

Rechtsanwalt Dr. Andreas Hänlein, Freiburg

Wohngeld für den Erben? Zur Rückforderung nach dem Tode weitergezahlter Sozialleistungen – BVerwGE 84, 274*

Mit Bescheid vom 20. 3. 1980 bewilligte die Wohngeldstelle der beklagten Gemeinde der Mutter (*M*) des Klägers (*K*) für den Zeitraum vom 1. 1. bis zum 31. 12. 1980 ein monatliches Wohngeld in Höhe von 110 DM. Am 12. 4. 1980 starb *M*. *K*, der nicht im Haushalt der *M* gelebt hatte, ist ihr Alleinerbe. Das Wohngeld für den Monat Mai wurde aufgrund eines Versehens noch auf das Konto der Verstorbenen überwiesen. Mit Bescheid vom 11. 3. 1981 forderte der Bürgermeister der Gemeinde von *K* die Rückzahlung der zuviel gezahlten 110 DM. Nach erfolglosem Widerspruch erhob *K* Anfechtungsklage. Das VG wies die Klage ab. Auf die Berufung des *K* hob das OVG die erstinstanzliche Entscheidung auf. Die Revision der Beklagten blieb erfolglos.

I. Vorbemerkung

Die Entscheidung des BVerwG betrifft wichtige Probleme des allgemeinen Verwaltungsrechts, die in einen sozialrechtlichen Mantel gekleidet sind. Nach einführenden Hinweisen zu

* Urt. v. 23. 1. 1990 – 8 C 37/88 = NJW 1990, 2482 = JZ 1990, 862 m. Anm. Maurer, JZ 1990, 863.

diesem sozialrechtlichen Rahmen (II) werden die allgemein bedeutsamen Fragen erörtert, die der Fall aufwirft (III, IV). Als Variante wird dabei der Sachverhalt in die Jahre 1989/1990 verlegt werden. Insbesondere die rechtliche Würdigung dieser Sachverhaltsvariante wird zeigen, daß die Entscheidung des BVerwG im Originalfall keine Zustimmung verdient.

II. Hinweise zum sozialrechtlichen Rahmen des Falles

Wohngeldrecht ist besonderes Verwaltungsrecht, genauer: besonderes Sozialverwaltungsrecht. Nach Art. II § 1 Nr. 14 SGB-I gilt das Wohngeldgesetz als besonderer Teil des Sozialgesetzbuches. Wer für eine angemessene Wohnung Aufwendungen erbringen muß, die ihm nicht zugemutet werden können, hat nach dem Wohngeldgesetz¹ ein Recht auf Zuschuß zur Miete oder zu vergleichbaren Aufwendungen (§ 7 SGB-I). Für die Lösung des Falles ist der vierte Teil des Wohngeldgesetzes bedeutsam, der in erster Linie Sonderregeln für das Verwaltungsverfahren enthält.

Als Teil des Sozialgesetzbuches unterliegt das Wohngeldgesetz den Regeln des ersten und des zehnten Buches des Sozialgesetzbuches, soweit dem Wohngeldgesetz nichts abweichendes zu entnehmen ist (§ 37 SGB-I). Das zehnte Buch regelt in seinem ersten Kapitel (§§ 1 bis 66) das sozialrechtliche Verwaltungsverfahren – und zwar nicht immer in Übereinstimmung mit den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes und der Länder. Die ersten beiden Kapitel des SGB-X stammen vom 18. 8. 1980 und sind im wesentlichen am 1. 1. 1981 in Kraft getreten (Art. II § 40 SGB-X). Mit der Einführung des SGB-X wurde auch das Wohngeldgesetz geändert, um es dem neuen Verwaltungsverfahrenrecht anzupassen. Für die Lösung des Falles bedeutsam ist die Änderung der §§ 28 und 30 WohnGG, die ebenfalls am 1. 1. 1981 in Kraft getreten ist.

III. Zur Zulässigkeit der Anfechtungsklage

Die von K erhobene Anfechtungsklage war zulässig. Insofern sind lediglich zwei Bemerkungen zum Rechtsweg geboten: Um das Vorliegen einer „öffentlichrechtlichen Streitigkeit“ i. S. des § 40 I VwGO zu begründen, konnte sich das BVerwG mit dem Hinweis begnügen, daß die Behörde die Rückforderung durch einen Leistungsbescheid geltend gemacht hatte, der später durch einen Widerspruchsbescheid bestätigt worden war. Eine Streitigkeit ist schon dann öffentlichrechtlich, wenn die Behörde für sich die Befugnis in Anspruch nimmt, die zwischen ihr und dem Bürger bestehenden Verhältnisse durch Verwaltungsakt zu regeln^{2, 3}. Die Streitigkeit war auch nicht etwa durch Bundesgesetz einem anderen Gericht zugewiesen. § 51 SGG weist den Sozialgerichten nur einen Teil des Sozialrechts, insbesondere das Recht der Sozial- und Arbeitslosenversicherung zu, nicht aber das Wohngeldrecht⁴.

IV. Begründetheit der Anfechtungsklage

Die Begründetheit der Anfechtungsklage hing davon ab, ob der angegriffene Verwaltungsakt rechtswidrig war und den Kläger in seinen Rechten verletzte (§ 113 I VwGO). Die Prüfung der Rechtswidrigkeit des Leistungsbescheides wirft zwei Fragen auf: Ob der Gemeinde der geltend gemachte Rückforderungsanspruch zustand, und ob sie diesen Anspruch durch Leistungsbescheid geltend machen durfte. Das BVerwG untersucht nur die zweite Frage und gelangt zu einem negativen Ergebnis. Die folgende Darstellung wird umgekehrt vorgehen und dabei zunächst die Kernfrage des Falles offenlassen: ob ein eventueller Rückforderungsanspruch dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuzuordnen ist.

1. Bestehen eines Rückforderungsanspruchs

a) *Öffentlichrechtlicher Rückzahlungsanspruch.* Richtet sich das Rückabwicklungsverhältnis nach öffentlichem Recht, kann man an einen *allgemeinen* öffentlichrechtlichen Erstattungsanspruch denken. Dieses Institut kommt in Betracht, soweit kei-

ne ausdrückliche gesetzliche Regelung vorhanden ist. Es ist in Rechtsprechung und Lehre seit langem anerkannt, so daß es schon fast gewohnheitsrechtlichen Rang hat⁵. Trotz seiner zivilrechtlichen Wurzeln wird es heute als eigenständiges Institut des öffentlichen Rechts angesehen⁶. Seine Voraussetzungen entsprechen denen eines zivilrechtlichen Bereicherungsanspruchs: Leistungen ohne Rechtsgrund und sonstige rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen müssen rückgängig gemacht werden⁷. Hinsichtlich der Rechtsfolgen war bis vor kurzem streitig, ob und unter welchen Voraussetzungen sich der Bereicherungsschuldner auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann. Dem Staat als Bereicherungsschuldner wurde dieser Einwand schon lange versagt⁸. Inzwischen hat das BVerwG entschieden, die §§ 818 III, 819 BGB seien auch dann nicht entsprechend anwendbar, wenn der Bürger Bereicherungsschuldner sei. Der Einwand, die empfangene Leistung sei verbraucht, könne vielmehr nur Beachtung finden, wenn der Empfänger in schutzwürdiger Weise darauf vertraut habe, er dürfe die Leistung behalten. Grobe Fahrlässigkeit verdiene keinen Vertrauensschutz⁹.

Vorrangig zu prüfen sind freilich die spezialgesetzlichen Ausprägungen des Erstattungsanspruchs. Beispiele sind etwa § 12 II BBesG oder aus den Verwaltungsverfahrensgesetzen § 48 II Sätze 5 bis 8. Im Sozialrecht ist § 50 SGB-X einschlägig, der zwei Anspruchsgrundlagen enthält:

Nach § 50 I SGB-X *muß* die Behörde Sozialleistungen zurückfordern, die aufgrund eines Verwaltungsaktes erbracht wurden, der später aufgehoben wurde. Schutzwürdiges Vertrauen des Leistungsempfängers, der die Leistung verbraucht hat, kann die Behörde nur bei der Vorfrage berücksichtigen, ob sie – z. B. nach § 45 SGB-X – den Bewilligungsbescheid zurücknehmen und so die Rechtsgrundlosigkeit der Leistung herbeiführen will. Nach § 50 II 1 SGB-X sind Leistungen zu erstatten, die ohne Verwaltungsakt zu Unrecht erbracht wurden. Die Formulierung „sind zu erstatten“ ist irreführend, da Satz 2 die §§ 45 und 48 SGB-X für anwendbar erklärt. Obwohl es an einem Bewilligungsbescheid fehlt, hat die Behörde im Rahmen der Rückforderung zu prüfen, ob sie einen hypothetischen Bewilligungsbescheid zurücknehmen dürfte, so daß sich die Entscheidung über die Rückforderung als Ermessensentscheidung entpuppt¹⁰. Gedacht ist die Vorschrift z. B. für Fälle, in denen auf Zeit gewährte Versichertenrenten wegen Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit nach Zeitablauf weitergezahlt werden¹¹.

Im Sozialrecht bleibt neben diesen beiden Erstattungsansprüchen für den allgemeinen öffentlichrechtlichen Erstattungsanspruch jedenfalls insoweit kein Raum, als es um die Rückforderungen von Leistungen geht. Die Lösung des Falles geht in den beiden Sachverhaltsvarianten verschiedene Wege: Einmal über Absatz 1, das andere Mal über Absatz 2 des § 50 SGB-X, der schon einige Monate in Kraft war, als die Wohngeldstelle 1981 tätig wurde.

aa) Spielt der Fall in den Jahren 1989 und 1990 (Sachverhaltsvariante), so ist er über § 50 I SGB-X zu lösen. Die Wohngeld-

1) I. d. F. der Bekanntmachung v. 28. 2. 1990, BGBl I, 310.

2) Vgl. die prägnante Formulierung in BSGE 61, 11 f.; vgl. auch BSGE 65, 133 (134 f.).

3) Es hätte übrigens ausgereicht, wenn eine schlichte Rechnung ohne Verwaltungsaktkarakter später durch einen Widerspruchsbescheid bestätigt worden wäre, vgl. BVerwGE 78, 3.

4) Wäre das besprochene Urteil nach dem 1. 1. 1991 ergangen, hätte sich das BVerwG als Revisionsgericht mit Rechtswegfragen nicht mehr befassen dürfen: § 17a V GVG i. d. F. des 4. VwGOÄndG v. 17. 12. 1990 (BGBl I 1990, 2809; näher dazu Kissel, NJW 1991, 945 [947 ff.]).

5) BVerwGE 71, 85 (88).

6) Zur Entwicklung: Reuter-Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, § 27 II.

7) BVerwGE 77, 85 (87 f.).

8) BVerwGE 36, 108 (113 f.).

9) BVerwGE 71, 85 m. Anm. Ossenbühl, JZ 1985, 795.

10) Ganz h. M.; vgl. z. B. BSGE 55, 250 [251]; Schroeder-Printzen-Wiesner, SGB-X, 2. Aufl. (1990), § 50 Anm. 3.1; a. A. – ohne auf Rspr. und Lit. auch nur einzugehen: VGH Mannheim, VBIBW 1991, 31.

11) Pickel, Lehrb. des sozialrechtlichen Verwaltungsverfahrens, 2. Aufl. (1985), S. 367. Zu Renten auf Zeit s. § 1276 RVO bzw. § 102 SGB-VI.

stelle müßte *K* „eine Leistung erbracht haben“. Das BVerwG brauchte sich in seiner Entscheidung zu dieser Voraussetzung nicht zu äußern. Das BSG hat aber in einem obiter dictum auch versehentliche Zahlungen an den Erben als Leistungserbringung i. S. des § 50 SGB-X angesehen¹². Auch im erörterten Fall erscheint es sinnvoll, eine „Leistung“ i. S. des § 50 SGB-X anzunehmen, da die Zuwendung in die Vermögensmasse gelangt ist, in die sie gelangen sollte. Anders dürften die Fälle zu beurteilen sein, in denen die Zuwendung an gänzlich unbeteiligte Dritte gelangt ist, wenn etwa der Vermieter eines Rentners nach dessen Tod die versehentlich weitergezahlte Rente bei der Zahlstelle abholt¹³.

Die Leistung mußte ferner zunächst von einem Verwaltungsakt gedeckt gewesen sein. Die Wohngeldzahlung für Mai 1989 könnte aufgrund des Bewilligungsbescheides vom 20. 3. 1989 erfolgt sein. Fraglich ist das Schicksal des Bescheides nach dem Tod der *M*. Denkbar ist zweierlei: Durch *M*'s Tod könnte sich der Verwaltungsakt gem. § 39 II SGB-X¹⁴ „auf andere Weise erledigt haben“. Oder der Bescheid blieb weiter wirksam und begründete nun Rechte des Rechtsnachfolgers *K*.

Die Frage, ob ein Verwaltungsakt auch für oder gegen den Rechtsnachfolger von Todes wegen wirkt, ist gesetzlich nicht geregelt. In der Lehre sagt man, daß sich ein Verwaltungsakt durch Tod erledige, wenn er eine höchstpersönliche Berechtigung gewähre¹⁵. Ob der betroffene Anspruch höchstpersönlich ist, kann man im Sozialrecht § 59 SGB-I oder entsprechenden Vorschriften in den Spezialgesetzen entnehmen. Ist ein Anspruch nach diesen Vorschriften nicht höchstpersönlich und damit übergangsfähig, geht er im Todesfall entweder auf einen Sonderrechtsnachfolger (§ 56 SGB-X-I) oder auf den Erben (§ 58 SGB-I i. V. mit § 1922 BGB) über. Dieser Übergang erstreckt sich auch auf schon ergangene Bescheide¹⁶.

Leben im Haushalt des Wohngeldbeziehers Familienangehörige, endet der Anspruch erst mit Ende des i. d. R. zwölfmonatigen Bewilligungszeitraumes (§ 30 III 2 WohnGG). Bei alleinstehenden Wohngeldbeziehern entfällt der Anspruch von dem auf den Sterbemonat folgenden Zahlungsabschnitt an (§ 30 III WohnGG). In der Variante des Sachverhalts endet der materielle Wohngeldanspruch mithin mit dem Monat April 1989, ca. zwei Wochen nach dem Tod der *M*. Angesichts dessen kann ihr Wohngeldanspruch nicht als höchstpersönlich angesehen werden. Die Nachfolge in den zunächst weiterbestehenden Anspruch richtet sich nach den erwähnten allgemeinen Vorschriften; gem. §§ 58 SGB-I, 1922 BGB ging der zunächst weiterbestehende Anspruch auf den Alleinerben *K* über. Für ihn wirkte daher nun auch der Bewilligungsbescheid vom 20. März. Die Behörde mußte also das materielle Ende des Anspruchs verfahrensrechtlich umsetzen. Zum Zeitpunkt der Zahlung hatte sie den Bescheid noch nicht aufgehoben, so daß die Zahlung zunächst von einem Verwaltungsakt gedeckt war.

Dieser Verwaltungsakt müßte später aufgehoben worden sein. Fällt wie hier ein bewilligter Anspruch kraft Gesetzes weg, stellt dies eine wesentliche Änderung i. S. des § 48 I 1 SGB-X dar. Die Behörde soll – wenn nicht ein atypischer Fall vorliegt¹⁷ – den Bewilligungsbescheid mit Wirkung vom Zeitpunkt der Änderung aufheben (§ 48 I 2 Nr. 4 SGB-X). Einen solchen Aufhebungsbescheid hat sie hier zwar nicht ausdrücklich erlassen. Ein Rückforderungsbescheid wie der vom 11. 3. 1990 enthält jedoch regelmäßig zumindest konkludent die Aufhebung des Bewilligungsbescheides¹⁸ – hier mit Wirkung zum 1. 5. 1989. Demnach war die Zahlung im Mai 1989 nicht mehr von einem Verwaltungsakt gedeckt. Das bereits erbrachte Wohngeld, dessen Rechtsgrund nun entfallen ist, muß folglich gem. § 50 I SGB-X erstattet werden.

bb) Spielt der Fall in den Jahren 1980 und 1981 (so der vom BVerwG zu beurteilende Originalsachverhalt), ist § 50 II SGB-X heranzuziehen. Auch hier hat die Behörde „eine Lei-

stung erbracht“, wie es § 50 II SGB-X verlangt¹⁹. Zu untersuchen ist nun, ob dies „ohne Verwaltungsakt“ geschehen ist. Das BVerwG legt überzeugend dar, daß sich der Bewilligungsbescheid zum Ende des Monats April 1980 „kraft Gesetzes gleichsam erledigt“ habe, wie es seit dem 1. 1. 1981 in § 39 II SGB-X angesprochen ist: Im Jahr 1980 enthielt § 28 II WohnGG noch einen Satz 3, demzufolge bewilligtes Wohngeld für den Fall, daß ein alleinstehender Antragsberechtigter nach der Antragstellung gestorben ist, bis zum Ablauf des den Sterbemonat einschließenden Zahlungsabschnitts gezahlt wurde. Der Tod des Antragstellers war nicht wie nach derzeit geltendem Recht ein Grund, der „nur“ den Wohngeldanspruch i. S. des § 48 I 2 Nr. 4 SGB-X „wegfallen“ ließ. Vielmehr war schon der zulässige Umfang des Bewilligungsbescheides in zeitlicher Hinsicht dahingehend eingegrenzt, daß er z. B. nur den den Sterbemonat einschließenden Zahlungsabschnitt regeln durfte. „Einer Aufhebung des Bewilligungsbescheides (bedurfte) es insoweit nicht“²⁰. Die Zahlung im Mai 1980 war mithin ohne Verwaltungsakt erfolgt.

§ 50 II SGB-X verlangt schließlich, daß die Leistung zu Unrecht, d. h. ohne einen materiellrechtlichen Anspruch des *K* erfolgte. Mangels spezieller wohngeldrechtlicher Regelung richtet sich das Schicksal des Wohngeldanspruchs beim Tode des Berechtigten nach § 59 SGB-I. Ansprüche auf Geldleistungen erlöschen nach dieser Vorschrift, wenn sie im Zeitpunkt des Todes des Berechtigten weder festgestellt sind noch ein Verwaltungsverfahren über sie anhängig ist. Seit Erlaß des Bewilligungsbescheides war das Verwaltungsverfahren über den Wohngeldanspruch der *M* nicht mehr anhängig. Der Anspruch der *M* war zwar festgestellt, doch verlor die Feststellung am 30. 4. 1980 ihre Wirkung, so daß mit Ablauf dieses Tages der Wohngeldanspruch erlosch.

K hat mithin die Leistung nach § 50 II 1 SGB-X zu erstatten. § 50 II 2 i. V. mit § 48 I SGB-X steht nicht entgegen, da keine Anhaltspunkte für einen atypischen Fall mitgeteilt sind.

cc) Ergebnis: Handelt es sich um ein öffentlichrechtliches Rückabwicklungsverhältnis, besteht in beiden Sachverhaltsvarianten ein Erstattungsanspruch.

b) Anspruch aus § 812 I 1 BGB. Hat die Rückabwicklung nach Privatrecht zu erfolgen, steht der Gemeinde ein Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB zu²¹. *K* hat die Zahlung durch Leistung der Wohngeldstelle erlangt²². Im Ausgangsfall fehlt ohne weiteres der Rechtsgrund, in der Fallvariante fehlt er seit Aufhebung des Bescheides. Ob *K* sich auf einen etwaigen Wegfall der Bereicherung berufen kann, hängt davon ab, ob er um das Fehlen oder die Aufhebbarkeit des Rechtsgrundes wußte. Es sei unterstellt, daß bei ihm diese Kenntnis vorhanden war, so daß ihm der Einwand abgeschnitten ist. Auch bei privatrechtl-

12) BSGE 55, 250 (252); die Lit. stimmt dem wohl überwiegend zu; vgl. Schneider-Damwitz, in: Bley u. a. (Hrsg.), Gesamtkomm. SozVers. IV, § 50 SGB-X Anm. 20.

13) So die Gestaltung in BSGE 32, 145.

14) Entspricht § 43 II der Verwaltungsverfahrensgesetze.

15) Pickel (o. Fußn. 9), S. 289; Kopp, VwVfG, 4. Aufl. (1986), § 43 Rdnr. 17.

16) Dies ist auch der Standpunkt der besprochenen Entscheidung: Das BVerwG nimmt eine Erledigung zum Ende des Monats April an, so daß vom 12. 4. bis zum 30. 4. der Verwaltungsakt noch wirksam gewesen sein muß. Die Wirkung kann sich nur auf *K* bezogen haben. Vgl. auch Leipold, in: MünchKomm, 2. Aufl. (1989), Vorb. § 1922 Rdnr. 94.

17) BSGE 60, 180 (185).

18) Vgl. z. B. BVerwG, BayVBl 1985, 373.

19) Vgl. soeben bei Fußn. 12.

20) Zweiter Halbsatz des zweiten Leitsatzes der besprochenen Entscheidung.

21) Vgl. BGHZ 71, 180 (189); dort freilich keine Festlegung auf die Leistungskondition.

22) Sinnvoll ist es, von einer „Leistung“ im Sinne „bewußter und zweckgerichteter Vermehrung fremden Vermögens“ (Palandt-Thomas, BGB 50. Aufl. [1991], § 812 Anm. 2a) zu sprechen, da die Wohngeldstelle genau die Vermögensmasse vermehrt hat, deren Mehrung sie beabsichtigte. Vgl. o. bei Fußn. 12.

cher Rückabwicklung stünde der Gemeinde mithin ein Zahlungsanspruch zu.

2. Verwaltungsakt als zulässige Handlungsform?

Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes ist stets auch die Frage zu prüfen, ob der Verwaltungsakt die zulässige Handlungsform ist. Es ist zwar umstritten, ob und in welchen Fällen der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes eine gesetzliche Grundlage auch für die Wahl dieser Handlungsform verlangt, oder ob Gewohnheitsrecht als Rechtsgrundlage insoweit ausreicht²³. Im Bereich des § 50 SGB-X spielt dieser Streit keine Rolle, da § 50 III SGB-X die Festsetzung der zu erstattenden Leistung durch einen Verwaltungsakt ausdrücklich vorschreibt. Eindeutig ist demgegenüber, daß Verwaltungsakte nur „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“ (§ 31 SGB-X²⁴) erlassen werden dürfen. Im Originalfall hat das BVerwG entschieden, das Rückforderungsbegehren sei dem privaten Recht zuzuordnen, so daß der Verwaltungsakt rechtswidrig war.

a) *Argumentation des BVerwG.* Diese Zuordnung begründet das Gericht so: Mit einem Anspruch auf Ausgleich einer ungerechtfertigten Bereicherung werde ein vermeintlicher Leistungsanspruch gleichsam umgekehrt. Der Erstattungsanspruch teile als „Kehrseite“ des Leistungsanspruchs dessen Rechtsqualität²⁵. Dementsprechend könne der Anspruch gegen *K* nur dann öffentlichrechtlicher Natur sein, wenn ihm das Wohngeld aufgrund eines tatsächlichen oder vermeintlichen wohngeldrechtlichen Leistungsverhältnisses zugeflossen sei. *K* habe aber das Wohngeld nicht aufgrund eines tatsächlichen Leistungsverhältnisses erhalten, da die Zahlung durch den Bewilligungsbescheid nicht gedeckt war²⁶. Ebenso wenig sei die Leistung aufgrund eines vermeintlichen öffentlichrechtlichen Leistungsverhältnisses erbracht worden. Dafür genüge nicht schon die Zahlung als solche, da – wie der BGH ausgeführt habe – nicht jeder Dritte der öffentlichen Gewalt des Leistenden schon deshalb unterworfen werde, weil er von ihm eine Geldleistung zu Unrecht empfangen habe. Erforderlich sei vielmehr die irriige Annahme einer Leistungspflicht gegenüber dem Zahlungsempfänger. Die Behörde habe hier nicht an *K*, sondern ausschließlich an *M* zahlen wollen, deren Tod ihr im Zeitpunkt der Leistung nicht bekannt gewesen sei. Der Argumentationsgang entspricht gefestigter Rechtsprechung des BGH²⁷ und des BSG²⁸.

b) *Gegenargumente.* Diese Rechtsprechung ist in der Literatur auf gut begründeten Widerspruch gestoßen²⁹, mit dem sich das BVerwG leider nicht auseinandergesetzt hat.

Dem BGH wird etwa angelastet, daß er die Zuordnungsfrage von der nur für die Begründetheit der Rückzahlungsklage bedeutsamen Frage nach dem Rechtsgrund der Zahlung abhängig mache. Es müsse demgegenüber der Rechtscharakter der Behördenhandlung untersucht werden, die es rückgängig zu machen gelte. Eine eindeutig öffentlichrechtliche Handlung wie die Zahlung von Wohngeld verliere diese Eigenschaft nicht dadurch, daß sie vom Weg abirre³⁰. Folglich sei auch die Rückforderung der abgeirrten Zahlung nach öffentlichem Recht zu beurteilen. Auch ein Querschläger hoheitlich exerzierenden Militärs führe dementsprechend zu einem öffentlichrechtlichen Ausgleich³¹. Ferner behandle der BGH den Erben wie jeden beliebigen Dritten. Dies sei angesichts der Nachwirkungen des Sozialrechtsverhältnisses, besonders angesichts des Übergangs des Wohngeldanspruchs auf den Erben nach § 58 SGB-I, nicht richtig. Jedenfalls solange das Erblaskonto noch zum Nachlaß gehöre, müsse sich die Rückforderung einer fortgezählten Sozialleistung nach öffentlichem Recht richten³². Der Rechtsprechung liege die Vorstellung zugrunde, daß die Anwendung öffentlichen Rechts als den Bürger belastend einer besonderen Rechtfertigung bedürfe, wie es sich an der im Anschluß an den BGH getroffenen Feststellung des BVerwG zeige, daß „nicht jeder Dritte der öffentlichen Gewalt des Leistenden schon deshalb unterworfen (werde), weil er von ihr eine Geldleistung zu Unrecht empfangen“ habe. Diese Vorstellung sei insbesondere für den Bereich der Leistungsverwaltung überholt und unzutreffend³³.

c) *Stellungnahme und Lösung der Sachverhaltsvariante.* Die rechtliche Qualifizierung des Rückabwicklungsverhältnisses läßt sich nicht im Wege der Auslegung etwa aus § 40 I VwGO oder aus § 31 SGB-X gewinnen. Auch die üblichen Lehrmeinungen helfen nicht viel weiter. Der einzig gangbare Weg, zu einem Ergebnis zu gelangen, besteht daher darin, nach der für die Praxis sinnvollen Lösung zu suchen. Dementsprechend ist die Einordnung vorzugswürdig, die den Streit um die Rückforderung an den Gerichtszweig gelangen läßt, der durch besondere Sachkunde und Sachnähe am ehesten zur Entscheidung berufen ist³⁴.

Schon mehrfach wurde in der Literatur darauf hingewiesen³⁵, daß die Rechtsprechung dementsprechend verwandte Fallgestaltungen dem öffentlichen Recht zuordnet: Den Streit um den Rückforderungsanspruch, der schon vor dem Tod des Sozialleistungsempfängers entstanden ist³⁶, sowie den Streit um die Rückforderung der Leistung, deren Rechtsgrund nicht erst nach, sondern schon durch den Tod des Berechtigten wegfällt³⁷. Unter dem Gesichtspunkt der Sachnähe scheint das stärkste Argument für die öffentlichrechtliche Lösung der Hinweis auf den Fall, der dem entschiedenen am engsten verwandt ist, nämlich den in der Sachverhaltsvariante erörterten:

Seit dem 1. 1. 1981 ist die Regel, daß Wohngeld bis zum Ablauf des Sterbemonats gezahlt wird, statt in § 28 II 3 in § 30 III WohnGG enthalten. Sie betrifft nun nicht mehr den zulässigen Inhalt des Bewilligungsbescheides, sondern läßt den materiellen Wohngeldanspruch entfallen, ohne daß sich in der Sache etwas geändert hätte. Dementsprechend hat sich in der Sachverhaltsvariante der Bewilligungsbescheid infolge des Todes der *M* nicht mit Ablauf des Monats April erledigt. Die Behörde soll vielmehr nach § 48 I 2 Nr. 4 StGB-X den Bescheid mit Wirkung zu diesem Zeitpunkt aufheben. Als die Zahlung auf dem Konto einging, galt der Bewilligungsbescheid noch und vermittelte *K* einen, wenn auch prekären, Rechtsgrund. Nach der Argumentation in der besprochenen Entscheidung müßte das BVerwG in dieser Variante die nach dem Tod der *M*, aber vor Aufhebung des Bescheides erfolgte Zahlung als „im Rahmen eines öffentlichrechtlichen Leistungsverhältnisses zugeflossen“ ansehen und damit auch das Abwicklungsverhältnis dem öffentlichen Recht zuordnen.

23) Nach der Rspr. ist in Subordinationsverhältnissen u. U. der Verwaltungsakt die zulässige Handlungsform: BVerwGE 18, 283; 19, 243; 28, 1; OVG Münster, NJW 1990, 2901; BSGE 49, 291 (294); vgl. auch BVerwGE 72, 265 (dazu Bauer, NVwZ 1987, 112), und VGH Mannheim, VBIBW 1990, 225 (226); krit. Erichsen-Martens, AllgVerwR, 8. Aufl. (1988), S. 355 f.

24) Entspricht § 35 der Verwaltungsverfahrensgesetze.

25) Der topos der „Kehrseite“, bisweilen als „Kehrseitentheorie“ bezeichnet, taucht in zweierlei Zusammenhang auf: Zum einen im erörterten Zusammenhang. Hier soll er zur Bestimmung der Rechtsqualität des Abwicklungsverhältnisses beitragen. Zum anderen dient er zur Begründung der These, daß die Erstattung einer durch Verwaltungsakt festgesetzten Leistung ihrerseits durch Verwaltungsakt geltend gemacht werden dürfe; vgl. dazu Erichsen-Martens (o. Fußn. 23), S. 355 f. m. Nachw. in Fußn. 100.

26) Vgl. dazu schon o. IV 1 a bb.

27) BGHZ 71, 180 (181 ff.) m. krit. Anm. Bethge, NJW 1978, 1801; BGHZ 73, 202 (203 f.). In beiden Entscheidungen ging es um Renten der gesetzlichen Rentenversicherung, die nach dem Tod des Rentners irrtümlich auf dessen Konto weitergezahlt wurden.

28) BSGE 15, 14; 32, 145; 61, 11.

29) Bethge, NJW 1978, 1801; Birk, SGB 1979, 302; Staudinger-Marotzke, BGB, 12. Aufl. (1989), § 1922 Rdnr. 362; jetzt auch Maurer in seiner Anmerkung zu der besprochenen Entscheidung, JZ 1990, 863.

30) Bethge, NJW 1978, 1801; Maurer, JZ 1990, 863 (864).

31) So Renck, JuS 1978, 459 (462); vgl. etwa BGHZ 37, 44, und BGH, NJW 1964, 105.

32) Maurer, JZ 1990, 863 (864); vgl. auch Birk, SGB 1979, 302 (303); Staudinger-Marotzke, § 1922 Rdnr. 362.

33) Maurer, JZ 1990, 863 (864).

34) Zur Legitimität dieser Überlegung GmS, NJW 1974, 2087; BGHZ 67, 81 (87); BSGE 65, 133 (136). Zum VG als sachnächstem Gericht gelangt der als öffentlichrechtlich eingeordnete Rückforderungsstreit entweder durch Leistungsklage der Behörde oder durch Anfechtungsklage des Bürgers gegen den hinsichtlich der Rückforderung mit Recht als solcher ergangenen Verwaltungsakt

35) Birk, SGB 1979, 302 (303); Maurer, JZ 1990, 863 (864 f.).

36) BGHZ 71, 180 (182).

37) BVerwGE 37, 314; BAGE 36, 274 (282 f.); a. A. BSGE 15, 14.

Von einer derart geringfügigen Verschiebung in der Gesetzeslage kann die Verwandlung eines privatrechtlichen in einen öffentlichrechtlichen Anspruch schwerlich abhängen. Es ist vielmehr in *beiden* Varianten die Verwaltungsgerichtsbarkeit der sachnächste Gerichtszweig, da es entscheidend um Wohngeldrecht geht: Die Frage nach der Reichweite des Bewilligungsbescheides ist nur im Blick auf das Wohngeldgesetz zu lösen. Insoweit hat auch das *BVerwG* einigermaßen subtile wohngeldrechtliche Überlegungen anstellen müssen, um die privatrechtliche Zuordnung des Rückabwicklungsverhältnisse festzustellen. Ebenso ergibt sich aus dem Wohngeldgesetz i. V. mit dem allgemeinen Sozialrecht, wie lange dem Erben ein materieller Wohngeldanspruch zusteht.

V. Ausblick

Es besteht begründete Hoffnung, daß die besprochene Entscheidung des 8. *Senats* des *BVerwG* nicht das letzte Wort sein wird. Zwei Monate später hat nämlich der 2. *Senat* eine vergleichbare Konstellation entgegengesetzt entschieden³⁸, ohne auf das offenbar noch nicht bekannte Urteil des 8. *Senats* einzugehen. Es ging dabei um folgenden Fall:

Eine Beamtin hatte die Gewährung einer Beihilfe beantragt und eine Abschlagszahlung erbeten. Wenige Tage nach ihrem Tod überwies das Land eine Abschlagszahlung in Höhe von 10000 DM auf das Konto der Verstorbenen. Der zuständige Sachbearbeiter hatte von dem Tod der Witwe noch nichts erfahren. Der Neffe der Verstorbenen ist ihr Alleinerbe. Das klagende Land forderte von dem beklagten Neffen die Abschlagszahlung durch Leistungsklage – erfolgreich – zurück. Das Klagebegehren wurde auf § 98 NRWBG gestützt, der § 12 II BBesG für anwendbar erklärt. Nach § 12 II BBesG regelt sich die Rückforderung zuviel gezahlter Dienstbezüge nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.

In diesem Fall stellt sich die Frage nach der Einordnung des Rückabwicklungsverhältnisses als Rechtsproblem, da der Anspruch nicht durch Verwaltungsakt, sondern im Wege der Leistungsklage geltend gemacht worden war. Abgesehen davon ist der Fall dem Wohngeldfall des 8. *Senats* unmittelbar vergleichbar. Eine Zahlung war nach dem Tod der Berechtigten auf deren Konto erbracht worden. Die Zahlung war nicht von einem Verwaltungsakt gedeckt, denn ein Beihilfebescheid war weder vor noch nach dem Tod erlassen worden³⁹. Das Land wollte schließlich die Abschlagszahlung ausschließlich an die Tante des Beklagten leisten, deren Tod dem zuständigen Sachbearbeiter noch nicht bekannt war. Dem Beklagten stand auch kein Beihilfeanspruch zu. Der Beihilfeanspruch der Tante war mit deren Tod erloschen. Einen eigenen hatte er nicht geltend gemacht⁴⁰. Der 2. *Senat* hat den Verwaltungsrechtsweg nach §§ 40 VwGO, 126 BRRG für gegeben erachtet, da es sich um eine öffentlichrechtliche Streitigkeit handele. Es gehe um die Rückzahlung zu Unrecht gezahlter Dienstbezüge. Das Rückzahlungsbegehren werde auf beamtenrechtliche Beihilfevorschriften gestützt. Der Streitgegenstand sei daher vom öffentlichen Recht geordnet. Daran ändere es nichts, daß das Land nicht an den Beklagten, sondern an die Verstorbene habe zahlen wollen. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit sei kraft besonderer Sachkunde und Sachnähe zur Entscheidung berufen. Abgestützt wird dieser Argumentationsgang mit dem Hinweis auf § 126 BRRG, der anerkanntermaßen die Vereinheitlichung der Beamtenrechtsstreitigkeiten bezweckt.

Diese Beurteilung der Rechtswegsfrage ist uneingeschränkt zu begrüßen. Bedauerlich ist nur, daß der 2. *Senat* sich derart lapidarer Kürze befleißigt hat, ohne die anderslautende Rechtsprechung insbesondere des *BGH* auch nur zu erwähnen. Die Vorinstanz hatte sich noch ausdrücklich vom *BGH* abgegrenzt. Die prägnanten Worte des *OVG* sollten in Zukunft beherzigt werden: Entgegen der Ansicht des *BGH* führe der Umstand, daß derjenige, an den aufgrund öffentlichen Rechts geleistet

werden sollte, vor Erbringung der Leistung verstorben sei, nicht dazu, daß der Rückforderungsstreit privatrechtlich werde:

„Damit mag die Leistung ihren öffentlichrechtlichen Zweck verfehlen und daher rechtsgrundlos erfolgt sein; sie wird deshalb aber nicht zu einer privatrechtlichen⁴¹.“

VI. Zusammenfassung

1. Die versehentliche Zahlung von Sozialleistungen nach dem Tod des Berechtigten auf das Konto des Erblassers ist dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Daher ist auch der Streit um die Rückforderung öffentlichrechtlicher Natur.

2. Anspruchsgrundlage für die Erstattung rechtsgrundlos erbrachter Leistungen ist im Sozialrecht § 50 I oder II SGB-X. Ein Rückgriff auf den allgemeinen öffentlichrechtlichen Erstattungsanspruch ist nicht erforderlich.

3. Der Ausgleich erfolgt über § 50 I SGB-X, wenn die Zahlung zunächst von einem den Rechtsnachfolger begünstigenden Bescheid gedeckt war, der später rückwirkend aufgehoben wurde. War die Zahlung nicht zunächst von einem Bescheid gedeckt, ist § 50 II SGB-X maßgeblich.

4. Beide Erstattungsansprüche sind durch (schriftlichen) Verwaltungsakt geltend zu machen (§ 50 III SGB-X).

38) *BVerwG*, DVBl 1990, 870; Vorinstanz *OVG Koblenz*, abgedr. bei *Schütz*, BeamtenR. des Bundes und der Länder, Entscheidungssammlung, ES/C IV, Nr. 34, S. 132ff.

39) So ausdrücklich *OVG Koblenz*, aaO (o. Fußn. 38), S. 135.

40) Das wäre nach § 14 II NRWBeihVO denkbar gewesen.

41) *OVG Koblenz*, aaO (o. Fußn. 38), S. 133.