

§ 74

Zahlung des Kindergeldes in Sonderfällen

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

(1) ¹Das für ein Kind festgesetzte Kindergeld nach § 66 Absatz 1 kann an das Kind ausgezahlt werden, wenn der Kindergeldberechtigte ihm gegenüber seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht nicht nachkommt. ²Kindergeld kann an Kinder, die bei der Festsetzung des Kindergeldes berücksichtigt werden, bis zur Höhe des Betrages, der sich bei entsprechender Anwendung des § 76 ergibt, ausgezahlt werden. ³Dies gilt auch, wenn der Kindergeldberechtigte mangels Leistungsfähigkeit nicht unterhaltspflichtig ist oder nur Unterhalt in Höhe eines Betrages zu leisten braucht, der geringer ist als das für die Auszahlung in Betracht kommende Kindergeld. ⁴Die Auszahlung kann auch an die Person oder Stelle erfolgen, die dem Kind Unterhalt gewährt.

(2) Für Erstattungsansprüche der Träger von Sozialleistungen gegen die Familienkasse gelten die §§ 102 bis 109 und 111 bis 113 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch entsprechend.

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

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 74

	Anm.		Anm.
I. Grundinformation zu § 74	1	III. Bedeutung des § 74	3
II. Rechtsentwicklung des § 74	2		

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Auszahlung an Dritte bei Verletzung der gesetzlichen Unterhaltspflicht

	Anm.		Anm.
I. Vorbemerkung	6	1. Gesetzliche Unterhaltspflicht	7
II. Auszahlung des Kindergelds bei Verletzung der gesetzlichen Unterhaltspflicht (Abs. 1 Satz 1)		2. Der gesetzlichen Unterhaltspflicht nicht nachkommen . .	8
		3. Auszahlung an das Kind des Kindergeldberechtigten	9

	Anm.		Anm.															
<table border="0"> <tr> <td style="padding-right: 10px;">III.</td> <td>Höhe des Auszahlungsbetrags an Kinder (Abs. 1 Satz 2)</td> <td style="text-align: right; vertical-align: bottom;">10</td> </tr> <tr> <td style="padding-right: 10px;">IV.</td> <td>Mangels Leistungsfähigkeit nicht unterhaltspflichtig (Abs. 1 Satz 3)</td> <td style="text-align: right; vertical-align: bottom;">11</td> </tr> </table>	III.	Höhe des Auszahlungsbetrags an Kinder (Abs. 1 Satz 2)	10	IV.	Mangels Leistungsfähigkeit nicht unterhaltspflichtig (Abs. 1 Satz 3)	11		<table border="0"> <tr> <td style="padding-right: 10px;">V.</td> <td>Auszahlung an sonstige Dritte (Abs. 1 Satz 4)</td> <td style="text-align: right; vertical-align: bottom;">12</td> </tr> <tr> <td style="padding-right: 10px;">VI.</td> <td>Ermessen zur Abzweigung</td> <td style="text-align: right; vertical-align: bottom;">13</td> </tr> <tr> <td style="padding-right: 10px;">VII.</td> <td>Verfahrensfragen</td> <td style="text-align: right; vertical-align: bottom;">14</td> </tr> </table>	V.	Auszahlung an sonstige Dritte (Abs. 1 Satz 4)	12	VI.	Ermessen zur Abzweigung	13	VII.	Verfahrensfragen	14	
III.	Höhe des Auszahlungsbetrags an Kinder (Abs. 1 Satz 2)	10																
IV.	Mangels Leistungsfähigkeit nicht unterhaltspflichtig (Abs. 1 Satz 3)	11																
V.	Auszahlung an sonstige Dritte (Abs. 1 Satz 4)	12																
VI.	Ermessen zur Abzweigung	13																
VII.	Verfahrensfragen	14																

<p>C. Erläuterungen zu Abs. 2: Erstattungsansprüche der Träger von Sozialleistungen 16</p>

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 74

Verwaltungsanweisung: Dienstanweisung zur Durchführung des Familienleistungsausgleichs v. 30.9.2009, BStBl. I 2009, 1030, geändert BStBl. I 2011, 21, BStBl. I 2011, 716 (DAFamEStG).

1 **I. Grundinformation zu § 74**

Abs. 1 ermöglicht die Auszahlung des Kindergelds an das Kind oder einen Dritten (sog. Abzweigung) bei vom Kindergeldberechtigten nicht erfüllter ges. Unterhaltspflicht.

Abs. 2 ermöglicht die sog. Überleitung des Kindergelds auf Sozialleistungsträger durch entsprechende Anwendbarkeit von im SGB X geregelten Erstattungsansprüchen.

2 **II. Rechtsentwicklung des § 74**

JSStG 1996 v. 11.10.1995 (BGBl. I 1995, 1250; BStBl. I 1995, 438): Die Vorschrift wurde im Zusammenhang mit der Neuregelung der estrechtlichen Kindergeldvorschriften in das EStG eingefügt (zur Rechtsentwicklung der Kindergeldvorschriften s. im Einzelnen Vor §§ 62–78 Anm. 3f.). Die Vorschrift bestand zunächst aus fünf Absätzen.

FamFördG v. 22.12.1999 (BGBl. I 1999, 2552; BStBl. I 2000, 4): Abs. 1 wurde neu gefasst, Abs. 3 und 4 wurden aufgehoben und Abs. 5 aF wurde zu Abs. 3 (zur Begr. s. BTDrucks. 14/1513 v. 27. 8. 1999, 17; BRDrucks. 476/99 v. 27.8. 1999, 29). Abs. 3 und 4 aF regelten bis 31.12.1999 die Überleitung des Kindergelds auf Anstalten und Einrichtungen, wenn der Kindergeldberechtigte dort untergebracht war.

2. FamFördG v. 16.8.2001 (BGBl. I 2001, 2074; BStBl. I 2001, 535): In Abs. 1 Satz 1 wurde die Bezugnahme auf § 66 redaktionell angepasst; Abs. 2 wurde aufgehoben und Abs. 3 aF wurde zum neuen Abs. 2 (zur Begr. s. BTDrucks.

14/6160, 14). Abs. 2 aF bestimmte, dass bei Unterbringung des Kindergeldberechtigten in einer Anstalt oder Einrichtung das Kindergeld an den Unterhaltsberechtigten ausbezahlt werden sollte. Die genannten Änderungen wurden zum 1.1.2002 wirksam.

III. Bedeutung des § 74

3

Abs. 1 bestimmt für Sonderfälle den Zahlungsempfänger des Kindergelds. Das Kindergeld wird grds. an den Anspruchsberechtigten iSd. §§ 62, 63 ausbezahlt. Bei Anspruchskonkurrenz ergibt sich aus § 64, an welchen Kindergeldberechtigten ausbezahlt werden soll. Davon abw. kann in den Fällen des Abs. 1 an die Kinder des Kindergeldberechtigten bzw. die ihnen Unterhalt leistenden Personen oder Stellen gezahlt werden. Die Vorschrift enthält damit einen Eingriff in den Rechtsanspruch des Kindergeldberechtigten auf Zahlung des Kindergelds an ihn. Die Abzweigung lässt aber seine Anspruchsberechtigung unberührt (BFH v. 30. 1. 2001 VI B 272/99, BFH/NV 2001, 898). Die Abzweigung steht daher einer Aufrechnung des Kindergeldanspruchs mit einem Rückzahlungsanspruch der Familienkasse nach § 75 nicht entgegen (s. Anm. 14). Ebenso verbleibt es bei der strechtlichen Funktion des Kindergelds als StVergütung (§ 31; s. § 31 Anm. 32). Durch die Abzweigung kommt den Kindern oder den Unterhalt leistenden Personen oder Stellen das Kindergeld bei Verletzung der Unterhaltspflicht ohne Umweg über einen zeitraubenden Zivilprozess und Vollstreckungsmaßnahmen unmittelbar zu.

Eine Abzweigung kann nur erfolgen, soweit über den Anspruch auf Kindergeld noch verfügt werden kann. Die Verfügungsbefugnis über den Kindergeldanspruch kann durch Abtretung, Aufrechnung, Verpfändung oder Pfändung entfallen (Tz. 74.1.1 Abs. 2 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030).

Abs. 2 betrifft den sog. Erstattungsanspruch und soll sicherstellen, dass die genannten Vorschriften des SGB X im Kindergeldrecht entsprechend zur Anwendung kommen (BTDrucks. 13/1558, 162). Die Abzweigung nach Abs. 1 Satz 4 und der Erstattungsanspruch nach Abs. 2 sind Rechtsinstitute, die sich nicht ausschließen, sondern nebeneinander bestehen (BFH v. 30.1.2001 – VI B 272/99, BFH/NV 2001, 898). Ist die Anspruchsgrundlage für das Auszahlungsbegehren nicht eindeutig, hat die Familienkasse durch Auslegung zu ermitteln, ob Erstattung oder Abzweigung begehrt wird (BFH v. 25.9.2008 – III R 16/06, BFH/NV 2009, 164).

Einstweilen frei.

4–5

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Auszahlung an Dritte bei Verletzung der gesetzlichen
Unterhaltspflicht**

6

I. Vorbemerkung

Nach Abs. 1 ist die Auszahlung des für ein Kind festgesetzten Kindergelds an einen anderen als den Berechtigten iSd. §§ 62, 63 nur möglich, wenn dieser seiner ges. Unterhaltspflicht diesem Kind gegenüber nicht nachkommt. Zahlungsempfänger kann neben dem Kind in erster Linie die Person oder Stelle sein, die neben dem Berechtigten oder an dessen Stelle dem Kind Unterhalt gewährt (Abs. 1 Satz 1 und 4).

Nach Abs. 1 Satz 3 ist die Abzweigung ausnahmsweise auch ohne Verletzung der Unterhaltspflicht zulässig. Dies ist dann der Fall, wenn der Kindergeldberechtigte mangels Leistungsfähigkeit nicht unterhaltspf. ist oder Unterhalt nur in Höhe eines Betrags zu leisten braucht, der geringer ist, als das für die Auszahlung in Betracht kommende Kindergeld.

Zugunsten von Zahl- oder Zählkindern (zu den Begriffen s. § 63 Anm. 4) kann Kindergeld bis zu dem auf diese Kinder entfallenden Anteil iSd. § 76 ausgezahlt werden (Abs. 1 Satz 2).

Die Abzweigung nach Abs. 1 Satz 1 und 4 steht im Ermessen der Familienkasse (s. dazu Anm. 13).

II. Auszahlung des Kindergelds bei Verletzung der gesetzlichen Unterhaltspflicht (Abs. 1 Satz 1)

7 1. Gesetzliche Unterhaltspflicht

Die Auszahlung des Kindergelds an das Kind, für das Kindergeld festgesetzt worden ist, kommt in Betracht, wenn der Kindergeldberechtigte diesem Kind gegenüber seiner ges. Unterhaltspflicht nicht nachkommt. Als Zahlungsempfänger kommen Zahl- und Zählkinder in Betracht.

Ob und inwieweit eine ges. Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind besteht, ergibt sich aus den Vorschriften des BGB (§§ 1601ff.: leibliche Kinder; §§ 1741 ff., 1751 Abs. 4: angenommene Kinder). Da gegenüber Stief- und Pflegekindern eine ges. Unterhaltspflicht nicht besteht, scheidet eine Abzweigung aus. Sie wäre wegen der erforderlichen Haushaltsaufnahme praktisch auch kaum erforderlich (kritisch TREIBER in BLÜMICH, § 74 Rn. 14).

Die ges. Unterhaltspflicht setzt einen Unterhaltsanspruch voraus. Dieser besteht, wenn Unterhaltsbedürftigkeit (§ 1602 BGB) und Leistungsfähigkeit (§ 1603 BGB) gegeben sind. Bedürftig ist, wer außerstande ist, sich selbst zu unterhalten, wobei Eltern gegenüber ihren minderjährigen Kindern eine erhöhte Unterhaltspflicht haben (§ 1602 Abs. 2 BGB). Im Regelfall bedarf es keiner besonderen Prüfung, ob das Kind außerstande ist, sich selbst zu unterhalten, weil Kindergeld typischerweise nur für Kinder gezahlt wird, die noch auf Unterhaltsleistungen ihrer Eltern angewiesen sind. Leistungsfähigkeit beim Kindergeldberechtigten ist nur dann gegeben, wenn der eigene angemessene Bedarf nicht gefährdet wird (§ 1603 Abs. 1 BGB; zur Einschränkung gegenüber Kindern bis

zur Vollendung des 21. Lebensjahrs s. § 1603 Abs. 2). Nach Abs. 1 Satz 3 kommt auch bei Leistungsunfähigkeit eine Auszahlung an Kinder in Betracht (s. Anm. 11).

Höhe des Unterhaltsanspruchs: Das Maß des zu gewährenden Unterhalts bestimmt sich nach der Lebensstellung des Bedürftigen (§ 1610 Abs. 1 BGB). Der Unterhalt umfasst den gesamten Lebensbedarf des Kindes einschließlich der Kosten einer Berufsausbildung und der Erziehung (§ 1610 Abs. 2 BGB; zur Zweitausbildung s. BFH v. 16.4.2002 – VIII R 50/01, BStBl. II 2002, 575; BRUDERMÜLLER in PALANDT, BGB, 70. Aufl. 2011, § 1610 BGB Rn. 27; s. Anm. 8). Die Art der Unterhaltsgewährung können die Eltern für ein unverheiratetes (auch erwachsenes) Kind nach § 1612 Abs. 2 Satz 1 BGB bestimmen. Aus besonderen Gründen kann das Familiengericht auf Antrag des Kindes die Bestimmung allerdings ändern (BRUDERMÜLLER in PALANDT, 70. Aufl. 2011, § 1612 BGB Rn. 18).

Für die Feststellung, ob der Kindergeldberechtigte seiner Unterhaltspflicht nicht nachgekommen ist (s. Anm. 8), ist der angemessene Unterhalt iSd. § 1610 BGB festzustellen. Maßgeblich ist insoweit zunächst, falls vorhanden, eine vertragliche Unterhaltsregelung zwischen dem Kindergeldberechtigten und dem Kind (BRUDERMÜLLER in PALANDT, BGB, 70. Aufl. 2011, Vor § 1601 BGB Rn. 22), wobei eine über den ges. Unterhaltsanspruch hinausgehende Individualvereinbarung in einem Scheidungsfolgeverfahren aber nicht maßgeblich ist (BFH v. 6.6.2006 – III B 202/05, BFH/NV 2006, 1653). Ansonsten können grds. die von der Zivilspr. entwickelten Orientierungshilfen wie die sog. Düsseldorfer Tabelle zur Anwendung kommen (s. BRUDERMÜLLER in PALANDT, BGB, 70. Aufl. 2011, Vor § 1601 BGB Rn. 11 ff.). Unter den Voraussetzungen des § 1612a BGB kann für die Bestimmung des Unterhaltsbedarfs auch der am Kinderfreibetrag des § 32 Abs. 6 Satz 1 orientierte Mindestunterhalt maßgeblich sein (s. dazu BRUDERMÜLLER in PALANDT, BGB, 70. Aufl. 2011, § 1612a BGB Rn. 1 ff.).

Die genannten Orientierungshilfen sind insbes. dann heranzuziehen, wenn kein rechtskräftiger Unterhaltstitel (Urteil, Vergleich, Anerkenntnis) vorliegt. In diesem Fall muss die Familienkasse die Unterhaltspflicht dem Grunde und der Höhe nach selbst ermitteln (FELIX in KSM, § 74 Rn. B 10). Liegt ein rechtskräftiger Unterhaltstitel vor, bestimmt ausschließlich dieser den Umfang der für Abs. 1 Satz 1 relevanten Unterhaltspflicht.

2. Der gesetzlichen Unterhaltspflicht nicht nachkommen

8

Der Kindergeldberechtigte muss seiner ges. Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind nicht nachkommen. Über die Dauer und den Umfang der Pflichtverletzung enthält Abs. 1 Satz 1 keine Aussage. Es ist davon auszugehen, dass grds. eine einmalige Nichtzahlung bzw. eine sonstige unerhebliche Pflichtverletzung nicht ausreicht; es muss sich vielmehr um eine andauernde Pflichtverletzung handeln (Tz. 74.1.2 Abs. 2 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030). Abzustellen ist darauf, ob in einzelnen Kalendermonaten die Unterhaltspflicht verletzt wurde, nicht ob über einen längeren Zeitraum im Durchschnitt zu wenig gezahlt wurde (FG München v. 12.12.2007 – 10 K 4917/06, EFG 2008, 698, rkr.) Nicht erforderlich ist, dass der Kindergeldberechtigte seine Unterhaltspflicht schuldhaft verletzt oder den Straftatbestand der Unterhaltspflichtverletzung (§ 170b StGB) erfüllt (BFH v. 23.02.2006 – III R 65/04, BStBl. II 2008, 753). Maßgebend ist allein der Tatbestand der Nichterfüllung. Unerheblich ist, ob der Kindergeldberechtigte seiner

Unterhaltspflicht ganz oder teilweise nicht nachkommt; dies kann allerdings im Rahmen der Ermessensausübung von Bedeutung sein (FELIX in KSM, § 74 Rn. B 12; zum Ermessen s. Anm. 13). Liegt ein Unterhaltstitel vor, kann von einer Unterhaltspflichtverletzung ausgegangen werden, wenn der Unterhaltsverpflichtete die Zahlungen nicht nachweist (HELMKE/BAUER, § 74 Rn. 7).

Der Elternteil, der ein minderjähriges unverheiratetes Kind betreut, kommt seiner Unterhaltspflicht idR durch Betreuung und Erziehung des Kindes nach (§ 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB). Leistet dieser Elternteil keinen Barunterhalt, kann eine Unterhaltspflichtverletzung nicht angenommen werden. Entsprechendes gilt, wenn Eltern eines erwachsenen, unverheirateten Kindes entsprechend § 1612 Abs. 2 BGB statt Barunterhalt Unterhalt in Form der Gewährung von Unterkunft, Verpflegung und Bekleidung leisten. Verlässt das Kind den Haushalt und zahlt der Kindergeldberechtigte weiterhin keinen Barunterhalt, verletzt er seine Unterhaltspflicht nicht, solange das Familiengericht nicht nach § 1612 Abs. 2 Satz 1 BGB eine andere Regelung trifft (s. im Einzelnen HELMKE/BAUER, § 74 Rn. 6 f.; BRUDERMÜLLER in PALANDT, BGB, 70. Aufl. 2011, § 1612 Rn. 11 ff.; BORN in MÜKO, § 1612 Rn. 30, 35–37; aA BFH v. 17.3.2006 – III B 135/05, BFH/NV 2006, 1285). Andererseits kann sich der Kindergeldberechtigte nicht darauf berufen, er habe dem Kind ein Zimmer im Elternhaus und Unterhalt innerhalb der Familie angeboten, wenn der Jugendhilfeträger aufgrund von Jugendhilfemaßnahmen nach §§ 41, 34, 39 SGB VIII dem Kind Unterkunft und Unterhalt außerhalb des Elternhauses gewährt. Denn dann ist er kraft Gesetzes verpflichtet, einen Kostenbeitrag zu den vom Jugendhilfeträger übernommenen Kosten zu leisten (§ 94 Abs. 3 SGB VIII) (BFH v. 15.7.2010 – III R 89/09, BFH/NV 2011, 121). Siehe im Übrigen auch § 32 Anm. 183 ff. zur wortgleichen Voraussetzung des § 32 Abs. 6 Satz 6 „seiner Unterhaltspflicht nachkommen“.

Analog anwendbar sind Abs. 1 Satz 1 und 3, wenn der leistungsfähige Kindergeldberechtigte im Hinblick auf eine Zweitausbildung nicht mehr unterhaltspflichtig, aber gleichwohl kindergeldberechtigt ist (§§ 62, 63 iVm. § 32 Abs. 4). Das Kindergeld kann auch dann an das Kind ausgezahlt werden (BFH v. 16.4.2002 – VIII R 50/01, BStBl. II 2002, 575).

9 3. Auszahlung an das Kind des Kindergeldberechtigten

Auszahlungsempfänger: Nach Abs. 1 Satz 1 kommt als Auszahlungsempfänger nur das Zahl- oder Zählkind des Kindergeldberechtigten, für das das Kindergeld festgesetzt worden ist, in Betracht. Die Vorschrift stellt (uE überflüssigerweise) klar, dass für die Abzweigung nur das Kindergeld nach § 66 Abs. 1 in Betracht kommt. Die Auszahlung an eine dritte Person oder Stelle ist unter den Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 4 (s. Anm. 12) möglich.

In der Praxis betrifft die Regelung überwiegend Kinder, die den elterlichen Haushalt verlassen haben oder die bei dem anderen Elternteil leben und beim Berechtigten einen Zählkindvorteil auslösen (HELMKE/BAUER, § 74 Rn. 18). Eine Auszahlung an das Kind soll nach Auffassung der Verw. nur möglich sein, wenn das Kind volljährig ist und für sich selbst sorgt (Tz. 74.1.3 Abs. 1 Satz 3 DA-FamEStG, BStBl. I 2009, 1030; uE zweifelhaft; s. Anm. 13).

Das für ein Kind festgesetzte Kindergeld kann an das Kind ausgezahlt werden. Die Abzweigung kommt nur für ein Kind des Berechtigten in Betracht, das nach § 63 berücksichtigt werden kann und für das Kindergeld tatsächlich festgesetzt worden ist. Es ist allerdings nicht erforderlich, dass das Kindergeld tat-

sächlich an den Berechtigten ausgezahlt wird. Auch ein Zahlkind ist ebenso wie das Zahlkind abzweigungsberechtigt.

► *Kindergeld nach § 66 Abs. 1*: Entgegen dem insoweit missverständlichen Wortlaut regelt Abs. 1 Satz 1 nicht die Höhe des Auszahlungsbetrags bei Abzweigung zugunsten von Zahlkindern. Insoweit gilt auch für Zahlkinder die Sonderregelung des Abs. 1 Satz 2 (glA Thür. FG v. 5.6.2002 – III 1017/01, EFG 2002, 1462, rkr.; SEEWALD/FELIX, § 74 Rn. 28 ff.; s. Anm. 10).

III. Höhe des Auszahlungsbetrags an Kinder (Abs. 1 Satz 2)

10

Nach Abs. 1 Satz 2 kann Kindergeld an Kinder, die bei der Festsetzung des Kindergelds berücksichtigt werden, bis zu dem auf diese Kinder entfallenden Anteil iSd. § 76 ausgezahlt werden. Kinder, die bei der Festsetzung des Kindergelds berücksichtigt werden, sind Zahl- und Zahlkinder (s. Anm. 9). Abs. 1 Satz 2 enthält für diese Kinder eine Sonderregelung im Hinblick auf die Höhe des abzweigenden Kindergelds, wenn mehrere Zahl- bzw. Zahlkinder vorhanden sind. Die Obergrenze des auszahlenden Betrags wird somit für diesen Personenkreis nicht durch den Mindestbehalt des Kindergeldberechtigten bestimmt, sondern durch die Grenzen nach § 76. Abs. 1 Satz 2 gilt für die Abzweigung nach Abs. 1 Satz 1 und Satz 4.

Entsprechende Anwendung des § 76: Die Abzweigung an Zahlkinder ist bis zu dem Betrag möglich, der bei gleichmäßiger Verteilung des Kindergelds auf jedes Zahlkind entfällt (§ 76 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1). Ist das Kindergeld durch die Berücksichtigung eines Zahlkinds erhöht, kann auch der anteilige Zahlkindvorteil nach § 76 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ausgezahlt werden. An Zahlkinder kann lediglich dieser anteilige Zahlkindvorteil ausgezahlt werden (wegen der Einzelheiten s. § 76 Anm. 8 ff.; Tz. 76.3 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030).

IV. Mangels Leistungsfähigkeit nicht unterhaltspflichtig (Abs. 1 Satz 3)

11

Auch wenn der Kindergeldberechtigte mangels Leistungsfähigkeit nicht unterhaltspflichtig ist oder nur Unterhalt in Höhe eines Betrags zu leisten braucht, der geringer ist als das für die Auszahlung in Betracht kommende Kindergeld, kommt eine Abzweigung nach Maßgabe des § 76 (s. Abs. 1 Satz 2; Anm. 10) an Kinder in Betracht. Abs. 1 Satz 3 enthält insoweit eine Ausnahmenvorschrift zu Abs. 1 Satz 1. Ansonsten wäre in diesem Fall eine Abzweigung nicht möglich, da keine Unterhaltspflichtverletzung iSd. Abs. 1 Satz 1 gegeben ist. Unter den Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 3 ist auch eine Abzweigung an sonstige Dritte gem. Abs. 1 Satz 4 möglich. Zur analogen Anwendung des Abs. 1 Satz 1 bzw. 3 s. Anm. 8.

Nicht unterhaltspflichtig iSd. Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 ist, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines angemessenen Unterhalts dem Kind, für das Kindergeld festgesetzt worden ist, Unterhalt zu gewähren (§ 1603 Abs. 1 BGB). Abs. 1 Satz 3 betrifft ausschließlich die Barunterhaltsverpflichtung iSd. § 1612 Abs. 1 Satz 1 BGB (zur Feststellung s. Anm. 7). Zu beachten ist, dass der Elternteil, der ein minderjähriges, unverheiratetes Kind betreut, dadurch grds. seiner Unterhaltspflicht genügt (§ 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB). Darüber hinaus sind die Eltern gem. § 1612 Abs. 2 Satz 1 BGB zur Gewährung von Naturalunterhalt auch gegenüber erwachsenen,

unverheirateten Kindern berechtigt (s. dazu Anm. 7). Leistet der Kindergeldberechtigte in dieser Form Unterhalt, kommt auch nach Abs. 1 Satz 3 eine Abzweigung weder an das Kind (Abs. 1 Satz 1) noch an den nicht kindergeldberechtigten anderen Elternteil (Abs. 1 Satz 3), der möglicherweise barunterhaltspflichtig ist, in Betracht (glA HELMKE/BAUER, § 74 Rn. 14 ff.).

Die Unterhaltsleistungen sind iSd. Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 geringer als das Kindergeld, wenn der Kindergeldberechtigte seine Unterhaltspflicht mit einem (Bar-)Betrag erfüllt, der geringer ist als das auf das Kind entfallende Kindergeld ist. Die Familienkasse muss in diesem Fall die Höhe des geschuldeten Barunterhalts feststellen (s. Anm. 7). Ist dieser geringer als der Betrag, der sich bei entsprechender Anwendung des § 76 ergibt (Abs. 1 Satz 2; s. Anm. 10), kommt eine Abzweigung in Betracht. Leistet der Kindergeldberechtigte nicht einmal diesen Unterhaltsbetrag, richtet sich die Abzweigung bereits nach Abs. 1 Satz 1.

12

V. Auszahlung an sonstige Dritte (Abs. 1 Satz 4)

Nach Abs. 1 Satz 4 kann die Auszahlung auch an die Person oder Stelle erfolgen, die neben dem Berechtigten oder an dessen Stelle dem Kind Unterhalt gewährt. Hierdurch sollen auch öffentliche oder private Einrichtungen, die im Hinblick auf die Unterhaltspflicht an die Stelle des Kindergeldberechtigten treten, durch die Auszahlung des Kindergelds einen gewissen finanziellen Ausgleich erlangen können (FELIX in KSM, § 74 Rn. B 17).

Unterhalt gewähren bedeutet die tatsächliche Sicherstellung des Unterhalts iSd. § 1610 Abs. 2 BGB des Kindes, wobei es nicht auf den Rechtsgrund der Unterhaltsgewährung ankommt. Voraussetzung ist aber, dass der Kindergeldberechtigte gem. Abs. 1 Satz 1 seiner Unterhaltspflicht nicht nachkommt bzw. gem. Abs. 1 Satz 3 mangels Leistungsfähigkeit eine solche nicht besteht (BFH v. 25.5.2004 – VIII R 21/03, BFH/NV 2005, 171, s. dazu Anm. 11). Abs. 1 Satz 4 setzt allerdings eine bestimmte Höhe der Unterhaltsleistung nicht voraus (zum Ermessen s. Anm. 13). Die Sonderregelung des Abs. 1 Satz 2 gilt auch bei Auszahlung des Kindergelds an andere Personen und Stellen. Zugunsten von Zahl- oder Zählkindern kann deshalb Kindergeld bis zu dem auf diese Kinder entfallenden Anteil iSd. § 76 an den Dritten ausgezahlt werden (Tz. 74.1.5 Abs. 1 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030).

Die Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 1 bzw. 3 müssen zur Überzeugung der Familienkasse feststehen. Deshalb reicht die allgemeine Behauptung eines Sozialhilfeträgers, die Eltern kämen ihrer ges. Unterhaltspflicht nicht nach, allein nicht aus. Der Lebensbedarf eines behinderten Kindes besteht aus dem allgemeinen Lebensbedarf (Grundbedarf) in Höhe des Existenzminimums eines Erwachsenen und dem individuellen behinderungsbedingten Mehrbedarf, der auch ergänzende persönliche Betreuungsleistungen der Eltern und Fahrtkosten umfasst. Es wird typisierend davon ausgegangen, dass Unterhaltsaufwand für das Kind entsteht, wenn dessen eigene finanzielle Mittel nicht seinen gesamten Lebensbedarf abdecken (BFH v. 9.2.2009 – III R 37/07, BStBl. II 2009, 928). Der sich daraus ergebenden umfassenden Unterhaltspflicht kommen die Eltern idR nicht nach, weil ein Sozialleistungsträger Leistungen erbringt und Unterhaltsansprüche auf diesen nach § 94 Abs. 2 Satz 1 SGB XII nur eingeschränkt übergehen oder weil die Eltern mangels Leistungsfähigkeit nicht unterhaltspflichtig sind. Es liegen daher die Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 1 oder Satz 3 vor (BFH v. 17.12.2008 – III R 6/07, BStBl. II 2009, 926, für den Fall der Grundsicherungsleistungen nach

§ 41 ff. SGB XII für ein volljähriges behindertes Kind). Entscheidend für die Abzweigung ist daher, ob und in welcher Höhe die Eltern Aufwendungen für den Grund- und den behinderungsbedingten Mehrbedarf des Kindes tatsächlich getragen haben. Die Aufwendungen sind glaubhaft zu machen. Dabei sind auch im Verhältnis zu den Kosten des Sozialleistungsträgers geringe Aufwendungen für das Kind mit einzubeziehen, nicht aber fiktive Kosten für die Betreuung des Kindes.

Person oder Stelle:

► *Jede natürliche Person*, die nicht selbst nach §§ 62, 63 kindergeldberechtigt ist, kommt als Abzweigungsempfänger in Betracht. Das können Verwandte, Freunde oder Bekannte sein. Dritter kann auch der andere Elternteil sein, der dem Kind Unterhalt gewährt. Hat der andere Elternteil dagegen das Kind in seiner Obhut oder zahlt er ihm eine höhere Unterhaltsrente, so kommt nach Tz. 74.1.3. Abs. 2 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030 keine Abzweigung in Betracht; vielmehr ist das Kindergeld nach Feststellung des Vorrangs gem. § 64 Abs. 2, Abs. 3 an diesen Elternteil auszuführen (aA FELIX in KSM, § 74 Rn. B 22).

► *Abzweigungsbegünstigte Stellen* sind vor allem Freie Wohlfahrtsverbände und Jugend- oder Sozialhilfeträger. Unerheblich ist die Rechtsform, in der die Einrichtung betrieben wird (FELIX in KSM, § 74 Rn. B 19). Zur Unterscheidung zwischen der Abzweigung nach Abs. 1 Satz 4 und dem Erstattungsanspruch nach Abs. 2 s. BFH v. 30.1.2001 – VI B 272/99, BFH/NV 2001, 898; zur Klagebefugnis s. Anm. 14.

Zur Antragstellung s. Anm. 14.

VI. Ermessen zur Abzweigung

13

Eine Abzweigung nach Abs. 1 steht im pflichtgemäßen Ermessen der Familienkasse, denn nicht jede Verletzung der Unterhaltungspflicht nach Dauer oder Umfang wiegt so schwer, dass sie eine vollständige oder teilweise Auszahlung des Kindergelds unmittelbar an die Unterhaltsberechtigten bzw. den Dritten iSd. Abs. 1 Satz 4 rechtfertigt. Für die Ausübung des Ermessens sind vor allem die Dauer und der Umfang der unterbliebenen Unterhaltsleistung und die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten maßgebend (FELIX in KSM, § 74 Rn. B 29). Die durch das Kindergeld bezweckte stl. Freistellung eines Einkommensbetrages in Höhe des Existenzminimums eines Kindes ist zu beachten, so dass auch geringe regelmäßige Unterhaltszahlungen zu berücksichtigen sind (BFH v. 17.11.2004 – VIII R 30/04, BFH/NV 2005, 692). Im Rahmen des Abs. 1 Satz 4 ist die Höhe des gewährten Unterhalts von besonderer Bedeutung (s. dazu Anm. 12). Wird rückwirkend Kindergeld festgesetzt, weil der Kindergeldberechtigte zB nach gerichtlicher Verurteilung rückwirkend Unterhalt geleistet hat, ist bei der Ermessensentscheidung über den ebenfalls rückwirkend gestellten Abzweigungsantrag auch der nachträglich geleistete Unterhalt zu berücksichtigen (BFH v. 26.8.2010 – III R 16/08, BFH/NV 2011, 668). Nach Auffassung der Verw. soll an das Kind (Abs. 1 Satz 1) nur ausgezahlt werden, wenn es volljährig ist und für sich selbst sorgt (Tz. 74.1.3 Abs. 1 Satz 3 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030; uE fraglich).

Erbringt ein Sozialleistungsträger Unterhaltsleistungen für ein nicht in den Haushalt des Berechtigten aufgenommenes Kind (zB bei vollstationärer Unterbringung eines behinderten Kindes oder bei Jugendhilfe in Form der Heimerziehung) ist wie folgt zu differenzieren: Trägt der Kindergeldberechtigte Aufwen-

dungen mindestens in Höhe des Kindergeldes, ist eine Abzweigung an den Sozialleistungsträger ermessensfehlerhaft. Sind die Aufwendungen geringer, kommt eine teilweise Abzweigung in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen dem anteiligen Kindergeld und den tatsächlichen Unterhaltsleistungen in Betracht. Lässt sich die Höhe der tatsächlich erbrachten Unterhaltsleistungen auch nicht durch Schätzung ermitteln, kann das hälftige anteilige Kindergeld abgezweigt werden. Hat der Kindergeldberechtigte keine Unterhaltsaufwendungen getragen (insbes. auch keine Kosten für Besuchsfahrten) kann das anteilige Kindergeld in voller Höhe abgezweigt werden (s. hierzu BFH v. 9.2.2009 – III R 37/07, BStBl. II 2009, 928; v. 25.9.2008 – III R 16/06, BFH/NV 2009, 164; v. 23.2.2006 – III R 65/04, BStBl. II 2008, 753; Tz. 74.1.2 Abs. 3 und 4, Tz. 74.1.5 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030).

Ist das Kind in den Haushalt des Berechtigten aufgenommen, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, dass vom Berechtigten Unterhaltsleistungen erbracht wurden, die den Betrag des anteiligen Kindergelds übersteigen; eine Abzweigung scheidet daher in der Regel aus (Tz. 74.1.2 Abs. 2 DAFamEStG, BStBl. I 2011, 716 [728]). Die nach § 102 FGO nur eingeschränkt überprüfbare Ermessensentscheidung betrifft die Frage, ob und in welcher Höhe eine Abzweigung erfolgt. Die Feststellung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Abs. 1 unterliegt dagegen der vollen richterlichen Kontrolle. Das gilt insbes. für die Feststellung, ob der Kindergeldberechtigte seine Unterhaltspflichten nicht erfüllt hat (s. dazu FG Brandenb. v. 19.6.2002 – 6 K 981/01, EFG 2002, 1315, rkr.). Nach § 102 Satz 2 FGO kann die Familienkasse ihre Ermessenserwägungen bis zum Abschluss des Verfahrens vor dem FG ergänzen, nicht jedoch erstmals eine Ermessensentscheidung ausüben (BFH v. 25.5.2004 – VIII R 21/03, BFH/NV 2005, 171).

VII. Verfahrensfragen

Keine Antragstellung: Nach Abs. 1 ist eine Antragstellung durch die Person, der die Auszahlung zugute kommen soll, nicht erforderlich (aA die Verw. Tz. 74.1.1. Abs. 3 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030). Daher kann die Familienkasse eine entsprechende Auszahlungsanordnung auch von Amts wegen erlassen, wenn sie Kenntnis von der Unterhaltspflichtverletzung erhält. In der Praxis wird meist ein Antrag bzw. eine Anregung des Begünstigten (Kind, Dritter) vorliegen. Ein Verfahren nach Abs. 1 kommt auch dann in Betracht, wenn der Kindergeldberechtigte keinen Kindergeldantrag gestellt hat. Zwar ersetzt eine Anregung an die Familienkasse, das Kindergeld an einen Dritten iSd. Abs. 1 zu zahlen, keinen Antrag nach § 67. Nach § 67 Satz 2 kann den Antrag auf Kindergeld außer dem Berechtigten aber auch stellen, wer ein berechtigtes Interesse an der Leistung des Kindergelds hat. Die in Abs. 1 genannten Begünstigten haben idS ein berechtigtes Interesse an der Stellung des Kindergeldantrags. Deshalb können sie auch den nach § 67 notwendigen Antrag stellen und gleichzeitig die Auszahlung nach Abs. 1 beantragen bzw. anregen (BFH v. 26.1.2001 – VI B 310/00, BFH/NV 2001, 896).

Der Antragsteller muss im Einzelnen darlegen, dass die Voraussetzungen für die Abzweigung erfüllt sind, insbes. dass der Berechtigte seiner Unterhaltsverpflichtung nicht nachkommt bzw. keinen Unterhalt zahlt (Tz. 74.1.1 Abs. 3 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030).

Entscheidung durch die Familienkasse: Die Familienkasse entscheidet über die Auszahlung nach Abs. 1 durch Verwaltungsakt iSd. § 118 AO. Dieser hat begünstigenden (Empfänger nach Abs. 1) und belastenden (Kindergeldberechtigter) Charakter. Doppelwirkung idS hat auch die Aufhebung der Auszahlungsanordnung (begünstigend gegenüber dem Kindergeldberechtigten, belastend gegenüber dem Empfänger nach Abs. 1; FELIX in KSM, § 74 Rn. B 38). Auf die Änderung der Abzweigungsentscheidung sind die §§ 129 ff. AO anzuwenden (Tz. 74.1.1 Abs. 3 Satz 9 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030; FG Münster v. 16.12.2005 – 11 K 354/04 Kg, EFG 2008, 922, rkr.).

► *Bedeutung der Entscheidung:* Durch eine Abzweigung wird lediglich eine andere Person oder Stelle als der Kindergeldberechtigte Zahlungsempfänger; Inhaber des Anspruchs auf Kindergeld bleibt weiterhin der Berechtigte. Die Abzweigung steht daher einer Aufrechnung des Kindergeldanspruchs mit einem Rückzahlungsanspruch nach § 75 nicht entgegen. Eine Abzweigung kann allerdings nur erfolgen, soweit über den Anspruch auf Kindergeld noch verfügt werden kann. Das ist nicht mehr der Fall, wenn der Kindergeldanspruch bereits durch Auszahlung erfüllt wurde (BFH v. 26.8.2010 – III R 21/08, BFH/NV 2011, 474), mit dem Anspruch auf Kindergeld aufgerechnet worden oder das Kindergeld abgetreten, verpfändet oder gepfändet (§ 76) worden ist (Tz. 74.1.1 Abs. 2 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030).

► *Wird eine Kindergeldfestsetzung aufgehoben,* entfällt damit auch die Wirkung der Abzweigung, ohne dass diese eigens aufgehoben werden muss. Zur Erstattung des überzahlten Kindergelds ist nur der Abzweigungsempfänger und nicht der Kindergeldberechtigte gem. § 37 Abs. 2 Satz 1 AO verpflichtet. § 37 Abs. 2 Satz 3 ist auch nicht entsprechend anwendbar (BFH v. 24.8.2001 – VI R 83/99, BStBl. II 2002, 47).

Vor Erl. des Verwaltungsakts sind die Beteiligten nach § 91 AO zu hören, dh., die Familienkasse muss sowohl dem in Betracht kommenden Auszahlungsbegünstigten als auch dem Kindergeldberechtigten Gelegenheit geben, sich zu den für die Entsch. erheblichen Tatsachen zu äußern (wegen der Einzelheiten s. Tz. 74.1.1 Abs. 3, 74.1.4 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030). Das Gleiche gilt bei der Änderung oder Aufhebung einer bereits getroffenen Auszahlungsanordnung (FELIX in KSM, § 74 Rn. B 37).

Rechtsmittel: Der Kindergeldberechtigte kann gegen die Auszahlungsanordnung Einspruch einlegen (§ 347 AO). Lehnt die Familienkasse den Erl. einer Auszahlungsanordnung ganz ab oder erlässt sie die Anordnung in einer geringeren als der beantragten Höhe, so kann auch die Person Rechtsmittel einlegen, die die Auszahlung iSd. Abs. 1 begehrt. Das gilt zudem, wenn die Auszahlungsanordnung aufgehoben wird und das Kindergeld wieder dem Kindergeldberechtigten zufließen soll. Die von der Entsch. der Familienkasse betroffenen Personen sind zum Verfahren hinzuzuziehen bzw. notwendig beizuladen (§ 360 AO und § 60 Abs. 3 FGO; BFH v. 30.10.2008 – III R 105/07, BFH/NV 2009, 193; v. 20.8.2007 – III B 194/06, BFH/NV 2007, 2314). Dies gilt auch, wenn der Abzweigungsempfänger an sich unzuständig ist (BFH v. 20.8.2007 – III B 194/06, BFH/NV 2007, 2314). Hebt die Familienkasse die Kindergeldberechtigung (gegenüber dem Berechtigten) auf, ist der Sozialleistungsträger klagebefugt (BFH v. 12.1.2001 – VI R 181/97, BStBl. II 2001, 443; v. 20.6.2001 – VI R 169/97, BFH/NV 2001, 1443). Eine unterbliebene Beiladung kann im Revisionsverfahren nach § 123 Abs. 1 Satz 2 FGO nachgeholt werden.

Einstweilen frei.

15

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Erstattungsansprüche der Träger von Sozial-
leistungen**

Vorbemerkung: Nach Abs. 2 gelten die §§ 102–109 und 111–113 SGB X für Erstattungsansprüche der Träger von Sozialleistungen gegen die Familienkasse entsprechend. Durch diese Regelung soll sichergestellt werden, dass die genannten Bestimmungen des SGB X auch nach der Systemumstellung (s. dazu vor § 62 Anm. 6) weiterhin für das Kindergeld anwendbar bleiben (BTDrucks. 13/1558, 162). Die Vorschrift hat daher insoweit klarstellenden Charakter und betrifft nicht unmittelbar das Kindergeld als Teil des Familienleistungsausgleichs.

Abgrenzungsfragen: Die Abzweigung nach Abs. 1 Satz 4 und der Erstattungsanspruch nach Abs. 2 (früher Abs. 3 bzw. 5, s. Anm. 2) sind Rechtsinstitute, die sich nicht ausschließen, sondern nebeneinander bestehen. Die Abzweigung nach Abs. 1 Satz 4 unterscheidet sich in Voraussetzungen und Rechtsfolgen von dem Erstattungsanspruch (BFH v. 30.1.2001 – VI B 272/99, BFH/NV 2001, 898). Beim Zusammentreffen eines Erstattungsanspruchs mit einem Antrag auf Abzweigung hat der Erstattungsanspruch Vorrang (Tz. 74.2.3 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030). Ist im finanzgerichtlichen Verfahren über die Abzweigung nach Abs. 1 Satz 4 zu entscheiden, kann der Sozialleistungsträger nicht einwenden, die Familienkasse sei wegen eines Erstattungsanspruchs nach Abs. 2 ebenso zahlungsverpflichtet, wie sie es bei einer rechtmäßigen Abzweigung wäre, da Verfahrensgegenstand nur die Abzweigungsentscheidung ist (BFH v. 13.8.2007 – III B 51/07, BFH/NV 2007, 2276). Dem Erstattungsanspruch eines Sozialhilfeträgers kommt gem. § 113 SGB XII auch dann der Vorrang zu, wenn er mit einer Abtretung, Verpfändung oder Pfändung zusammentrifft. Bereits getroffene anderweitige Verfügungen werden mit der Geltendmachung eines Erstattungsanspruchs gegenstandslos. Eine Aufrechnung durch die Familienkasse hat grds. Vorrang vor Forderungen Dritter, es sei denn, dass zum Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung bereits ein Erstattungsanspruch schriftlich bei der Familienkasse geltend gemacht wurde (Tz. 73.2.3 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030; zu den Grenzen der Aufrechnung s. aber BFH v. 7.4.2011 – III R 88/09, BFH/NV 2011, 1362). Ein Erstattungsanspruch ist ausgeschlossen, wenn die Familienkasse das Kindergeld bereits ausgezahlt hat, bevor sie von dem Anspruch Kenntnis erlangt (s. § 104 Abs. 1 Satz 1 SGB X).

Verfahrensfragen: Die Familienkasse hat den Erstattungsanspruch in eigener Zuständigkeit zu prüfen (s. dazu Tz. 74.2.1 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030). Wenn dieser objektiv besteht, hat sie ihn gegenüber dem Sozialleistungsträger zu erfüllen. Sieht sie den Anspruch nicht als gegeben an, teilt sie dies dem Sozialleistungsträger formlos mit. Diese Mitteilung stellt keinen VA dar (HELMKE/BAUER, § 74 Rn. 32). Dem Sozialleistungsträger steht der Klageweg offen. Die Klage, mit der er seinen Erstattungsanspruch geltend macht, ist eine ohne Vorverfahren zulässige allgemeine Leistungsklage iSd. § 40 Abs. 1 FGO (BFH v. 26.1.2006 – III R 89/03, BStBl. II 2006, 544). Der Finanzrechtsweg ist gegeben (BFH v. 14.5.2002 – VIII R 88/01, BFH/NV 2002, 1156; zur Klagebefugnis des Sozialleistungsträgers gegen die Kindergeldfestsetzung bzw. deren Aufhebung s. Anm. 14). Die Familienkasse kann gegenüber dem Erstattungsanspruch einwenden, dass die Festsetzung von Kindergeld bestandskräftig abgelehnt worden sei.

Denn im Erstattungsverfahren besteht jedenfalls dann eine Bindung an diese bestandskräftige Entscheidung, wenn diese nicht offensichtlich fehlerhaft ist (BFH v. 14.5.2002 – VIII R 88/01, BFH/NV 2002, 1156; v. 19.1.2006 – III R 62/05, juris). Die Einspruchs- und Klagebefugnis des Kindergeldberechtigten wird durch das Vorliegen einer Erstattung nicht berührt (Pust in LBP, § 74 Rn. 107). Klagt der Sozialleistungsträger gegen einen die Kindergeldfestsetzung aufhebenden Bescheid, so ist der bisher Kindergeldberechtigte notwendig beizuladen (BFH v. 12.1.2001 – VI R 49/98, BStBl. II 2001, 246). Im Verfahren des Kindergeldberechtigten gegen die Familienkasse ist der Sozialleistungsträger notwendig beizuladen, wenn die Familienkasse vom Berechtigten Kindergeld mit der Begründung, es sei doppelt gezahlt worden (an den Berechtigten und den Sozialleistungsträger), zurückfordert (BFH v. 15.2.2007 – III R 37/05, BFH/NV 2007, 1160) oder wenn die Familienkasse mittels Abrechnungsbescheid erklärt, dass der Anspruch durch die Erstattung erfüllt ist (BFH v. 16.1.2007 – III R 33/05, BFH/NV 2007, 720).

In §§ 102f. SGB X sind die Erstattungsansprüche der Sozialleistungen erbringenden Leistungsträger geregelt. Dazu zählen vor allem die Erstattungsansprüche der Sozial- und Jugendhilfeträger (Tz. 74.2.1 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030) und der Träger der Kriegsopferversorgung (Tz. 74.2.2 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030).

Nach Abs. 2 gelten für Erstattungsansprüche der Träger von Sozialleistungen gegen die Familienkasse die Vorschriften über Erstattungsansprüche der Leistungsträger untereinander (§§ 102–109 und §§ 111–113 SGB X) entsprechend. Die Familienkasse wird demnach im Rahmen des Abs. 2 bei der entsprechenden Anwendung der Erstattungsvorschriften wie ein Sozialhilfeträger behandelt (HELMKE/BAUER, § 74 Rn. 31). Deshalb scheidet ein Anspruch eines Sozialhilfeträgers auf Erstattung aus übergeleitetem Recht nach § 93 SGB XII aus, da insoweit nur Ansprüche gegen einen anderen, der kein Leistungsträger iSd. § 12 SGB I ist, erfasst werden (FG Brandenb. v. 19.6.2002 – 6 K 981/01, EFG 2002, 1315, rkr.). Von praktischer Bedeutung sind im Wesentlichen nur die in § 104 SGB X geregelten Erstattungsansprüche (zu §§ 102, 103, 105 s. HELMKE/BAUER, § 74 Rn. 35 ff., 43).

Erstattungsansprüche nach § 104 SGB X: § 104 Abs. 1 und 2 SGB X lauten:

(1) Hat ein nachrangig verpflichteter Leistungsträger Sozialleistungen erbracht, ohne dass die Voraussetzungen von § 103 Abs. 1 vorliegen, ist der Leistungsträger erstattungspflichtig, gegen den der Berechtigte vorrangig einen Anspruch hat oder hatte, soweit der Leistungsträger nicht bereits selbst geleistet hat, bevor er von der Leistung des anderen Leistungsträgers Kenntnis erlangt hat. Nachrangig verpflichtet ist ein Leistungsträger, soweit dieser bei rechtzeitiger Erfüllung der Leistungsverpflichtung eines anderen Leistungsträgers selbst nicht zur Leistung verpflichtet gewesen wäre. Ein Erstattungsanspruch besteht nicht, soweit der nachrangige Leistungsträger seine Leistungen auch bei Leistung des vorrangig verpflichteten Leistungsträgers hätte erbringen müssen. Satz 1 gilt entsprechend, wenn von den Trägern der Sozialhilfe, der Kriegsopferfürsorge und der Jugendhilfe Aufwändungsersatz geltend gemacht oder ein Kostenbeitrag erhoben werden kann; Satz 3 gilt in diesen Fällen nicht.

(2) Abs. 1 gilt auch dann, wenn von einem nachrangig verpflichteten Leistungsträger für einen Angehörigen Sozialleistungen erbracht worden sind, und ein anderer mit Rücksicht auf diesen Angehörigen einen Anspruch auf Sozialleistungen, auch auf besonders bezeichnete Leistungsteile, gegenüber einem vorrangig verpflichteten Leistungsträger hat oder hatte.

Der Erstattungsanspruch nach § 104 Abs. 1 Satz 1 SGB X kommt in Betracht, wenn der Sozialleistungsträger Leistungen ohne Anrechnung des Kinder-

gelds erbracht hat. Voraussetzung ist, dass vom Erstattungsberechtigten eine gleichzeitige, gleichartige und nachrangige Leistung erbracht wurde. §§ 102 ff. SGB X selbst haben insoweit nur rechtstechnischen Charakter. Sie enthalten keine materiell-rechtliche Aussage über die Gleichartigkeit und Nachrangigkeit (BFH v. 17.4.2008 – III R 33/05, BStBl. II 2009, 919).

► *Gleichzeitigkeit* liegt vor, wenn die Sozialleistung für den gleichen Zeitraum wie das Kindergeld erbracht wurde.

► *Gleichartigkeit* ist gegeben, wenn die Sozialleistung demselben Zweck dient wie das Kindergeld (BFH v. 7.12.2004 VIII R 59/04, BFH/NV 2005, 864; Tz. 74.2.1 Abs. 2 Satz 4 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030). Hiervon ist auszugehen, wenn die andere Leistung zur Deckung des allgemeinen Lebensbedarfs des Kindergeldberechtigten oder des Kindes bestimmt ist (HELMKE/BAUER, § 74 Rn. 38) Gleichartigkeit zum Kindergeld besteht zB gegenüber der Sozialhilfe als Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 8 Nr. 1, §§ 27 ff. SGB XII (BFH v. 14.5.2002 – VIII R 88/01, BFH/NV 2002, 1156), dem Arbeitslosengeld II nach §§ 19 SGB II, dem Sozialgeld nach § 28 SGB II und dem Kinderzuschuss nach § 33b BundesversorgungG (s. Tz. 74.2.2 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030). Allerdings beschr. sich die Gleichartigkeit auf den Teil des Kindergelds, der der Förderung der Familie dient (BFH v. 19.6.2008 – III R 89/07, BFH/NV 2008, 1995 mwN). *Keine Gleichartigkeit* zum Kindergeld besteht gegenüber der Eingliederungshilfe für behinderte Menschen nach § 8 Nr. 4, §§ 53 ff. SGB XII (BFH v. 7.12.2004 – VIII R 57/04, BFH/NV 2005, 862; Tz. 74.2.1 Abs. 2 Satz 5 ff. DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030), und den Leistungen der Jugendhilfe nach §§ 11 ff. SGB VIII (BFH v. 25.5.2004 – VIII R 21/03, BFH/NV 2005, 171; Tz. 74.2.1 Abs. 2 Satz 5 ff. DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030).

► *Nachrangigkeit* der Leistungen des Sozialleistungsträgers ist gegeben, soweit der Sozialleistungsträger bei rechtzeitiger Erfüllung der Leistungsverpflichtung der Familienkasse selbst nicht zur Leistung verpflichtet gewesen wäre (§ 104 Abs. 1 Satz 2 SGB X). Bei der Sozialhilfe ergibt sich die Nachrangigkeit aus § 82 Abs. 1 SGB XII, beim Arbeitslosengeld II aus § 11 Abs. 1 SGB II.

Hat die Familienkasse das Kindergeld an den Berechtigten oder einen Dritten ausgezahlt bevor sie vom Erstattungsanspruch Kenntnis erlangt hat, scheidet ein Erstattungsanspruch nach § 104 Abs. 1 Satz 1 SGB X aus (für den Fall des zu Unrecht ausgezahlten Kindergelds s. Tz. 74.2.4 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030).

Der Erstattungsanspruch nach § 104 Abs. 1 Satz 4 SGB X setzt weder Gleichartigkeit noch Nachrangigkeit voraus. Erstattungsgrund ist allein der Kostenbeitrags- bzw. Aufwendersersatzanspruch. Eine Erstattung setzt allerdings voraus, dass der Sozialleistungsträger diesen Anspruch gegenüber dem Kindergeldberechtigten durch VA festsetzt (BFH 25.5.2004 – VIII R 21/03, BFH/NV 2005, 171; Tz. 74.2.1 Abs. 3 Satz 2 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030). Der Erstattungsanspruch ist auf den Betrag begrenzt, der gegenüber dem Kindergeldberechtigten durch Bescheid als Kostenbeitrag festgesetzt worden ist (BFH v. 28.4.2010 – III R 43/08, BStBl. II 2010, 1014).

Der Erstattungsanspruch nach § 104 Abs. 2 SGB X kommt in Betracht, wenn nur ein Angehöriger, insbes. das Kind, die Sozialleistung nach § 104 Abs. 1 SGB X bezogen hat. Er ist kein Erstattungsanspruch eigener Art, sondern erweitert nur den Anspruch nach Abs. 1. Die Voraussetzungen des § 104 Abs. 1 Satz 1 oder 4 SGB X müssen daher zusätzlich vorliegen (BFH v. 19.6.2008 – III R 89/07, BFH/NV 2008, 1995).

Erfüllungsfiktion des § 107 SGB X: Soweit ein Erstattungsanspruch besteht, gilt der Kindergeldanspruch des Berechtigten gem. Abs. 2 iVm. § 107 SGB X als erfüllt. Diese Erfüllungsfiktion greift auch dann ein, wenn der Erstattungsanspruch des nachrangigen Sozialleistungsträgers wegen verspäteter Geltendmachung entsprechend § 111 SGB X (Ausschlussfrist von zwölf Monaten), § 113 SGB X (Verjährungsfrist von vier Jahren) ausgeschlossen bzw. verjährt ist (Tz. 74.2.1 Abs. 4 Satz 3 f. DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030).

Zur Verzinsung des Erstattungsanspruchs nach § 108 SGB X vgl. Tz. 74.2.3 Satz 6 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030.

Anteiliges Kindergeld: Hat nur eines von mehreren Kindern des Berechtigten Leistungen erhalten, so erfasst der Erstattungsanspruch nur das nach § 76 Satz 2 Nr. 1 ermittelte, anteilige Kindergeld für das Kind (BFH v. 28.4.2010 – III R 43/08, BStBl. II 2010, 1014; Tz. 74.2.1 Abs. 4 Satz 1 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030).

