. Gegebenenfalls kann das Familiengericht aber seinen Beschluss gem. § 48 FamFG an die geänderten Verhältnisse anpassen. 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, § 61 (Beschwerdewert über 600 €; s. dazu BGH v. 29.1.2014 – XII ZB 555/12, FamRZ 2014, 646), § 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 3. **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), was etwa Sinn macht, wenn die Großeltern dadurch einen Zählkindervorteil erhalten. 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 Anspruchsbeziehung 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. § 63 Anm. 10; zum gemeinsamen Haushalt s. Anm. 10).

Gemeinsamer Haushalt: Ein gemeinsamer Haushalt zwischen Eltern und Großeltern ist nicht anzunehmen, wenn die Großeltern in den Haushalt der Eltern aufgenommen sind; jedenfalls bedarf es für die Annahme einer gemeinsamen Haushaltsführung eines substantiellen Beitrags jedes Groß-/Elternteils zum Unterhalt der Großfamilie, wobei dies sowohl durch finanzielle Mittel als auch durch Mitarbeit im Haushalt erfolgen kann (s. auch *Felix* in *KSM*, § 64 Rz. C 29 [2/2015]; *Helmke* in *Helmkel/Bauer*, Familienleistungsausgleich, § 64 Rz. 22 [12/2017]). Ebenso wenig liegt ein gemeinsamer Haushalt vor, wenn sich lediglich zwei Wohnungen und damit zwei Haushalte in einem Haus befinden (*Avvento* in *Kirchhof*, 19. Aufl. 2020, § 64 Rz. 7).

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 berechtigte Elternteil zunächst nach Abs. 2 Satz 2 einvernehmlich (s. Anm. 10) oder nach Abs. 2 Sätze 3 und 4 durch das Familiengericht (s. Anm. 11) bestimmt werden. Steht der bevorrechtigte Elternteil fest, hat die Familienkasse das Kindergeld grds. an diesen auszuführen, 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 Sätze 2, 3 und 4 der Vorrang auch unter den Großelternteilen bestimmt werden (s. Anm. 9 und 10). Der bevorrechtigte Elternteil kann uE aber auch nur zugunsten eines bestimmten Großelternteils verzichten, so dass es einer Berechtigtenbestimmung zwischen den

Großeltern nicht bedarf. Damit wird nicht in die Ranggleichheit zwischen den Großeltern eingegriffen, da die Großelternanteile wegen des nur einseitigen Verzichts nicht gleichrangig sind (aA *Helmke in Helmke/Bauer*, Familienleistungsausgleich, § 64 Rz. 24 [12/2017]).

- ▶ *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 (s. Anm. 10).

Einstweilen frei.

13–14

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

I. 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 Berechtigte, 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.

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

16

Die Kindergeldberechtigung ergibt sich aus § 62 iVm. § 63. Sind mehrere Berechtigte vorhanden, ist Voraussetzung für die Auszahlung des Kindergeldes 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 (BFH v. 18.2.2008 – III B 69/07, BFH/NV 2008, 948). Als Berechtigte iSd. Abs. 3 kommen nur die Eltern (leibliche und Adoptiveltern) in Betracht, denn nur sie sind unabhängig von der Haushaltzugehörigkeit des Kindes anspruchsberechtigt (§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1) (ebenso *Pust in LBP*, § 64 Rz. 150 [12/2018]). 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. Der Begriff der Unterhaltsrente orientiert sich am Begriff der Geldrente iSv. § 1612 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BGB. Hiernach ist Unterhalt durch Entrichtung einer monatlich im Voraus zu zahlenden Geldrente zu gewähren. Aus Gründen der Klarheit und Praktikabilität (insbes. mit Blick auf das Monatsprinzip) soll nur derjenige Elternteil das Kindergeld erhalten, der das Kind laufend finanziell unterstützt und damit seiner Unterhaltsverpflichtung nachkommt.

- ▶ **Barunterhalt:** Unterhaltsrente ist der laufende Barunterhalt. Sach- und Betreuungsleistungen bleiben außer Ansatz (BFH v. 16.12.2003 – VIII R 67/00, BFH/NV 2004, 934; BFH v. 11.10.2018 – III R 45/17, BStBl. II 2019, 323; Rz. A 26 Abs. 1 DA-KG 2019). Hingegen kann die Übernahme eines Kostenbeitrags für die Unterbringung des Kindes in einer Pflegeeinrichtung eine Unterhaltsrente darstellen (BFH v. 28.4.2016 – III R 30/15, BFH/NV 2016, 1272).
- ▶ **Regelmäßige monatliche Zahlungen:** Zur Unterhaltsrente gehören nur regelmäßige monatliche Zahlungen. Zahlungen, die in größeren als monatlichen Abständen geleistet werden, bleiben auch dann unberücksichtigt, wenn sie regelmäßig (zB Übernahme der Semestergebühren) erfolgen (BFH v. 11.10.2018 – III R 45/17, BStBl. II 2019, 323). Ebenso wenig sind einmalige oder gelegentliche Barunterhaltsleistungen zu berücksichtigen. Die Unterhaltsrente ist grds. sowohl für als auch in dem Monat zu leisten, für den das Kindergeld begehrt wird. Wird also zB Kindergeld für Januar 2020 begehrt, muss die Unterhaltszahlung für Januar 2020 im Januar 2020 geleistet werden (BFH v. 5.11.2015 – III R 57/13, BStBl. II 2016, 403; BFH v. 28.4.2016 – III R 30/15, BFH/NV 2016, 1272). Außer Betracht bleiben nachträglich erbrachte Unterhaltsleistungen (BFH v. 28.4.2016 – III R 30/15, BFH/NV 2016, 1272), auch wenn es sich um die Erstattung vorauslagter Unterhaltzahlungen (zB nach dem UnterhaltsvorschussG) handelt.
- ▶ **Höhe der Unterhaltszahlungen:** Auf die Höhe der laufenden Unterhaltszahlungen kommt es nicht an, wenn nur ein Elternteil Barunterhalt gewährt. Zahlen beide Elternteile Barunterhalt, ist es für die Feststellung der Höhe der Unterhaltszahlungen irrelevant, woher die Mittel für die Unterhaltszahlungen stammen. Das gilt auch, soweit die Unterhaltszahlungen ganz oder teilweise durch Weitergabe des an den bisher Berechtigten gezahlten Kindergeldes erbracht werden. Die entgegenstehende Rspr. (BFH v. 2.6.2005 – III R 66/04, BStBl. II 2006, 184; ebenso Rz. A 26 Abs. 1 DA-KG 2019) ist uE aufgrund veränderter Rechtslage überholt, da das Kindergeld unterhaltsrechtl. nicht mehr auf die Unterhaltszahlungen beider Elternteile je zur Hälfte angerechnet wird und damit keinen durchlaufenden Posten bildet. Vielmehr mindert es nach § 1612b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 BGB bereits den Barbedarf des Kindes in voller Höhe und kommt daher den Elternteilen je nach Leistungsfähigkeit in unterschiedlichem Umfang zugute (zB 804 € [Barbedarf des Kindes] abzgl. 204 € [Kindergeld] = 600 € [ungedeckter Barbedarf]; bei Haftungsanteilen von zB 2/3 [Mutter: 400 €] und 1/3 [Vater: 200 €] kommt das Kindergeld der Mutter iHv. 136 € und dem Vater iHv. 68 € zugute). Würde man in dem Beispiel das von der Mutter an das Kind weitergeleitete Kindergeld abziehen, hätte sie trotz an sich höheren Haftungsanteils eine niedrigere Unterhaltsrente (400 € ./ 204 €) als der Vater (200 €) erbracht. Beim Wechsel der vorrangigen Berechtigung würde das dann beim Vater angerechnete Kindergeld zu einem erneuten und dann ständigen Wech-

sel des Vorrangs führen. Zieht das Kind aus dem gemeinsamen Haushalt der Eltern in einen eigenen Haushalt und erhält es anschließend vom bislang vorrangig Berechtigten nur das Kindergeld und ansonsten von keinem Elternteil Unterhaltsleistungen, wird der bislang nach Abs. 2 Satz 2 vorrangig Berechtigte nun nach Abs. 3 Satz 1 vorrangig berechtigt, da auch die Weiterreichung des Kindergeldes als Unterhaltszahlung anzusehen ist (aA *Helmke in Helmke/Bauer*, Familienleistungsausgleich, § 64 Rz. 13 [12/2017], der davon ausgeht, dass sich die einvernehmliche Berechtigtenbestimmung nach Abs. 2 Satz 2 in eine solche nach Abs. 3 Satz 3 Alt. 2 umwandelt).

Zahlt kein Berechtigter Unterhalt, gilt Abs. 3 Satz 3 (s. Anm. 17).

III. Zahlung von Unterhaltsrenten durch mehrere Berechtigte (Abs. 3 Sätze 2 bis 4)

17

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. Zum Begriff der Unterhaltsrente und zur Errechnung der Höhe s. Anm. 16.

Gleich hohe Renten oder keine Unterhaltszahlungen (Abs. 3 Satz 3): Die Vorschrift ermöglicht eine einverständliche Vorrangregelung bei gleichen Unterhaltslasten. 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).

- ▶ *Gleich hohe Renten der Elternteile:* Zum Begriff der Unterhaltsrente und zur Errechnung der Höhe s. Anm. 16.
- ▶ *Kein Unterhaltszahlungen der Elternteile:* Auf die Gründe für die Nichtzahlung kommt es nicht an (BFH v. 28.4.2016 – III R 30/15, BFH/NV 2016, 1272). Die Regelung greift auch, wenn mangels Leistungsfähigkeit keine Unterhaltspflicht besteht. Allerdings kommt dann eine Abzweigung nach § 74 Abs. 1 in Betracht.
- ▶ *Einvernehmliche Berechtigtenbestimmung:* Die einvernehmliche Berechtigtenbestimmung entspricht der nach Abs. 2 Satz 2 (s. Anm. 10). Der verzichtende Elternteil muss also gegenüber der Familienkasse möglichst schriftlich sein Einverständnis erklären, dass das Kindergeld an den anderen Berechtigten ausbezahlt wird. Eine getroffene Berechtigtenbestimmung wird nach Auffassung der Verwaltung (Rz. A 26 Abs. 2 Satz 4 DA-KG 2019) nicht dadurch gegenstandslos, dass der vorrangig Berechtigte einmalig oder gelegentlich Unterhalt in geringerer Höhe zahlt, was nach den Grundsätzen der Rspr. (BFH v. 11.10.2018 – III R 45/17, BStBl. II 2019, 323) allerdings zu einem Berechtigtenwechsel nach Abs. 3 Satz 2 führen müsste. Zur Wirksamkeit und zum Widerruf der Berechtigtenbestimmung s. Anm. 10.

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

