

§ 75

Aufrechnung

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

(1) Mit Ansprüchen auf Rückzahlung von Kindergeld kann die Familienkasse gegen Ansprüche auf laufendes Kindergeld bis zu deren Hälfte aufrechnen, wenn der Leistungsberechtigte nicht nachweist, dass er dadurch hilfebedürftig im Sinne der Vorschriften des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch über die Hilfe zum Lebensunterhalt oder im Sinne der Vorschriften des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch über die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts wird.

(2) Absatz 1 gilt für die Aufrechnung eines Anspruchs auf Erstattung von Kindergeld gegen einen späteren Kindergeldanspruch eines mit dem Erstattungspflichtigen in Haushaltsgemeinschaft lebenden Berechtigten entsprechend, soweit es sich um laufendes Kindergeld für ein Kind handelt, das bei beiden berücksichtigt werden kann oder konnte.

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

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 75

	Anm.		Anm.
I. Grundinformation	1	III. Bedeutung des § 75	3
II. Rechtsentwicklung des § 75	2		

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Aufrechnungsbefugnis der Familienkasse mit Rückzahlungsansprüchen gegen laufendes Kindergeld

	Anm.		Anm.
I. Voraussetzungen der Aufrechnung durch die Familienkasse	4	III. Aufrechnungserklärung und Verfahrensfragen	6
II. Beschränkung und Ausschluss der Aufrechnung	5		

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Aufrechnung gegenüber einem mit dem Erstattungspflichtigen in Haushaltsgemeinschaft lebenden Berechtigten	7
---	---

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 75
--

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 § 75

Die Vorschrift regelt, unter welchen Voraussetzungen die Familienkasse Ansprüche auf Rückzahlung von Kindergeld im Aufrechnungswege gegen laufende Kindergeldzahlungen durchsetzen kann.

Abs. 1 bestimmt als Grenzen der Aufrechnung die Hälfte des Anspruchs auf laufendes Kindergeld und die ggf. vorher eintretende Hilfsbedürftigkeit iSd. SGB XII oder SGB II.

Abs. 2 erweitert die Aufrechnungsbefugnis auf Kindergeldansprüche jedes mit dem Erstattungspflichtigen in Haushaltsgemeinschaft lebenden anderen Kindergeldberechtigten.

2 II. Rechtsentwicklung des § 75

JStG 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.

FamFördG v. 22.12.1999 (BGBl. I 1999, 2552; BStBl. I 2000, 4): In Abs. 2 wurde die bisher nur gegenüber dem nicht getrennt lebenden Ehegatten bestehende Aufrechnungsmöglichkeit auf alle in Haushaltsgemeinschaft lebende Berechtigten erweitert.

4. Ges. über moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 24.12.2003 (BGBl. I 2003, 2954; BStBl. I 2004, 116): Die Unzulässigkeit der Aufrechnung wurde auf den Fall der Hilfsbedürftigkeit nach dem SGB II erweitert.

Ges. zur Einordnung des Sozialhilferechts in das SGB v. 27.12.2003 (BGBl. I 2004, 118): In Abs. 1 wird auf das SGB XII statt wie bisher auf das BSHG verwiesen.

JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28): Abs. 1 wurde redaktionell an die entsprechenden Vorschriften in § 12 BKGG iVm. § 51 SGB I angepasst.

III. Bedeutung des § 75

3

Die Regelung privilegiert die Familienkasse bei der Aufrechnung in zweifacher Weise. Allgemein bestimmt sich die Aufrechnung bei Steuervergütungsansprüchen nach §§ 387 ff. BGB, die über § 226 Abs. 1 AO sinnngemäße Anwendung finden, soweit nichts anderes (etwa in § 226 Abs. 2-4 AO) bestimmt ist (s. auch FELIX in KSM, § 75 Rn. A 4, LOOSE in TIPKE/KRUSE, AO/FGO, § 226 AO Rn. 8 f.). Wegen der grundsätzlichen Unpfändbarkeit des Anspruchs auf Kindergeld (§ 76) würde eine Aufrechnung gegen Ansprüche auf Kindergeld am Aufrechnungsverbot des § 394 BGB scheitern.

Abs. 1 durchbricht dieses Aufrechnungsverbot. Er stellt sicher, dass der bisherige sozialrechtliche Rechtszustand einer eng begrenzten Aufrechnungsbefugnis des Leistungsträgers (Familienkasse) beibehalten wird (so BTDrucks. 13/1558, 162). Die Vorschrift entspricht damit den sozialrechtlichen Parallelvorschriften des § 51 Abs. 2 SGB I und des § 12 BKGG.

Abs. 2 enthält eine Ausnahme zu dem sich aus § 387 BGB ergebenden Erfordernis der Wechselseitigkeit der Forderungen. Die Familienkasse kann eine Erstattungsforderung nicht nur gegenüber dem Erstattungspflichtigen selbst, sondern auch gegenüber einem anderen Kindergeldberechtigten aufrechnen, der mit dem Erstattungspflichtigen in Haushaltsgemeinschaft lebt.

Nicht anwendbar ist die Vorschrift dagegen, soweit die Familienkasse gegen andere Ansprüche des Erstattungspflichtigen (zB Besoldungs-, Versorgungs- und Lohnansprüche) aufrechnen will oder soweit andere Leistungsträger gegen den Anspruch auf Kindergeld aufrechnen wollen (Tz. 75.1 Abs. 5 DAFamEstG, BStBl. I 2009, 1030). Auch soweit der Kindergeldberechtigte seinerseits die Aufrechnung mit seinem Kindergeldanspruch erklären will, greifen nur die allgemeinen Bestimmungen der § 226 AO und §§ 387 ff. BGB.

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Aufrechnungsbefugnis der Familienkasse mit Rückzahlungsansprüchen gegen laufendes Kindergeld**

I. Voraussetzungen der Aufrechnung durch die Familienkasse

4

Grundvoraussetzung einer Aufrechnung ist, dass die Familienkasse (vgl. dazu § 70 Anm. 6) und der Kindergeldberechtigte wechselseitige Forderungen gegeneinander geltend machen können. Die Forderung der Familienkasse muss durchsetzbar, dh. insbesondere fällig sein. Die Forderung des Kindergeldberechtigten muss erfüllbar sein.

Wechselseitigkeit von Erstattungsforderung der Familienkasse und Kindergeldanspruch des Berechtigten: Da § 387 BGB für die Aufrechnung voraussetzt, dass „zwei Personen einander“ Leistungen schulden, muss jede Person Gläubiger und Schuldner sein (Personenidentität). Die aufrechnende Familienkasse muss Gläubigerin eines Rückforderungs- oder Erstattungsanspruchs von Kindergeld sein (sog. Gegenforderung). Der Schuldner dieser Erstattungsverpflichtung muss als Kindergeldberechtigter einen Anspruch auf Kindergeld gegen die aufrechnende Familienkasse haben (sog. Hauptforderung). Gläubigerin des Erstattungsanspruchs ist aber immer die für die Kindergeldzahlung zustän-

dige Familienkasse, unabhängig davon, ob die aufrechnende oder eine andere Familienkasse den Erstattungsanspruch festgesetzt oder den Rückzahlungsanspruch geltend gemacht hat. Dies folgt aus § 226 Abs. 4 AO.

Die Familienkasse bei den Arbeitsagenturen und die Familienkasse nach § 72 verwalten im Wege der Organleihe als Bundesfinanzbehörden der Bundesfinanzverwaltung das Kindergeld (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 FVG, § 6 Abs. 2 Nr. 6 AO), so dass zumindest aufgrund der Verwaltungshoheit des Bundes die Gläubigerfiktion des § 226 Abs. 4 AO gilt.

Dagegen muss der Erstattungspflichtige und der Kindergeldberechtigte zum Zeitpunkt der Aufrechnung personenidentisch sein, damit die Aufrechnung wirksam werden kann (zur Ausnahmeregelung nach Abs. 2 s. Anm. 7). Der Erstattungs- und Kindergeldanspruch müssen sich aber nicht auf ein und dasselbe Kind beziehen (PUST in LBP, § 75 Rn. 17; GREITE in KORN, § 75 Rn. 5; zu Abs. 2 s. Anm. 7). Die Abzweigung des Kindergelds an einen Dritten (dazu auch § 74 Anm. 9) berührt die Wechselseitigkeit nicht (Tz. 75.3 Abs. 1 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030); zur Aufrechnungsmöglichkeit gegenüber dem Erstattungsanspruch eines Sozialleistungsträgers nach § 74 Abs. 2 iVm. § 104 Abs. 2 SGB X s. BFH v. 7.4.2011 – III R 88/09, BFH/NV 2011, 1326; zur Aufrechnung bei Abtretung oder Verpfändung des Kindergelds s. Tz. 75.3 Abs. 2 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030.

Fällige Rückforderungs- und Erstattungsansprüche ergeben sich aus § 37 Abs. 2 AO, wenn die Familienkasse Kindergeld ohne Rechtsgrund ausgezahlt hat. Grundlage des Rückforderungsanspruchs ist der Änderungs- oder Aufhebungsbescheid nach § 70 Abs. 2 bis 4 oder §§ 172 ff. AO. Bei Über- oder Doppelzahlungen bzw. fehlgeleiteten Zahlungen bedarf es eines besonderen Rückforderungsbescheids analog § 218 Abs. 2 AO (vgl. KRUSE in TIPKE/KRUSE, AO/FGO, § 218 AO Rn. 8). Die Fälligkeit der Rückforderungsansprüche bestimmt sich nach den Regelungen im Aufhebungs- oder Änderungsbescheid bzw. im Rückforderungsbescheid (s. dazu Tz. 75.3 Abs. 2 Satz 5 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030). Die Fälligkeit muss im Zeitpunkt des Zugangs der Aufrechnungserklärung vorliegen. Eine Aufrechnung vor Fälligkeit ist unwirksam (LOOSE in TIPKE/KRUSE, AO/FGO, § 226 AO Rn. 34). Das FG München (v. 25.6.2002 – 12 K 591/02, EFG 2002, 1351 mit falscher Gerichtsbezeichnung, rkr.) hält in entsprechender Anwendung des Abs. 1 auch eine Aufrechnung von Ansprüchen des FA auf ESt-Nachzahlung (wegen Wegfalls des Kinderfreibetrags oder nachträglicher Anrechnung von Kindergeld) gegen den Anspruch auf Kindergeld für möglich (uE bedenklich, da es idR schon an der Wechselseitigkeit der Forderungen fehlen dürfte und durch § 75 nur die Familienkasse privilegiert werden sollte).

Gegen Ansprüche auf laufendes Kindergeld kann die Aufrechnung durchgeführt werden. Der Kindergeldanspruch, gegen den aufgerechnet wird, ist der monatlich entstehende Anspruch (§ 71). Laufende Kindergeldansprüche sind aber auch Nachzahlungen etwa aufgrund rückwirkender Antragstellung (§ 67 Anm. 4) oder nach Abschluss eines Rechtsbehelfsverfahrens (SEEWALD/FELIX, § 75 Rn. 21; vgl. auch Bayer. LSG v. 21.9.2005 – L 13 R 4215/03, juris, rkr.; aA FG Hamb. v. 24.3.2005 – I 359/04, EFG 2005, 1250, rkr.). Der Begriff „laufend“ wurde offenbar aus § 51 Abs. 2 SGB I abgeleitet und dient dort nur zur Abgrenzung gegenüber § 51 Abs. 1 SGB I (HELMKE/BAUER, § 75 Rn. 6). Es muss sich daher um einen dem Grunde nach wiederkehrenden Anspruch handeln, auch wenn dieser durch eine einmalige Zahlung für mehrere Zeitabschnitte erfüllt wird.

Die übrigen Voraussetzungen für eine wirksame Aufrechnung liegen in den Fällen des Abs. 1 und 2 regelmäßig vor. Die Forderungen sind *gleichartig*, da es sich jeweils um Geldforderungen handelt. Sie sind auch *erfüllbar*, wenn sie wirksam entstanden sind (§ 38 AO). Erst zukünftig zu zahlendes Kindergeld ist nicht nach § 226 AO aufrechenbar (Tz. 75. 1 Abs. 3 Satz 2 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030), da die noch nicht entstandenen künftigen Ansprüche noch nicht erfüllbar sind (BFH v. 7.4.2011 – III R 88/09, BFH/NV 2011, 1326; LOOSE in TIPKE/KRUSE, AO/FGO, § 226 AO Rn. 32).

II. Beschränkung und Ausschluss der Aufrechnung

5

Höchstens bis zur Hälfte des laufenden Kindergeldanspruchs kann eine Aufrechnung erfolgen, soweit der Berechtigte dadurch nicht hilfebedürftig iSd. Vorschriften des SGB XII über die Hilfe zum Lebensunterhalt oder der Vorschriften des SGB II über die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts wird. Die Regelung soll verhindern, dass die Forderung der Familienkasse letztlich durch eine Verlagerung auf andere öffentliche Mittel gedeckt wird (SEEWALD/FELIX, § 75 Rn. 23).

Laufender Kindergeldanspruch ist der Anspruch für das Kind, auf das sich der Rückzahlungsanspruch bezieht (s. Anm. 4).

Hilfebedürftigkeit iSd. Vorschriften des SGB XII und des SGB II ist anhand der für Sozialhilfe- bzw. ALG II-Bezieher geltenden Regelsätze bzw. -leistungen nach § 28 SGB XII bzw. § 20 SGB II und etwaiger Mehrbedarfe nach § 30 SGB XII bzw. § 21 SGB II festzustellen. Der Kindergeldberechtigte „wird“ nicht nur dann hilfebedürftig, wenn die Hilfebedürftigkeit als Folge der Aufrechnung erstmalig eintritt, sondern auch dann, wenn sie schon vorher bestand und durch die Aufrechnung erhöht würde. Da die Aufrechnung bis zur Grenze der jeweiligen Regelsätze zulässig ist, kann eine Aufrechnung auch mit weniger als der Hälfte des Kindergeldanspruchs vorgenommen werden.

Den Nachweis für das Entstehen der Hilfebedürftigkeit hat der Kindergeldberechtigte zu führen.

III. Aufrechnungserklärung und Verfahrensfragen

6

Aufrechnungserklärung kein Verwaltungsakt: Die Aufrechnung erfolgt durch formfreie zugangsbedürftige Willenserklärung der Familienkasse. Mangels Steuerverwaltungsaktqualität (vgl. BFH v. 2.4.1987 – VII R 148/83, BStBl. II 1987, 536; v. 4.2.1997 – VII R 50/96, BStBl. II 1997, 479; krit. HELMKE/BAUER, § 75 Rn. 3 f.) bedarf die Aufrechnungserklärung zu ihrer Wirksamkeit weder der Schriftform noch der vorherigen Anhörung des Berechtigten. Ein schriftliches Verfahren ist indes aus Gründen einer ordnungsgemäßen Verwaltungsführung und aus Beweisgründen zweckmäßig.

Ermessensentscheidung über Aufrechnung: Bei der Ausübung der Aufrechnungsbefugnis hat die Familienkasse einen Ermessensspielraum (enger dagegen Tz. 75.1 Abs. 2 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030). In der Regel stellt die Aufrechnung die gegenüber der Vollstreckung der Rückzahlungsförderung (s. dazu Tz. 75.4 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030) einfachere und den Rückzahlungsverpflichteten weniger belastende Maßnahme dar. Das Ermessen erstreckt sich auch auf die Höhe des monatlichen Aufrechnungsbetrags. Über Einwendungen gegen die Wirksamkeit der Aufrechnung (zB Eintritt der Hilfebedürftigkeit) ent-

scheidet die Familienkasse durch Abrechnungsbescheid (§ 218 Abs. 2 AO). Mit diesem kann sie die Wirksamkeit der Aufrechnung feststellen (Tz. 75.1 Abs. 4 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030). Eine Überprüfung und Korrektur der Ermessensentscheidung kann in dem dagegen nach § 347 AO statthaften Einspruchsverfahren erfolgen (FG Hamb. v. 21.6.2000 – I 719/99, rkr., juris).

Zum Zusammentreffen einer Aufrechnung mit anderen Verfügungen über den Kindergeldanspruch s. Tz. 75. 3 DAFamEStG (BStBl. I 2009, 1030).

Erlöschen der Rückzahlungsansprüche durch Aufrechnung: Die Aufrechnung führt zum Erlöschen der Ansprüche (§ 47 AO), soweit sie sich betragsmäßig decken. Der Zeitpunkt des Erlöschens wird gem. § 389 BGB nach dem Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit, nicht nach dem der Aufrechnung bestimmt, so dass vom Zeitpunkt der Aufrechnungslage bis zur Aufrechnungserklärung keine Säumniszuschläge zu erheben sind (LOOSE in TIPKE/KRUSE, AO/FGO, § 226 AO Rn. 56).

7

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Aufrechnung gegenüber einem mit dem Erstattungs-
pflichtigen in Haushaltsgemeinschaft lebenden Be-
rechtigten**

Bedeutung der Vorschrift: Abs. 2 erweitert die Aufrechnungsbefugnis der Familienkasse auf den späteren Kindergeldanspruch jedes mit dem Erstattungspflichtigen in Haushaltsgemeinschaft lebenden anderen Kindergeldberechtigten, soweit es sich um Auszahlungsansprüche für ein Kind handelt, das bei beiden berücksichtigt werden kann oder konnte.

Nach der bis 31.12.1999 geltenden Rechtslage (s. Anm. 2) war die Aufrechnung gem. Abs. 2 nur möglich, wenn der Kindergeldberechtigte der nicht von dem Erstattungspflichtigen getrennt lebende Ehegatte war. Damit sollte verhindert werden, dass Ehepaare durch Änderung der Berechtigtenbestimmung nach § 64 Abs. 2 Satz 2 das Gegenseitigkeitserfordernis zwischen Gläubiger und Schuldner nach § 387 BGB aufheben und damit die Möglichkeit der Familienkasse zur Aufrechnung vereiteln. Da dies offenbar nicht ausreichte, um missbräuchliche Gestaltungen zu verhindern, wurde die Regelung des Abs. 2 auf alle in Haushaltsgemeinschaft lebenden Kindergeldberechtigten ausgedehnt.

Abs. 1 gilt entsprechend: Abs. 2 lässt lediglich eine Ausnahme von dem Erfordernis der Identität zwischen Gläubiger und Schuldner zu (s. Anm. 4). Im Übrigen kommt eine Aufrechnung nur unter den in Abs. 1 genannten allgemeinen Voraussetzungen in Betracht (s. Anm. 4 bis 6). Eine Aufrechnung ist deshalb auch nach Abs. 2 nur zulässig, soweit der Berechtigte durch die Ausübung nicht sozialhilfebedürftig wird (Tz. 75.2 Satz 2 DAFamEStG, BStBl. I 2009, 1030).

Eine Haushaltsgemeinschaft zwischen Erstattungspflichtigem und einem anderen Kindergeldberechtigten liegt vor, wenn ein gemeinsamer Haushalt iSd. § 64 Abs. 2 Satz 2 besteht (zum gemeinsamen Haushalt s. § 64 Anm. 10). Da Abs. 2 nur die Vereitelung der Aufrechnung verhindern soll, muss die Haushaltsgemeinschaft nicht schon zu dem Zeitpunkt bestanden haben, zu dem der Erstattungsanspruch begründet wurde, also dem Zeitpunkt der Überzahlung des Kindergelds an den Erstattungspflichtigen (aA SEEWALD/FELIX, § 75 Rn. 31).

Abs. 2 trifft nicht nur auf die leiblichen Eltern zu, sondern auf alle in § 64 Abs. 2 Satz 2 genannten Elternpaare (un-/verheiratete Eltern, Pflege-, Stief- oder Großeltern).

(Anderer) Kindergeldberechtigter als der Erstattungspflichtige ist jeder, der für ein Kind Kindergeld beansprucht bzw. erhält („späterer Kindergeldanspruch“), für das auch der Erstattungspflichtige (weiterhin) als Berechtigter bestimmt werden könnte. Erstattungspflichtiger ist, wer zur Rückzahlung von Kindergeld verpflichtet ist (s. Anm. 4).

Bei beiden zu berücksichtigendes Kind: Die Aufrechnung nach Abs. 2 setzt voraus, dass es sich um laufendes Kindergeld (s. dazu Anm. 4) für ein Kind handelt, das bei beiden berücksichtigt werden kann oder konnte. „Beide“ sind der (andere) Kindergeldberechtigte und der Erstattungspflichtige. Es ist erforderlich, dass dieses Kind sowohl bei dem Erstattungspflichtigen als auch bei dem mit ihm in Haushaltsgemeinschaft Lebenden als Zahl- oder Zählkind im Zeitpunkt der Aufrechnung berücksichtigt werden kann oder früher berücksichtigt werden konnte. Die Berücksichtigung eines Kindes für das Kindergeld richtet sich ausschließlich nach § 63 Abs. 1 (s. § 63 Anm. 4 f.). Auf § 64 Abs. 2 kommt es insoweit nicht an.

