

## § 74 Zahlung des Kindergeldes in Sonderfällen

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

(1) <sup>1</sup>Das 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. <sup>2</sup>Kindergeld 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. <sup>3</sup>Dies 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. <sup>4</sup>Die 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: Prof. Dr. Andreas *Musil*, Universität Potsdam

Anm. |

Anm.

### A. Allgemeine Erläuterungen zu § 74

I. Grundinformation zu § 74 . . . . .	1	IV. Verhältnis des § 74 zu anderen	
II. Rechtsentwicklung des § 74 . . . . .	2	Vorschriften . . . . .	4
III. Bedeutung des § 74 . . . . .	3		

### B. Erläuterungen zu Abs. 1: Auszahlung an Dritte bei unzureichenden Unterhaltsleistungen

I. Vorbemerkung . . . . .	6	III. Höhe des Auszahlungsbetrags an Kinder (Abs. 1 Satz 2) . . . . .	10
II. Auszahlung des Kindergeldes bei Verletzung der gesetzlichen Unterhaltspflicht (Abs. 1 Satz 1)		IV. Auszahlung des Kindergeldes bei unzureichender Leistungsfähigkeit des Kindergeldberechtigten (Abs. 1 Satz 3) . . . . .	11
1. Gesetzliche Unterhaltspflicht . . . . .	7	V. Auszahlung an sonstige Dritte (Abs. 1 Satz 4) . . . . .	12
2. Der gesetzlichen Unterhaltspflicht nicht nachkommen . . . . .	8	VI. Ermessen zur Abzweigung . . . . .	13
3. Auszahlung an das Kind des Kindergeldberechtigten . . . . .	9	VII. Verfahrensfragen . . . . .	14

### C. Erläuterungen zu Abs. 2: Erstattungsansprüche der Träger von Sozialleistungen

I. Vorbemerkung . . . . .	16	II. Anwendung der §§ 102 ff. SGB X	17
---------------------------	----	------------------------------------	----

## A. Allgemeine Erläuterungen zu § 74

**Schrifttum:** *Just*, Abzweigungsverlangen des Kindes (§ 74 Abs. 1 Satz 1 EStG) contra Unterhaltsbestimmungsrecht der Eltern (§ 1612 Abs. 2 Satz 1 BGB), NJ 2010, 271; *Kruse*, Zur Abzweigung von Kindergeld bei Eltern behinderter Kinder, NDV 2011, 525; *Gerlach*, Kindergeldrecht für Transferleistungsbehörden – Ein aktueller Überblick, ZfF 2018, 193, 217, 241; *Bublitz*, Kindergeld zwischen Steuerrecht und Sozialrecht: Anrechenbarkeit von Kindergeld auf Sozialleistungen, ZAP 2018, 691.

**Verwaltungsanweisungen:** Dienstanweisung zum Kindergeld nach dem Einkommensteuergesetz v. 9.7.2019, BStBl. I 2019, 654 (DA-KG 2019); H 74 EStH; Kindergeldmerkblatt 2019, www.bzst.de.

### 1 I. Grundinformation zu § 74

**Abs. 1** ermöglicht die Auszahlung des Kindergeldes an das Kind oder einen Dritten (sog. Abzweigung), wenn der Kindergeldberechtigte keinen vollen Unterhalt leistet oder seine Unterhaltsleistungen geringer sind als das Kindergeld.

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

### 2 II. Rechtsentwicklung des § 74

**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 der Kindergeldvorschriften s. im Einzelnen Vor §§ 62–78 Anm. 3 f.). Die Vorschrift bestand zunächst aus fünf Absätzen. Sie sollte den §§ 48, 49, 50 SGB I entsprechende Regelungen enthalten und für eine fortbestehende Anwendbarkeit der in Abs. 2 genannten Vorschriften des SGB X sorgen (BTDrucks. 13/1558, 162).

**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 Begründung s. BTDrucks. 14/1513, 17; BRDrucks. 476/99, 29). Abs. 3 und 4 aF regelten bis 31.12.1999 die Überleitung des Kindergeldes 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 Begründung 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.

### 3 III. Bedeutung des § 74

**Abs. 1** bestimmt für Sonderfälle den Zahlungsempfänger des Kindergeldes. Das Kindergeld wird grds. an den Anspruchsberechtigten iSd. §§ 62, 63 ausgezahlt. Bei Anspruchskonkurrenz ergibt sich aus § 64, an welchen Kindergeldberechtigten auszu-

zahlen ist. Davon abweichend 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 Kindergeldes an ihn. Die Abzweigung lässt aber seine Anspruchsberechtigung unberührt (BFH v. 26.8.2010 – III R 21/08, BStBl. II 2013, 583; BFH v. 27.10.2011 – III R 16/09, BFH/NV 2012, 720). 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 strechtl. Funktion des Kindergeldes als StVergütung (§ 31; s. § 31 Anm. 31). 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.

Die Abzweigung kann nicht auf die Auszahlung eines zugunsten irgendeiner Person festgesetzten Kindergeldanspruchs gerichtet werden, sondern zielt immer auf die Auszahlung des zugunsten einer bestimmten Person festgesetzten Kindergeldanspruchs (BFH v. 1.2.2013 – III B 222/11, BFH/NV 2013, 727). In der Person des betreffenden Kindergeldberechtigten müssen die Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 1 oder Satz 3 vorliegen. Zur Befugnis des Abzweigungsberechtigten selbst einen Kindergeldantrag zu stellen s. Anm. 14.

Eine Abzweigung kann nur erfolgen, soweit über den Anspruch auf Kindergeld noch verfügt werden kann. Der Auszahlungsanspruch für die Vergangenheit kann bereits aufgrund der Ausschlussfrist des § 70 Abs. 1 Satz 2 auf einen Sechsmonatszeitraum begrenzt sein (Rz. V 33.1 Abs. 1 DA-KG 2019). Ferner kann die Verfügungsbefugnis über den Kindergeldanspruch durch Auszahlung, Abtretung, Aufrechnung, Verpfändung oder Pfändung entfallen (Rz. V 33.1 Abs. 2 DA-KG 2019).

**Abs. 2** betrifft den sog. Erstattungsanspruch und soll sicherstellen, dass die genannten Vorschriften des SGB X im Kindergeldrecht entsprechend zur Anwendung kommen (BTD Drucks. 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).

#### IV. Verhältnis des § 74 zu anderen Vorschriften

4

**Verhältnis zu § 67:** Siehe Anm. 14; § 67 Anm. 9.

**Verhältnis zu § 77:** Obwohl § 74 Abs. 1 das Auszahlungsverfahren betrifft, wendet der BFH die ausdrücklich nur das Verfahren über die Kindergeldfestsetzung betreffende Vorschrift über die Erstattung der Kosten eines erfolgreich geführten Vorverfahrens in Abzweigungsfällen analog an (BFH v. 26.6.2014 – III R 39/12, BFH/NV 2014, 1929; BFH v. 18.11.2015 – XI R 24-25/14, BFH/NV 2016, 418; s. § 77 Anm. 2).

**Verhältnis zu Art. 68a VO (EG) Nr. 883/2004:** Art. 68a VO (EG) Nr. 883/2004 enthält eine der Abzweigungsregelung des § 74 Abs. 1 vergleichbare Regelung, die sicherstellen soll, dass die Familienleistungen der Person zufließen, die tatsächlich für das betreffende Kind sorgt. Bedeutung hat die Vorschrift für die Abzweigung einer ausländ. Familienleistung zugunsten eines in Deutschland wohnenden Kin-

des und für die Abzweigung des deutschen Kindergeldes an eine natürliche oder juristische Person im Ausland, da § 74 Abs. 1 auf diese Fälle keine Anwendung findet (aA FG Rhld-Pf. v. 14.12.2011 – 2 K 2085/10, EFG 2012, 716, rkr., mit Anm. Siegers). Ist die deutsche Familienkasse der zuständige Träger für die Erbringung der Familienleistung Kindergeld, aber Deutschland nicht der Wohnort des Kindes, hat die deutsche Familienkasse auf Antrag des ausländ. Trägers oder der ausländ. Stelle das Kindergeld mit befreiender Wirkung über diesen Träger oder diese Stelle an die natürliche oder juristische Person zu zahlen, die tatsächlich für das Kind aufkommt. Entsprechendes gilt bei Zuständigkeit eines ausländ. Trägers für ein in Deutschland lebendes Kind. Zu weiteren Einzelheiten s. Vor §§ 62–78 Anm. 29. Abzugsgrenzen vom Auszahlungsanspruch des tatsächlich Unterhaltsleistenden ist die grenzüberschreitende vorrangige eigene Anspruchsberechtigung des im anderen Mitgliedstaat wohnenden Elternteils; s. dazu 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.

5 Einstweilen frei.

## **B. Erläuterungen zu Abs. 1: Auszahlung an Dritte bei unzureichenden Unterhaltsleistungen**

### **6 I. Vorbemerkung**

Nach Abs. 1 Satz 1 ist die Auszahlung des für ein Kind festgesetzten Kindergeldes an einen anderen als den Berechtigten iSd. §§ 62, 63 grds. nur möglich, wenn dieser seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht diesem Kind gegenüber nicht nachkommt. Auszahlungsempfänger 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 Sätze 1 und 4).

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

Eine „einvernehmliche“ Abzweigung in anderen Fällen als denen des Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 ist nicht möglich (BFH v. 10.4.2012 – III B 131/11, BFH/NV 2012, 1129). 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 Sätze 1 und 4 steht im Ermessen der Familienkasse (s. Anm. 13).

## **II. Auszahlung des Kindergeldes bei Verletzung der gesetzlichen Unterhaltspflicht (Abs. 1 Satz 1)**

### **7 1. Gesetzliche Unterhaltspflicht**

Die Auszahlung des Kindergeldes an das Kind, für das Kindergeld festgesetzt worden ist, kommt in Betracht, wenn der Kindergeldberechtigte diesem Kind gegen-

über seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht nicht nachkommt. Als Zahlungsempfänger kommen Zahl- und Zählkinder in Betracht.

**Ob und inwieweit eine gesetzliche Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind besteht**, ergibt sich aus den Vorschriften des BGB (§§ 1601 ff.: leibliche Kinder; § 1751 Abs. 4: angenommene Kinder). Da gegenüber Stief- und Pflegekindern eine gesetzliche Unterhaltspflicht nicht besteht, scheidet – anders als nach § 48 Abs. 2 SGB I – eine Abzweigung aus (FG Sachs.-Anh. v. 5.7.2011 – 4 K 882/10, EFG 2012, 430, rkr.; FG Ba.-Württ. v. 14.6.2012 – 12 K 3606/11, EFG 2012, 2027, rkr., zum Fall eines Pflegevaters und Betreuers; aA die Verwaltung, s. Rz. V 33.2 Abs. 1 Satz 1 DA-KG 2019). Eine praktische Notwendigkeit für eine Analogie ist auch nicht erkennbar, da der Kindergeldanspruch des Stief- oder Pflegeelternteils eine Haushaltsaufnahme voraussetzt und hierüber regelmäßig Betreuungs- und Naturalunterhaltsleistungen erfolgen werden (s. auch *Helmke* in *Helmke/Bauer*, Familienleistungsausgleich, § 74 Rz. 5 [4/2018]; *Pust* in *LBP*, § 74 Rz. 9 [4/2019]; krit. *Selder* in *Blümich*, § 74 Rz. 11, 14 [6/2018]).

Die gesetzliche 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 unverheirateten 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 (s. aber FG Düss. v. 7.4.2016 – 16 K 1697/15 Kg, FamRZ 2016, 1893, rkr., zum Fall eines Kindes mit ausreichenden eigenen Einkünfte). Leistungsfähigkeit beim Kindergeldberechtigten ist nur gegeben, wenn der eigene angemessene Bedarf nicht gefährdet wird (§ 1603 Abs. 1 BGB; zur Einschränkung gegenüber Kindern bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres 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; *Staudinger/Klinkhammer*, 2018, § 1610 BGB Rz. 31 ff., 43 ff.; s. Anm. 8). Die Art der Unterhaltsgewährung können die Eltern für ein unverheiratetes (auch erwachsenes) Kind nach § 1612 Abs. 2 Satz 1 BGB bestimmen (*Staudinger/Klinkhammer*, 2018, § 1612 BGB Rz. 22 ff.). Aus besonderen Gründen kann das Familiengericht auf Antrag des Kindes die Bestimmung im regulären Unterhaltsverfahren allerdings ändern (*Staudinger/Klinkhammer*, 2018, § 1612 BGB Rz. 31).

Für die Feststellung, ob der Kindergeldberechtigte seiner Unterhaltspflicht nicht nachgekommen ist (s. Anm. 8), ist der angemessene Unterhalt iSd. § 1610 BGB festzustellen. Abzustellen ist insoweit zunächst, falls vorhanden, auf eine vertragliche Unterhaltsregelung zwischen dem Kindergeldberechtigten und dem Kind (*Staudinger/Klinkhammer*, 2018, vor § 1601 BGB Rz. 128 ff.), wobei aber eine über den gesetzlichen Unterhaltsanspruch hinausgehende Individualvereinbarung in einem Scheidungsfolgeverfahren nicht maßgeblich ist (BFH v. 6.6.2006 – III B 202/05, BFH/NV 2006, 1653). Ansonsten können – soweit auch keine gerichtlichen Unterhaltstitel vorhanden sind – grds. die von der Zivilrechtsprechung entwickel-

ten Orientierungshilfen wie die sog. Düsseldorfer Tabelle zur Anwendung kommen (s. *Staudinger/Klinkhammer*, 2018, vor § 1601 BGB Rz. 87 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. *Staudinger/Klinkhammer*, 2018, vor § 1612a BGB Rz. 8 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 Rz. B 10 [3/2015]). Liegt ein rechtskräftiger Unterhaltstitel vor, bestimmt ausschließlich dieser den Umfang der für Abs. 1 Satz 1 relevanten Unterhaltspflicht.

**Verhältnis zur Unterhaltsklage:** Der Abzweigungsanspruch besteht selbständig und unabhängig von der zivilrechtl. Durchsetzung des Unterhaltsanspruchs (*Avvento in Kirchhof*, 19. Aufl. 2020, § 74 Rz. 3). Allerdings kann der erstrittene Unterhaltstitel den Nachweis der Abzweigungsvoraussetzungen erleichtern, soweit sich daraus ergibt, in welcher Höhe ein Unterhaltsanspruch besteht (Abs. 1 Satz 1) oder der Unterhaltspflichtige mangels Leistungsfähigkeit nicht unterhaltspflichtig ist (Abs. 1 Satz 3); s. auch *Helmke in Helmke/Bauer*, Familienleistungsausgleich, § 74 Rz. 7 (4/2018).

## 8 2. Der gesetzlichen Unterhaltspflicht nicht nachkommen

Der Kindergeldberechtigte muss seiner gesetzlichen 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 (Rz. V 33.2 Abs. 2 DA-KG 2019; *Avvento in Kirchhof*, 19. Aufl. 2020, § 74 Rz. 1; *Pust in LBP*, § 74 Rz. 10 [4/2019]). 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. 23.2.2006 – III R 65/04, BStBl. II 2008, 753; BFH v. 26.8.2010 – III R 16/08, BStBl. II 2013, 617). 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 Rz. B 12 [3/2015]; zum Ermessen s. Anm. 13). Liegt ein Unterhaltstitel vor, kann von einer Unterhaltspflichtverletzung ausgegangen werden, wenn der Unterhaltsverpflichtete die Zahlungen nicht nachweist (*Helmke in Helmke/Bauer*, Familienleistungsausgleich, § 74 Rz. 7 [4/2018]).

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 idR. 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 unverheiratete 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* in *Helmke/Bauer*, Familienleistungsausgleich, § 74 Rz. 6f. [7/2011]; *Staudinger/Klinkhammer*, 2018, § 1612 BGB Rz. 32 ff.; *Born* in *MüKo BGB*, 6. Aufl. 2012, § 1612 BGB Rz. 30, 35–37 [2017]; 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*, *BStBl. II* 2013, 695). Siehe im Übrigen auch § 32 Anm. 183 ff. zur wortgleichen Voraussetzung des § 32 Abs. 6 Satz 6 „seiner Unterhaltspflicht nachkommen“; *BFH v. 15.6.2016 – III R 18/15*, *BStBl. II* 2016, 893, mit Anm. *Avvento*, *HFR* 2016, 986, zum Fall eines SGB II-Leistungen beziehenden betreuenden Elternteils.

**Analog anwendbar sind Abs. 1 Sätze 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). Diese Analogie sollte uE jedoch auf den Fall begrenzt bleiben, dass der Kindergeldberechtigte tatsächlich keine regelmäßigen Unterhaltsleistungen erbringt. Kehrt das Kind nicht wie im entschiedenen Fall nur besuchsweise in den elterlichen Haushalt zurück, sondern ist es in diesen Haushalt aufgenommen, erfolgen regelmäßige Unterhaltsleistungen, die auch bei Bestehen einer Unterhaltspflicht die Abzweigung ausschließen würden.

### 3. Auszahlung an das Kind des Kindergeldberechtigten

9

**Kind als 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 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* in *Helmke/Bauer*, Familienleistungsausgleich, § 74 Rz. 18 [4/2018]). Die Verwaltung hat ihre frühere Auffassung, wonach eine Auszahlung an das Kind nur möglich ist, wenn das Kind volljährig ist und für sich selbst sorgt (so noch Rz. V 32.3 Abs. 1 Satz 3 DA-KG 2016, *BStBl. I* 2016, 825) uE zu Recht aufgegeben und verlangt nur noch, dass das Kind für sich selbst sorgt (Rz. V 33.3 Abs. 1 Satz 3 DA-KG 2019; zur Ermessensentscheidung s. Anm. 13).

**Das für ein Kind festgesetzte Kindergeld** kann an das Kind ausgezahlt werden. Die Vorschrift stellt (uE überflüssigerweise) klar, dass für die Abzweigung nur das Kindergeld nach § 66 Abs. 1 in Betracht kommt. 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 tatsächlich an den Berechtigten ausgezahlt wird.

- ▶ *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 FG Thür. v. 5.6.2002 – III 1017/01, EFG 2002, 1462, rkr.; *Felix* in KSM, § 74 Rz. B 27 ff. [3/2015]; im Erg. auch *Helmke* in *Helmke/Bauer*, Familienleistungsausgleich, § 74 Rz. 20 [4/2018]; s. auch Anm. 10).

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

Nach Abs. 1 Satz 2 kann Kindergeld an Kinder, die bei der Festsetzung des Kindergeldes berücksichtigt werden, bis zu dem auf diese Kinder entfallenden Anteil iSd. § 76 ausgezahlt werden. Kinder, die bei der Festsetzung des Kindergeldes 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 abzuweigenden Kindergeldes, wenn mehrere Zahl- bzw. Zahlkinder vorhanden sind. Die Obergrenze des auszuzahlenden 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 Sätze 1 und 4.

**Entsprechende Anwendung des § 76:** Die Abzweigung an Zahlkinder ist bis zu dem Betrag möglich, der bei gleichmäßiger Verteilung des Kindergeldes 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.; Rz. V 24.2 DA-KG 2019).

Nicht entsprechend anwendbar ist Abs. 1 Satz 2 iVm. § 76 auf die Berechnung des Differenzkindergeldes nach Art. 68 VO (EG) Nr. 883/2004. Diese hat kindbezogen und nicht familienbezogen zu erfolgen (BFH v. 4.2.2016 – III R 9/15, BStBl. II 2017, 121; BFH v. 13.4.2016 – III R 34/15, BFH/NV 2016, 1465; aA noch Rz. 214.6 Satz 8 DA-lizV; s. Vor §§ 62–78 Anm. 27; § 76 Anm. 9).

### 11 IV. Auszahlung des Kindergeldes bei unzureichender Leistungsfähigkeit des Kindergeldberechtigten (Abs. 1 Satz 3)

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 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 Bar-



unterhaltsverpflichtung 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. 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* in *Helmke/Bauer*, Familienleistungsausgleich, § 74 Rz. 14ff. [4/2018]). Nicht ausgeschlossen ist dagegen eine Abzweigung an einen Sozialleistungsträger, etwa wenn ein voll- oder teilstationär untergebrachtes behindertes Kind weiter in den Haushalt des kindergeldberechtigten Elternteils aufgenommen ist.

**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. 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.

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

12

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 Kindergeldes einen gewissen finanziellen Ausgleich erlangen können (*Felix* in *KSM*, § 74 Rz. B 17 [3/2015]).

### 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 Rz. V 33.3 Abs. 2 DA-KG 2019 keine Abzweigung in Betracht; vielmehr ist das Kindergeld nach Feststellung des Vorrangs gem. § 64 Abs. 2 und 3 für diesen Elternteil festzusetzen und an ihn auszuzahlen.
- ▶ *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 Rz. B 19 [3/2015]). 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 Antragstellung und zur Klagebefugnis s. Anm. 14.

**Unterhalt gewähren** bedeutet die tatsächliche Sicherstellung des Unterhalts iSd. § 1610 Abs. 2 BGB des Kindes, wobei es nicht auf den Rechtsgrund der Unterhaltsgewährung ankommt. Eine bestimmte Höhe der Unterhaltsleistung des Abzwei-

gungsberechtigten wird nicht vorausgesetzt; die Höhe der Unterhaltsleistungen ist jedoch im Rahmen der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen (s. Anm. 13).

**Abzweigungsvoraussetzungen nach Abs. 1 Satz 1 oder Satz 3:** Auch die Abzweigung an einen Dritten setzt voraus, dass der Kindergeldberechtigte gem. Abs. 1 Satz 1 seiner Unterhaltspflicht nicht nachkommt bzw. gem. Abs. 1 Satz 3 mangels Leistungsfähigkeit eine solche nicht besteht oder nur ein Unterhaltsbetrag gezahlt wird, der geringer ist, als das zur Auszahlung kommende Kindergeld (BFH v. 25.5.2004 – VIII R 21/03, BFH/NV 2005, 171, s. Anm. 11). Die Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 1 bzw. Satz 3 müssen zur Überzeugung der Familienkasse feststehen. Deshalb reicht die allgemeine Behauptung eines Sozialhilfeträgers, die Eltern kämen ihrer gesetzlichen Unterhaltspflicht nicht nach, allein nicht aus.

► **Behindertes Kind:** 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; BFH v. 11.8.2010 – III S 19/10 (PKH), BFH/NV 2010, 2064, jeweils 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.

**Höhe des Abzweigungsbetrags:** Die Sonderregelung des Abs. 1 Satz 2 gilt auch bei Auszahlung des Kindergeldes an andere Personen und Stellen. Zugunsten von Zahl- oder Zahlkindern kann deshalb Kindergeld bis zu dem auf diese Kinder entfallenden Anteil iSd. § 76 an den Dritten ausgezahlt werden (Rz. V 33.5 Abs. 1 DA-KG 2019). Anders als bei der Abzweigung an das Kind ist eine Abzweigung des in § 66 Abs. 1 Satz 2 aF für das Kj. 2009 vorgesehenen Kinderbonus an einen Sozialleistungsträger nicht möglich (BFH v. 27.9.2012 – III R 2/11, BStBl. II 2013, 584).

## 13 VI. Ermessen zur Abzweigung

**Nach pflichtgemäßem Ermessen** entscheidet die Familienkasse über die Abzweigung nach Abs. 1 (BFH v. 17.3.2006 – III B 135/05, BFH/NV 2006, 1285), denn nicht jede Verletzung der Unterhaltspflicht nach Dauer oder Umfang wiegt so schwer, dass sie eine vollständige oder teilweise Auszahlung des Kindergeldes unmittelbar an die Unterhaltsberechtigten bzw. den Dritten iSd. Abs. 1 Satz 4 recht-

fertigt. Für die Ausübung des Ermessens sind vor allem Dauer und Umfang der unterbliebenen Unterhaltsleistung und die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten maßgebend (*Felix* in *KSM*, § 74 Rz. B 30 [3/2015]). Die durch das Kindergeld bezweckte stl. Freistellung eines Einkommensbetrags 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; BFH v. 23.2.2006 – III R 65/04, BStBl. II 2008, 753). Im Rahmen des Abs. 1 Satz 4 ist die Höhe des vom Dritten gewährten Unterhalts von besonderer Bedeutung (s. 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, BStBl. II 2013, 617; Rz. V 33.2 Abs. 3 DA-KG 2019). Die Verwaltung hat ihre frühere Auffassung, wonach eine Auszahlung an das Kind nur möglich ist, wenn das Kind volljährig ist und für sich selbst sorgt (so noch Rz. V 32.3 Abs. 1 Satz 3 DA-KG 2016, BStBl. I 2016, 825) uE zu Recht aufgegeben und verlangt nur noch, dass das Kind für sich selbst sorgt (Rz. V 33.3 Abs. 1 Satz 3 DA-KG 2019). Erweist sich nur eine einzige Entsch. als ermessensgerecht, liegt eine Ermessensreduzierung auf Null vor (vgl. zB BFH v. 17.10.2013 – III R 24/13, BFH/NV 2014, 504, zu einem Fall der zwingenden Ablehnung der Abzweigung; BFH v. 9.2.2009 – III R 37/07, BStBl. II 2009, 928, zu einem Fall der zwingenden Abzweigung).

**Feststellung des Umfangs der Unterhaltsleistungen:** Da die Höhe der erbrachten Unterhaltsleistungen einen maßgeblichen Gesichtspunkt im Rahmen der zu treffenden Ermessensentscheidung darstellt, sind diese zunächst festzustellen. Angesetzt werden dürfen nur tatsächlich entstandene Kosten (zB für Besuchs- oder Urlaubsfahrten, für Unterkunft und Verpflegung bei fortbestehender Haushaltsaufnahme, für Bekleidung und Hausrat), nicht hingegen fiktive Kosten (insbes. für die Betreuung). Gegebenenfalls sind diese Aufwendungen zu schätzen (BFH v. 17.8.2012 – III B 26/12, BFH/NV 2012, 1963; BFH v. 17.10.2013 – III R 23/13, BFH/NV 2014, 404). Dabei können Sachbezüge anhand der Werte der SvEV geschätzt werden (BFH v. 17.10.2013 – III R 24/13, BFH/NV 2014, 504). Bei in den Haushalt des Kindergeldberechtigten aufgenommenen, aber teilstationär in einer Behinderteneinrichtung untergebrachten Kindern kann auch dann, wenn der Kindergeldberechtigte nicht von Sozialleistungen lebt, nicht von einer tatsächlichen Vermutung ausgegangen werden, wonach Unterhaltsleistungen mindestens in Höhe des Kindergeldes erbracht wurden. Vielmehr bedarf es einer konkreten Ermittlung der Unterhaltsleistungen (BFH v. 17.10.2013 – III R 23/13, BFH/NV 2014, 404). Bei vollstationär untergebrachten Kindern scheidet eine fortbestehende Haushaltsaufnahme beim Kindergeldberechtigten nicht aus, so dass auch insoweit Aufwendungen für Unterkunft und Verpflegung in Ansatz gebracht werden können (BFH v. 3.7.2014 – III R 41/12, BFH/NV 2015, 85). Selbst wenn bei fortbestehender Haushaltsaufnahme die Unterhaltsaufwendungen idR die Höhe des Kindergeldes erreichen werden, kommt eine Abzweigung vor allem dann in Betracht, wenn der Kindergeldberechtigte nicht zum Unterhalt seines volljährigen behinderten Kindes verpflichtet ist, weil es selbst Grundsicherungsleistungen nach §§ 41 ff. SGB XII erhält (BFH v. 17.8.2008 – III R 6/07, BStBl. II 2009, 926; BFH v. 26.2.2015 – III B 124/14, BFH/NV 2015, 837; Rz. V 33.2 Abs. 2 Satz 2 DA-KG 2019). Auch wenn das Kind Grundsicherungsleistungen erhält, kann eine Abzweigung je-

doch insoweit ausscheiden als der Kindergeldberechtigte gleichwohl Unterhaltsleistungen erbringt (BFH v. 18.4.2013 – V R 48/11, BStBl. II 2013, 697).

**Bestimmung des Umfangs des Abzweigungsbetrags:** Die Höhe des Abzweigungsbetrags hängt insbes. von der Höhe der vom Kindergeldberechtigten erbrachten Unterhaltsleistungen ab:

- ▶ *Unterhalt mindestens in Höhe des Kindergeldes:* Trägt der Kindergeldberechtigte tatsächliche Aufwendungen mindestens in Höhe des Kindergeldes, ist eine Abzweigung an den Sozialleistungsträger ermessensfehlerhaft (BFH v. 9.2.2009 – III R 37/07, BStBl. II 2009, 928).
- ▶ *Keine Unterhaltsleistungen:* Übernimmt ein Sozialleistungsträger die gesamten Unterhaltskosten, kann er die Abzweigung des anteiligen Kindergeldes in voller Höhe für sich beanspruchen, wenn der Kindergeldberechtigte keinerlei Aufwendungen für den Unterhalt des Kindes oder die Kontaktpflege mit dem Kind trägt (BFH v. 17.2.2004 – VIII R 58/03, BStBl. II 2006, 130; BFH v. 25.9.2008 – III R 16/06, BFH/NV 2009, 164; BFH v. 26.8.2010 – III R 16/08, BStBl. II 2013, 617).
- ▶ *Unterhalt geringer als das Kindergeld:* Auch wenn der Kindergeldberechtigte neben den Leistungen eines Sozialhilfeträgers nur geringe eigene Unterhaltsleistungen für das Kind erbringt, ist die Familienkasse nicht im Wege der Ermessensreduzierung auf Null verpflichtet, das gesamte Kindergeld an den Sozialhilfeträger auszuzahlen (BFH v. 23.2.2006 – III R 65/04, BStBl. II 2008, 753; BFH v. 15.7.2010 – III R 89/09, BStBl. II 2013, 695). Sind die Aufwendungen geringer als das Kindergeld, ist eine teilweise Abzweigung in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen dem anteiligen Kindergeld und den tatsächlichen Unterhaltsleistungen idR nicht ermessensfehlerhaft; es ist aber auch nicht ausgeschlossen, dass die Familienkasse bei Vorliegen besonderer Gründe von dieser Regel abweicht (BFH v. 3.7.2014 – III R 41/12, BFH/NV 2015, 85; FG München v. 15.2.2016 – 7 K 1977/15, juris, rkr., zum Fall einer fehlenden Geldrente und bloßer Zahlungen für einen Musikschulbesuch).
- ▶ *Höhe der Unterhaltsleistungen nicht schätzbar:* Liegen Unterhaltsleistungen vor, lässt sich deren Höhe aber auch durch Schätzung nicht ermitteln, kann das hälftige anteilige Kindergeld abgezweigt werden. (BFH v. 23.2.2006 – III R 65/04, BStBl. II 2008, 753; BFH v. 25.9.2008 – III R 16/06, BFH/NV 2009, 164).

Zu weiteren Einzelheiten s. Rz. V 33.5 Abs. 2 DA-KG 2019; zur Dokumentation der Ermessenserwägungen s. Rz. V 33.6 DA-KG 2019.

**Die gerichtliche Überprüfung der Ermessensentscheidung** ist nach § 102 FGO eingeschränkt. Dies betrifft jedoch nur 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 Unterhaltungspflichten nicht erfüllt hat (s. dazu FG Brandenb. v. 19.6.2002 – 6 K 981/01, EFG 2002, 1315, rkr.). Das FG muss nach § 102 Satz 1 FGO feststellen, ob die Familienkasse ihre Entsch. auf der Grundlage des einwandfrei und erschöpfend ermittelten Sachverhalts getroffen und dabei die Gesichtspunkte tatsächlicher und rechtl. Art berücksichtigt hat, die nach Sinn und Zweck der Norm, die das Ermessen einräumt, maßgeblich sind (BFH v. 19.4.2012 – III R 85/09, BStBl. II 2013, 19). Maßgebend ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Einspruchsentscheidung (BFH v. 20.2.2012 – III B 107/11, BFH/NV 2012, 987; FG Nürnberg v. 14.11.2017 – 7 K 818/15, juris, Az.

BFH III R 58/18). Die Familienkasse muss daher bei im Einspruchsverfahren eintretenden Änderungen ggf. eine neue Ermessensentscheidung treffen (BFH v. 26.8.2010 – III R 16/08, BStBl. II 2013, 617, für den Fall des rückwirkend gezahlten Unterhalts). 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

14

**Antrag auf Abzweigung:** Nach Abs. 1 ist eine Antragstellung durch die Person, der die Auszahlung zugutekommen soll, nicht erforderlich (BFH v. 25.9.2008 – III R 16/06, BFH/NV 2009, 164; aA die Verwaltung, Rz. V 33.1 Abs. 3 DA-KG 2019). 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. Wird das Auszahlungsbegehren eines Sozialleistungsträgers nicht eindeutig auf das Vorliegen einer Abzweigungslage gestützt, ist zu prüfen, ob eine Erstattung nach Abs. 2 in Betracht kommt (BFH v. 19.4.2012 – III R 85/09, BStBl. II 2013, 19; Rz. V 33.1 Abs. 3 Satz 3 DA-KG 2019). Der Antragsteller soll im Einzelnen darlegen, dass die Voraussetzungen für die Abzweigung erfüllt sind, insbes. dass der Berechtigte seiner Unterhaltsverpflichtung nicht nachkommt bzw. keinen Unterhalt zahlt (Rz. V 32.1 Abs. 3 DA-KG 2019).

**Antrag auf Kindergeldfestsetzung:** 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 Kindergeldes hat. Die in Abs. 1 genannten Begünstigten haben in diesem Sinne ein berechtigtes Interesse an der Stellung des Kindergeldantrags (BFH v. 17.12.2014 – XI R 15/12, BStBl. II 2016, 100; BFH v. 5.2.2015 – III R 31/13, BStBl. II 2015, 1017). 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; BFH v. 8.8.2013 – III R 3/13, BStBl. II 2014, 576).

**Vorläufige Zahlungseinstellung:** Hierdurch verhindert die Familienkasse nach Eingang eines Abzweigungsantrags, dass der Abzweigungsanspruch durch Auszahlung des Kindergeldes an den Berechtigten vereitelt wird (Rz. V 33.4 Abs. 1 und 3 DA-KG 2019).

**Eine Anhörung der Beteiligten** nach § 91 AO hat vor Erlass des Verwaltungsakts zu erfolgen, 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 (zu Einzelheiten s. Rz. V 33.1 Abs. 3, V 33.4 Abs. 1 und 2 DA-KG 2019). Das Gleiche gilt bei der Änderung oder Aufhebung einer bereits getroffenen Auszahlungsanordnung (*Felix* in KSM, § 74 Rz. B 39 [3/2015]).

**Entscheidung durch die Familienkasse:** Die Familienkasse entscheidet über die Auszahlung nach Abs. 1 durch Verwaltungsakt iSd. § 118 AO. Dieser hat begünsti-

genden (Empfänger nach Abs. 1) und belastenden (Kindergeldberechtigter) Charakter (Verwaltungsakt mit Doppelwirkung) (BFH v. 17.12.2015 – V R 18/15, BStBl. II 2016, 960). Mit der Entsch. über die Abzweigung von Kindergeld stellt die Familienkasse fest, dass sich der Kindergeldberechtigte die abgezweigte Leistung als Erfüllung seines weiter bestehenden Kindergeldanspruchs zurechnen lassen muss und dass der Abzweigungsempfänger die Leistung gleichzeitig mit Erfüllungswirkung des ihm aufgrund der Abzweigung zustehenden Anspruchs auf Auszahlung in Empfang nehmen darf (BFH v. 24.8.2001 – VI R 83/99, BStBl. II 2002, 47; BFH v. 17.12.2015 – V R 18/15, BStBl. II 2016, 960). Anders als die Zahlung an den originär Kindergeldberechtigten führt die Auszahlung von Kindergeld an einen Abzweigungsberechtigten nur dann zum Erlöschen des Kindergeldanspruchs, wenn der Abzweigungsbescheid bestandskräftig geworden ist (BFH v. 17.12.2015 – V R 18/15, BStBl. II 2016, 960). Doppelwirkung im vorgenannten Sinne hat auch die Aufhebung der Auszahlungsanordnung (begünstigend gegenüber dem Kindergeldberechtigten, belastend gegenüber dem Empfänger nach Abs. 1; *Felix* in *KSM*, § 74 Rz. B 40 [3/2015]). Auf die Änderung der Abzweigungsentscheidung sind die §§ 129 ff. AO anzuwenden (Rz. V 33.7 DA-KG 2019; FG Münster v. 16.12.2005 – 11 K 354/04 Kg, EFG 2008, 922, rkr.). Die Verwaltung ist angewiesen, Abzweigungen stets nach § 120 Abs. 2 Nr. 3 AO unter Widerrufsvorbehalt zu stellen (Rz. V 33.1 Abs. 3 Satz 8 DA-KG 2019).

- ▶ *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 gehört daher nicht zum Festsetzungsverfahren, sondern zum Erhebungsverfahren (BFH v. 26.8.2010 – III R 21/08, BStBl. 2013, 583; BFH v. 8.8.2013 – III R 3/13, BStBl. II 2014, 576). Folglich kann das FG die Familienkasse auf ein vom Kind erhobenes Abzweigungsbegehren nicht zur Kindergeldfestsetzung zugunsten des Kindes verpflichten (BFH v. 8.8.2013 – III R 3/13, BStBl. II 2014, 576). Die Abzweigung steht auch 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, BStBl. II 2013, 583, selbst wenn der Abzweigungsantrag noch vor der Zahlung gestellt worden ist; BFH v. 19.6.2013 – III B 79/12, BFH/NV 2013, 1422, zum Fall einer Teilauszahlung an den kindergeldberechtigten; BFH v. 17.12.2015 – V R 18/15, BStBl. II 2016, 960), mit dem Anspruch auf Kindergeld aufgerechnet worden oder das Kindergeld abgetreten, verpfändet oder gepfändet (§ 76) worden ist (Rz. V 33.1 Abs. 2 DA-KG 2019).
- ▶ *Wird eine Kindergeldfestsetzung aufgehoben*, entfällt damit auch die Wirkung der Abzweigung, ohne dass diese eigens aufgehoben werden muss (BFH v. 10.3.2016 – III R 29/15, BFH/NV 2016, 1278). Die Familienkasse ist nicht verpflichtet, den Kindergeldberechtigten auf die Möglichkeit eines erneuten Abzweigungsantrags hinzuweisen (BFH v. 10.3.2016 – III R 29/15, BFH/NV 2016, 1278). Zur Erstattung des überzahlten Kindergeldes ist nur der Abzweigungsempfänger und nicht der Kindergeldberechtigte gem. § 37 Abs. 2 Satz 1 AO verpflichtet. Es handelt sich um einen Rückforderungsbescheid nach § 37 Abs. 2 AO und nicht um einen Abrechnungsbescheid nach § 218 Abs. 2 AO. § 37 Abs. 2 Satz 3 ist auch nicht entsprechend anwendbar (BFH v. 24.8.2001 –

VI R 83/99, BStBl. II 2002, 47). Ebenso wirkt die Bestandskraft des im Festsetzungsverfahren ergangenen Aufhebungs- oder Ablehnungsbescheids auch gegenüber dem Abzweigungsempfänger (BFH v. 26.11.2009 – III R 67/07, BStBl. II 2010, 476).

**Verhältnis zur Erstattung nach § 74 Abs. 2:** Nach BFH (BFH v. 19.9.2013 – V R 25/12, BFH/NV 2014, 322) kann eine Abzweigungsentscheidung zugunsten des Kindes auch noch nach einer Erstattung an den Sozialhilfeträger iSv. § 74 Abs. 2 nachgeholt werden. Geht die Abzweigungsentscheidung zugunsten des Kindes aus, sind die Sozialleistungen durch den Sozialhilfeträger nicht nachrangig iSv. § 74 Abs. 2 EStG iVm. § 104 Abs. 1 Satz 2 SGB X und müssen nach § 74 Abs. 2 EStG iVm. § 112 SGB X zurückerstattet werden. Den Einwand einer vorrangigen Abzweigungslage kann aber nur das abzweigungsberechtigte Kind, nicht hingegen der Kindergeldberechtigte geltend machen.

#### **Rechtsbehelfe:**

- ▶ *Rechtsbehelfe des Kindergeldberechtigten:* Der Kindergeldberechtigte kann gegen die Auszahlungsanordnung Einspruch einlegen, Klage erheben und Aussetzung der Vollziehung beantragen (FG München v. 16.8.2006 – 9 V 2478/06, juris, rkr.).
- ▶ *Rechtsbehelfe des Abzweigungsberechtigten im Abzweigungsverfahren:* Lehnt die Familienkasse den Erlass einer Auszahlungsanordnung ganz ab oder erlässt sie die Anordnung in einer geringeren als der beantragten Höhe, so kann die Person Rechtsbehelf erheben, die die Auszahlung iSd. Abs. 1 begehrt; einstweiliger Rechtsschutz erfolgt dann über den Erlass einer einstweiligen Anordnung (BFH v. 17.8.2012 – III B 26/12, BFH/NV 2012, 1963). Das gilt zudem, wenn die Auszahlungsanordnung aufgehoben wird und das Kindergeld wieder dem Kindergeldberechtigten zufließen soll.
- ▶ *Rechtsbehelfe des Abzweigungsberechtigten im Kindergeldfestsetzungsverfahren:* Hebt die Familienkasse die Kindergeldfestsetzung (gegenüber dem Berechtigten) auf, sind auch der abzweigungsberechtigte Sozialleistungsträger (BFH v. 12.1.2001 – VI R 181/97, BStBl. II 2001, 443; BFH v. 20.6.2001 – VI R 169/97, BFH/NV 2001, 1443) und das abzweigungsberechtigte Kind klagebefugt.

**Hinzuziehung und Beiladung** erfolgen gem. § 360 AO und § 60 Abs. 3 FGO. Eine unterbliebene Beiladung kann im Revisionsverfahren nach § 123 Abs. 1 Satz 2 FGO nachgeholt werden.

- ▶ *Im Abzweigungsverfahren:* Klagt der Kindergeldberechtigte gegen den von einer Familienkasse erlassenen Abzweigungsbescheid, ist der abzweigungsberechtigte Sozialleistungsträger notwendig beizuladen; dabei ist der im Bescheid genannte örtliche Sozialleistungsträger, der die Abzweigung im eigenen Namen beantragt hat, auch dann notwendig beizuladen, wenn das Kindergeld an den nach Landesrecht zuständigen überörtlichen Sozialleistungsträger hätte abgezweigt werden müssen (BFH v. 20.8.2007 – III B 194/06, BFH/NV 2007, 2314). Klagt der Abzweigungsberechtigte auf Abzweigung, ist der Kindergeldberechtigte, zu dessen Gunsten die Kindergeldfestsetzung erfolgt ist, notwendig beizuladen (BFH v. 17.11.2004 – VIII R 30/04, BFH/NV 2005, 692; BFH v. 9.2.2004 – VIII R 21/03, BFH/NV 2004, 662).
- ▶ *Im Kindergeldfestsetzungsverfahren:* Klagt das abzweigungsberechtigte Kind auf Kindergeldfestsetzung, ist der Kindergeldberechtigte notwendig beizuladen (BFH v. 30.10.2008 – III R 105/07, BFH/NV 2009, 193). Gleiches gilt, wenn das

abzweigungsberechtigte Kind gegen die gegenüber dem Kindergeldberechtigten erfolgte Aufhebung der Kindergeldfestsetzung klagt (BFH v. 17.3.2010 – III R 71/09, BFH/NV 2010, 1291).

**Kostenerstattung im Einspruchsverfahren:** Soweit der Einspruch gegen einen Abzweigungsbescheid oder dessen Ablehnung erfolgreich ist, kommt eine Kostenerstattung analog § 77 in Betracht (BFH v. 26.6.2014 – III R 39/12, BStBl. II 2015, 148).

15 Einstweilen frei.

## C. Erläuterungen zu Abs. 2: Erstattungsansprüche der Träger von Sozialleistungen

### 16 I. Vorbemerkung

Nach Abs. 2 gelten die §§ 102 bis 109 und 111 bis 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. Vor §§ 62–78 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:**

- ▶ **Verhältnis zum Auszahlungsanspruch des Kindergeldberechtigten:** 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). Der Kindergeldanspruch geht in den Erstattungsfällen nicht bereits mit der Erbringung der Sozialleistungen im Wege eines Wechsels des Anspruchsinhabers auf den Sozialleistungsträger über (BFH v. 7.4.2011 – III R 88/09, BFH/NV 2011, 1326). Verweigert die Familienkasse die Auszahlung des Kindergeldes an den Kindergeldberechtigten unter Hinweis auf den Erstattungsanspruch, kann dieser einen Abrechnungsbescheid nach § 218 Abs. 2 AO beantragen und gegen diesen vorgehen.
- ▶ **Verhältnis zur Abzweigung:** 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 vom 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 grundsätzlich Vorrang (Rz. V 34.4 DA-KG 2019, s. aber BFH v. 19.9.2013 – V R 25/12, BFH/NV 2014, 322). 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).
- ▶ **Verhältnis zur Abtretung, Verpfändung oder Pfändung:** Dem Erstattungsanspruch eines Sozialhilfeträgers kommt gem. § 113 SGB XII auch dann der Vor-



rang 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 dagegen grds. Vorrang vor Forderungen Dritter, es sei denn, dass zum Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung bereits ein Erstattungsanspruch schriftlich bei der Familienkasse geltend gemacht wurde (Rz. V 34.4 DA-KG 2019; zu den Grenzen der Aufrechnung s. aber BFH v. 7.4.2011 – III R 88/09, BFH/NV 2011, 1326).

#### Verfahrensfragen:

- ▶ *Verhältnis zwischen Familienkasse und Sozialleistungsträger:* Die Familienkasse hat den Erstattungsanspruch in eigener Zuständigkeit zu prüfen, ist dabei aber an den detaillierten Erstattungsantrag des Sozialleistungsträgers gebunden, soweit dieser keine offensichtlichen Fehler enthält (s. Rz. V 34.1 DA-KG 2019; Nds. FG v. 4.8.2005 – 10 K 293/03, EFG 2006, 988, rkr.). Da der Erstattungsanspruch kraft Gesetzes entsteht, ist anders als bei der Abzweigung nach Abs. 1 keine Ermessensentscheidung der Familienkasse erforderlich (BFH v. 19.4.2012 – III R 85/09, BStBl. II 2013, 19; BFH v. 14.2.2013 – III B 133/12, BFH/NV 2013, 921). Wenn der Erstattungsanspruch objektiv besteht, hat die Familienkasse ihn gegenüber dem Sozialleistungsträger zu erfüllen. Sieht sie den Anspruch nicht als gegeben an, teilt sie dies dem Sozialleistungsträger formlos mit. Diese Mitteilung stellt mangels eines Über- und Unterordnungsverhältnisses keinen Verwaltungsakt dar (BFH v. 7.4.2011 – III R 88/09, BFH/NV 2011, 1326; Helmke in Helmke/Bauer, Familienleistungsausgleich, § 74 Rz. 32 [4/2018]). 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 Entsch., wenn diese nicht offensichtlich fehlerhaft ist (BFH v. 14.5.2002 – VIII R 88/01, BFH/NV 2002, 1156).
- ▶ *Rechtsbehelfe und Beiladung:* Der Finanzrechtsweg ist gegeben (BFH v. 14.5.2002 – VIII R 88/01, BFH/NV 2002, 1156).
  - ▷ *Rechtsbehelfe des Sozialleistungsträgers:* Die Klage, mit der er seinen Erstattungsanspruch geltend macht, ist eine ohne Vorverfahren zulässige allgemeine Leistungsklage iSd. § 40 Abs. 1 FGO (BFH v. 19.4.2012 – III R 85/09, BStBl. II 2013, 19; s. auch Rz. V 34.7 DA-KG 2019 zum umgekehrten Fall der Geltendmachung eines Anspruchs auf Rückforderung des erstatteten Betrags). Zur Klagebefugnis des Sozialleistungsträgers gegen die Kindergeldfestsetzung bzw. deren Aufhebung s. Anm. 14). 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).
  - ▷ *Rechtsbehelfe der Familienkasse:* Die Klage, mit der die Familienkasse einen Anspruch gegen den Sozialleistungsträger auf Rückerstattung von Kindergeld gem. § 112 SGB X geltend macht, ist ebenfalls die allgemeine Leistungsklage iSd. § 40 Abs. 1 FGO (BFH v. 26.1.2006 – III R 89/03, BStBl. II 2006, 544).
  - ▷ *Rechtsbehelfe des Kindergeldberechtigten:* Die Einspruchs- und Klagebefugnis des Kindergeldberechtigten im Kindergeldfestsetzungsverfahren wird durch das Vorliegen einer Erstattung nicht berührt (*Pust in LBP*, § 74 Rz. 107 [4/2019]). 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), 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; BFH v. 1.4.2014 – XI B 145/13, BFH/NV 2014, 1223, für den Fall, dass sich der Sozialleistungsträger auf Verjährung und Verwirkung des Rückforderungsanspruchs beruft) oder wenn die Familienkasse im Rahmen des Festsetzungsbescheids erklärt, dass ein Teil des festgesetzten Betrags nicht ausgezahlt werde, weil der Anspruch nach Abs. 2 iVm. § 107 SGB X als erfüllt gilt (BFH v. 17.4.2013 – VI R 15/12, BFH/NV 2013, 1242). Hat das FG nicht den örtlich zuständigen Sozialleistungsträger, sondern eine Kommune beigegeben, die den Erstattungsanspruch zu verfolgen hat, kann der BFH im Revisionsverfahren die unterlassene notwendige Beiladung nachholen, jedoch die zu Unrecht erfolgte Beiladung der Kommune nicht aufheben (BFH v. 17.4.2013 – VI R 15/12, BFH/NV 2013, 1242).

- ▶ *Kostenerstattung nach § 77*: Ist der Einspruch des Kindergeldberechtigten gegen einen Abrechnungsbescheid, mit dem sein Kindergeldanspruch wegen des Erstattungsanspruchs als erfüllt erklärt wurde, erfolgreich, kommt eine Kostenerstattung analog § 77 in Betracht (BFH v. 23.6.2015 – III R 31/14, BStBl. II 2016, 26).

## 17 II. Anwendung der §§ 102 ff. SGB X

Nach Abs. 2 gelten für Erstattungsansprüche der Träger von Sozialleistungen gegen die Familienkasse die Vorschriften über Erstattungsansprüche der Leistungsträger untereinander (§§ 102 bis 109 und §§ 111 bis 113 SGB X) entsprechend. Die Familienkasse wird demnach trotz ihrer Stellung als Finanzbehörde (§ 5 Abs. 1 Nr. 11 FVG) im Rahmen des Abs. 2 bei der entsprechenden Anwendung der Erstattungsvorschriften wie ein Sozialleistungsträger behandelt (*Helmke in Helmkel/Bauer*, Familienleistungsausgleich, § 74 Rz. 31 [4/2018]). Deshalb scheidet ein Anspruch eines Sozialleistungsträgers 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.

In §§ 102 ff. SGB X sind die Erstattungsansprüche der Sozialleistungen erbringenden Leistungsträger geregelt. Dazu zählen vor allem die Erstattungsansprüche der Sozial- und Jugendhilfeträger (Rz. V 34.1 DA-KG 2019) und der Träger der Kriegsoferversorgung (Rz. V 34.2 Abs. 2 DA-KG 2019).

**Erstattungsansprüche nach §§ 102, 103 SGB X:** zur mangelnden Relevanz im Kindergeldrecht s. *Helmke in Helmkel/Bauer*, Familienleistungsausgleich, § 74 Rz. 36 f. (4/2018).

**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 Eingliederungshilfe, der Sozialhilfe, der Kriegsopferfürsorge und der Jugendhilfe Aufwendungsersatz 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 in der Vergangenheit für den Berechtigten oder für dessen Kinder Leistungen ohne Anrechnung des Kindergeldes 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-rechtl. Aussage über die Gleichartigkeit und Nachrangigkeit (BFH v. 17.4.2008 – III R 33/05, BStBl. II 2009, 919). Für aktuelle Anspruchszeiträume ist eine Erstattung nach § 104 Abs. 1 Satz 1 SGB X ausgeschlossen, da der Leistungsträger das Kindergeld unmittelbar auf seine Leistung anrechnen kann (Rz. V 34.2 Abs. 1 Satz 5 DA-KG 2019).

- ▶ *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; BFH v. 22.11.2012 – III R 24/11, BStBl. II 2014, 32; Rz. V 34.2 Abs. 1 Sätze 6 ff. DA-KG 2019, BStBl. I 2012, 734). Hiervon ist auszugehen, wenn die andere Leistung zur Deckung des allgemeinen Lebensbedarfs des Kindergeldberechtigten oder des Kindes bestimmt ist (*Helmke in Helmke/Bauer, Familienleistungsausgleich*, § 74 Rz. 38 [4/2018]). 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, den Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsg nach § 2 AsylbLG iVm. § 28 SGB XII (BFH v. 5.6.2014 – VI R 15/12, BFH/NV 2014, 1821) und dem Kinderzuschlag nach § 33b Bundesversorgungsg (s. Rz. V 34.2 Abs. 2 DA-KG 2019). Dabei beschränkt sich die Gleichartigkeit auf den Teil des Kindergeldes, der der Förderung der Familie dient (BFH v. 19.6.2008 – III R 89/07, BFH/NV 2008, 1995 mwN). Ein Anspruch des Sozialleistungsträgers auf Erstattung von nachträglich festgesetztem Kindergeld setzt allerdings voraus, dass das Kindergeld zum Einkommen des Hilfeempfängers gehört, dem der Sozialleistungsträger Sozialleistungen erbracht hat.
- ▷ *Sozialhilfe*: Für die Sozialhilfe enthält hierzu § 82 Abs. 1 Satz 3 SGB XII eine Sonderregelung. Danach ist das Kindergeld bei Minderjährigen dem jeweiligen Kind als Einkommen zuzurechnen, soweit es bei diesem zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts, mit Ausnahme der Bedarfe nach § 34 SGB XII (Bildung und Teilhabe), benötigt wird. Bei volljährigen Kindern ist

das Kindergeld hingegen als Einkommen des Kindergeldberechtigten anzusehen. Hat der Sozialleistungsträger einem im eigenen Haushalt lebenden Kind Hilfe zum Lebensunterhalt geleistet, hat er idR keinen Anspruch auf Erstattung von nachträglich festgesetztem Kindergeld, weil das Kindergeld zum Einkommen des anspruchsberechtigten Elternteils gehört. Dem Einkommen des Kindes kann das Kindergeld nur zugeordnet werden, wenn es ihm aufgrund einer förmlichen Abzweigung ausgezahlt wird oder ihm zumindest tatsächlich zufließt (BFH v. 17.4.2008 – III R 33/05, BStBl. II 2009, 919; BFH v. 17.7.2008 – III R 87/06, BFH/NV 2008, 1833; BFH v. 7.4.2011 – III R 88/09, BFH/NV 2011, 1326; Rz. 34.2. Abs. 1 Satz 2 DA-KG 2019).

- ▷ Für *ALG II-Leistungen* enthält § 11 Abs. 1 Satz 5 SGB II eine Spezialregelung. Danach ist das Kindergeld für zur Bedarfsgemeinschaft gehörende Kinder dem Einkommen des jeweiligen Kindes zuzurechnen, soweit es bei dem jeweiligen Kind zur Sicherung des Lebensunterhalts, mit Ausnahme der Bedarfe nach § 28 SGB II (Bildung und Teilhabe), benötigt wird. Der BFH v. 26.7.2012 (BFH v. 26.7.2012 – III R 28/10, BStBl. II 2013, 26) orientierte sich dagegen an BVerwG (BVerwG v. 17.12.2003 – 5 C 25702, NJW 2004, 2541) und damit an der abweichenden Zuordnung des Kindergeldes nach dem BSHG zum Einkommen des Kindergeldberechtigten und ist uE für ab 2005 gewährte ALG II-Leistungen überholt. Soweit das Kind nicht zur Bedarfsgemeinschaft gehört oder das Kindergeld nicht zur Sicherung des Lebensunterhalts benötigt wird, bleibt es hingegen Einkommen des Kindergeldberechtigten. Bezieht sowohl das in einem eigenen Haushalt lebende Kind als auch der kindergeldberechtigte Elternteil SGB II-Leistungen und wird das Kindergeld weder an das Kind abgezweigt noch ausgezahlt, kommt ein Erstattungsanspruch nur wegen der an den Elternteil erbrachten Sozialleistungen in Betracht (BFH v. 22.11.2012 – III R 24/11, BStBl. II 2014, 32).
- ▷ Für *Leistungen nach dem AsylbLG* enthält dessen § 7 keine Sonderregelungen zur sozialrechtl. Zurechnung des Kindergeldes. Es ist folglich (anders als nach der besonderen Zurechnungsnorm gem. § 82 Abs. 1 Satz 2 SGB XII) als Einkommen des Kindergeldberechtigten zu berücksichtigen, an den es tatsächlich gezahlt wird (*Schmidt in Schlegel/Voelzke*, § 7 AsylbLG Rz. 38 [8/2016]; im Erg. ebenso BFH v. 5.6.2014 – VI R 15/12, BFH/NV 2014, 1821).
- ▶ *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; Rz. V 34.2 Abs. 1 Sätze 10 ff. DA-KG 2019) und den Leistungen der Jugendhilfe nach §§ 11 ff. SGB VIII (BFH v. 25.5.2004 – VIII R 21/03, BFH/NV 2005, 171; Rz. V 34.2 Abs. 1 Sätze 10 ff. DA-KG 2019).
- ▶ *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 § 2 BSHG bzw. § 82 Abs. 1 SGB XII, wobei zu berücksichtigen ist, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf den Unterhaltsanspruch gegenüber den Eltern nach § 43 Abs. 5, § 94 SGB XII weitgehend auf die Nachrangigkeit verzichtet (BFH v. 17.12.2008 – III R 6/07, BStBl. II 2009, 926). Beim Arbeitslosengeld II regelt § 11 Abs. 1 SGB II die Nachrangigkeit. Für die Leistungen nach dem AsylbLG ergibt sich der Nachrang aus § 7 Abs. 1 AsylbLG (im Erg. ebenso BFH v. 5.6.

2014 – VI R 15/12, BFH/NV 2014, 1821). Beim Kinderzuschlag nach § 33b BundesversorgungG folgt der Nachrang aus § 33b Abs. 1 Satz 2 BundesversorgungG.

Hat die Familienkasse das Kindergeld an den Berechtigten oder einen Dritten ausbezahlt, bevor sie vom Erstattungsanspruch Kenntnis erlangt hat, scheidet ein Erstattungsanspruch nach § 104 Abs. 1 Satz 1 SGB X aus (Rz. V 34.1 Abs. 3 DA-KG 2019; für den umgekehrten Fall des trotz Kenntnis vom Erstattungsanspruch ausbezahlten Kindergeldes s. Rz. V 34.6 Abs. 2 DA-KG 2019).

**Der Erstattungsanspruch nach § 104 Abs. 1 Satz 4 SGB X** setzt weder Gleichzeitigkeit noch Nachrangigkeit voraus (BFH v. 19.4.2012 – III R 85/09, BStBl. II 2013, 19). Erstattungsgrund ist allein der Kostenbeitrags- bzw. Aufwändungsersatzanspruch (zB des Jugendhilfeträgers bei Heimunterbringung des Kindes nach § 94 Abs. 3 SGB VIII). Eine Erstattung setzt allerdings voraus, dass der Sozialleistungsträger den kraft Gesetzes entstehenden Aufwändungsersatzanspruch oder den aufgrund gesetzlicher Ermächtigung festzusetzenden Kostenbeitragsanspruch gegenüber dem Kindergeldberechtigten durch Verwaltungsakt festsetzt (BFH v. 25.5.2004 – VIII R 21/03, BFH/NV 2005, 171; *Helmke in Helmke/Bauer*, Familienleistungsausgleich, § 74 Rz. 40 [4/2018]; Rz. V 34.3 DA-KG 2019). Der Erstattungsanspruch ist nicht auf vergangene Zeiträume beschränkt, sondern kann auch für aktuelle Zeiträume geltend gemacht werden (Rz. V 34.3 Abs. 1 Satz 3 DA-KG 2019). Der Erstattungsanspruch ist jedoch 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). Durch Gesetz v. 23.12.2016 (BGBl. I 2016, 3234) wurde der Kreis der erstattungsberechtigten Träger mW v. 1.1.2020 um die Träger der Eingliederungshilfe ergänzt. Damit ist aber keine Rechtsänderung verbunden. Vielmehr ist es durch das Herauslösen des Rechts der Eingliederungshilfe aus dem Recht der Sozialhilfe erforderlich geworden, die Regelungen, die bisher für die Eingliederungshilfe als Teil des Sozialhilferechts galten, nun ausdrücklich für das Recht der Eingliederungshilfe für anwendbar zu erklären (BTDrucks. 18/10523, 82).

**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 (BFH v. 7.4.2011 – III R 88/09, BFH/NV 2011, 1326). 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).

**Erstattungsansprüche nach §§ 105 SGB X** kommen insbes. in Betracht, wenn die Familienkasse Kindergeld nach dem BKGG statt nach dem EstG geleistet hat (s. *Helmke in Helmke/Bauer*, Familienleistungsausgleich, § 74 Rz. 43 [4/2018]).

**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 ein, wenn der Erstattungsanspruch des nachrangigen Sozialleistungsträgers wegen verspäteter Geltendmachung entsprechend § 111 SGB X (Ausschlussfrist von zwölf Monaten) oder § 113 SGB X (Verjährungsfrist von vier Jahren) ausgeschlossen bzw. verjährt ist (Rz. V 34.6 Abs. 1 DA-KG 2019).

**Zur Verzinsung des Erstattungsanspruchs nach § 108 SGB X** vgl. Rz. V 34.5 DA-KG 2019.

**Anteiliges Kindergeld:** Haben nicht alle Kinder des Berechtigten Leistungen erhalten, so erfasst der Erstattungsanspruch nur das nach § 76 Satz 2 Nr. 1 ermittelte, anteilige Kindergeld für die Kinder, die Leistungen erhalten haben (BFH v. 28.4.2010 – III R 43/08, BStBl. II 2010, 1014; Rz. V 34.1 Abs. 4 DA-KG 2019).

**Abkommenskindergeld:** Wurde Kindergeld teilweise nach § 66 und teilweise nach einem zwischenstaatlichen Abkommen festgesetzt, ist für die Ermittlung des einzelnen Erstattungsanspruchs jeweils nur dasjenige Kindergeld maßgeblich, das nach den gleichen Vorschriften gezahlt wird wie das Kindergeld für das Kind, auf das sich der Erstattungsanspruch bezieht (BFH v. 28.4.2010 – III R 44/08, BStBl. II 2013, 580).