

**Erläuterungen****Inhaltsübersicht**

	Rn.
1. Inhalt und Zweck der Rechtsnorm .....	1 – 4
1.1 Eigentumsgarantie .....	2
1.2 Anwendungsfall .....	3, 4
2. Versorgungsbezüge .....	5 – 7
2.1 Allgemein .....	5
2.2 Unterhaltsbeitrag nach Gnaden- und Disziplinarrecht .....	6
2.3 Kindergeld .....	7
3. Gesetzliche Änderung .....	8
4. Überzahlung .....	9, 10
4.1 Bruttobezüge .....	9
4.2 Grund der Überzahlung .....	10
5. Geschützte Zahlungen/Ansprüche .....	11 – 13
5.1 Rückwirkungszeitraum .....	11
5.2 Im Rückwirkungszeitraum entstandene Ansprüche .....	12
5.3 Laufende Versorgungsbezüge .....	13
6. Rückforderung überzahlter Versorgungsbezüge .....	14 – 18
6.1 Rückforderung nach § 52 Abs. 2 .....	14 – 18
6.1.1 Verhältnis zu § 49a VwVfG .....	14 – 16
6.1.2 Überzahlungen vor dem 1. Jan. 1977 .....	17
6.1.3 Von § 52 Abs. 2 erfasste Versorgungsbezüge .....	18
7. Rückforderung im Wege des Schadenersatzes .....	19 – 25
7.1 Schadenersatz nach § 75 BBG und entsprechendem Landesrecht .....	19 – 24
7.1.1 Anwendung auf Versorgungsempfänger .....	20
7.1.2 Anwendungsfall .....	21
7.1.3 Anwendung neben § 52 .....	22
7.1.4 Unterschied zu § 52 .....	23
7.1.5 Gleichzeitige Verfolgung der Ansprüche .....	24
7.2 Zinsverlust als Schadenersatz .....	25
8. Rückforderung .....	26 – 42
8.1 Geltendmachung der Rückforderung .....	26 – 42
8.1.1 Leistungsbescheid .....	27 – 31
8.1.1.1 Zulässigkeit .....	27
8.1.1.2 Inhalt .....	28
8.1.1.3 Verfahren .....	29
8.1.1.4 Rücknahmebescheid .....	30
8.1.1.5 Erben .....	31
8.1.2 Leistungsklage .....	32
8.1.3 Aufrechnung .....	33 – 42
8.1.3.1 Erklärung der Aufrechnung .....	33
8.1.3.2 Beschränkung .....	34
8.1.3.3 Voraussetzung .....	35
8.1.3.4 Umfang .....	36
8.1.3.5 Rückforderungsbescheid nicht Voraussetzung .....	37

	Rn.
8.1.3.6 Anrechnung auf Sterbegeld .....	38
8.1.3.7 Aufrechnung kein Verwaltungsakt .....	39 – 41
8.1.3.8 Aufrechnung bei Kindergeld .....	42
9. Verstoß gegen Tren und Glauben; Verwirkung .....	43
10. Rücknahmebescheid – Rückforderung .....	44
11. Rückforderungsgegner .....	45 – 50
11.1 Versorgungsberechtigter .....	45
11.2 Erben .....	46 – 49
11.2.1 Zahlung zu Lebzeiten des Versorgungsempfängers .....	46
11.2.2 Zahlung für die Zeit nach dem Tode des Versorgungsempfängers .....	47, 48
11.2.3 Zahlung an einen Dritten .....	49
11.3 Verschollheitenbezüge .....	50
12. Rückforderungsbetrag .....	51 – 59
12.1 Bruttobetrag .....	51 – 54
12.1.1 Rückzahlung im Kalenderjahr .....	52
12.1.2 Rückzahlung später .....	53
12.1.3 Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung .....	54
12.2 Zinsen .....	55 – 58
12.2.1 Prozesszinsen .....	55
12.2.2 Verzugszinsen .....	56
12.2.3 Zinsverlust als Schadenersatz .....	57
12.2.4 Stundungszinsen .....	58
12.3 Nutzungsgewinn .....	59
13. Verjährung, Erlöschen, Verwirkung .....	60 – 66
13.1 Verjährung des Rückforderungsanspruchs nach § 52 Abs. 2 .....	60 – 63
13.1.1 Rechtslage bis 31. Dez. 2001 .....	60
13.1.2 Rechtslage ab 1. Jan. 2002 .....	61 – 63
13.1.2.1 Verjährungsfrist .....	61
13.1.2.2 Unanfechtbarer Rückforderungsanspruch .....	62
13.1.2.3 Hemmung der Verjährung .....	63
13.2 Verjährung des Schadenersatzanspruchs .....	64
13.3 Landesrechtliche Vorschriften .....	65, 66
13.3.1 Allgemein .....	65
13.3.2 Erlöschen der Ansprüche nach Art. 71 des Gesetzes zur Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und anderer Gesetze – AGBGB .....	66
14. Saldierung .....	67, 68
14.1 .....	67
14.2 .....	68
15. Zu viel gezahlt – Überzahlung .....	69 – 79
15.1 Rechtsgrund .....	70 – 73
15.1.1 Gesetz .....	71
15.1.2 Rechtsbegründender Verwaltungsakt .....	72
15.1.3 Konkretisierender Verwaltungsakt .....	73
15.2 Verwaltungsakt als Rechtsgrund .....	74, 75
15.3 Entstehen einer Überzahlung .....	76
15.4 Zahlung ohne Abzug von Lohnsteuer .....	77
15.5 Nicht zu viel gezahlt .....	78

	Rn.
15.6 Kindergeld .....	79
16. Versorgungsbezüge .....	80 – 94
16.1 Allgemein .....	80, 81
16.1.1 Bezüge nach § 2 .....	80
16.1.2 Bezüge bei nichtiger oder zurückgenommener Ernennung .....	81
16.2 Sonderzuwendung/Sonderzahlung .....	82 – 85
16.2.1 Sonderzuwendung .....	82 – 84
16.2.1.1 Anwendung des § 52 Abs. 2 .....	83
16.2.1.2 Anwendung des § 4 Abs. 3 SZG .....	84
16.2.2 Sonderzahlung .....	85
16.3 Unterhaltsbeitrag nach Gnadenrecht .....	86
16.4 Unterhaltsbeitrag nach Disziplinarrecht .....	87
16.5 Sonstige Leistungen .....	88
16.6 Kindergeld, Familienzuschlag, Leistungen nach §§ 50a bis 50e .....	89 – 93
16.6.1 Kindergeld .....	89 – 91
16.6.1.1 Kindergeld nach dem BKGG .....	90
16.6.1.2 Kindergeld nach dem EStG .....	91
16.6.2 Familienzuschlag .....	92
16.6.3 Leistungen nach §§ 50a bis 50c .....	93
16.7 Witwenabfindung .....	94
17. Ungerechtfertigte Bereicherung .....	95 – 98
17.1 §§ 812 ff. BGB .....	95, 96
17.2 § 49a VwVfG .....	97
17.3 Vertrauensschutz .....	98
18. Wegfall der Bereicherung .....	99 – 108
18.1 Allgemein .....	99 – 101
18.2 Unterstellung des Wegfalls der Bereicherung .....	102
18.3 Nachweis durch den Versorgungsempfänger .....	103 – 107
18.3.1 Vergleich der Vermögensverhältnisse .....	104
18.3.2 Nicht mehr bereichert .....	105
18.3.3 Noch bereichert .....	106, 107
18.4 Erben .....	108
19. Der Wegfall der Bereicherung ist unbedeutlich .....	109 – 126
19.1 Kenntnis des Mangels des rechtlichen Grundes (§ 819 Abs. 1 BGB) .....	110 – 121
19.1.1 Kenntnis des Versorgungsempfängers – Verschärfte Haftung .....	110 – 119
19.1.1.1 Rückwirkung des Festsetzungsbescheides .....	111
19.1.1.2 Zahlung unter Rückforderungsvorbehalt .....	112 – 118
19.1.1.2.1 Abschlagszahlungen .....	113
19.1.1.2.2 Zahlungen auf Grund der aufschiebenden Wirkung .....	114
19.1.1.2.3 Ruhensvorschriften .....	115
19.1.1.2.4 Kürzung nach § 57 .....	116
19.1.1.2.5 Erhöhtes Ruhegehalt (§ 14a) .....	117
19.1.1.2.6 Versorgungsleistung für die Zeit nach dem Tod .....	118
19.1.1.3 Verletzung der Anzeigepflicht .....	119
19.1.2 Kenntnis des Vertreters .....	120, 121

	Rn.
19.2 Versorgungsempfänger hätte den Mangel des rechtlichen Grundes erkennen müssen (§ 52 Abs. 2 Satz 2) .....	122 – 124
19.2.1 Offensichtlich .....	123
19.2.2 Pflicht zur Überprüfung .....	124
19.3 Rechtshängigkeit der Forderung .....	125
19.4 Berufung auf Treu und Glauben .....	126
20. Billigkeitsentscheidung .....	127 – 142
20.1 Allgemein .....	127
20.2 Vorliegen von Billigkeitsgründen .....	128 – 130
20.2.1 Rückforderung vom Versorgungsempfänger .....	129
20.2.2 Rückforderung von den Erben .....	130
20.3 Schuldhaftes Verhalten .....	131, 132
20.3.1 Schuldhaftes Verhalten des Versorgungsempfängers .....	131
20.3.2 Schuldhaftes Verhalten der Behörde .....	132
20.4 Entscheidung der Behörde .....	133, 134
20.4.1 Inhalt der Entscheidung .....	133
20.4.2 Entscheidung von Amts wegen .....	134
20.5 Art der Billigkeitsmaßnahme .....	135 – 137
20.5.1 Absehen von der Rückforderung .....	135
20.5.2 Stundung .....	136
20.5.3 Ratenzahlung .....	137
20.6 Billigkeitsentscheidung ist Verwaltungsakt .....	138 – 140
20.6.1 Form .....	138
20.6.2 Widerruf der Entscheidung .....	139
20.6.3 Widerruf der Entscheidung .....	140
20.7 Anwendung bei Sonderzuwendung .....	141
20.8 Niederschlagung nach Haushaltsrecht .....	142
21. Rückforderung von Kleinbeträgen .....	143 – 155
21.1 Allgemein .....	143
21.2 Vorschrift zur Verwaltungsvereinfachung .....	144
21.3 Weniger als fünf Euro .....	145, 146
21.3.1 .....	145
21.3.2 .....	146
21.4 Rücküberweisung, Rückerstattung .....	147 – 155
21.4.1 Allgemein .....	147 – 155
21.4.1.1 Rechtslage bis 31. Dez. 2001 .....	147
21.4.1.2 Regelung im Rentenrecht .....	148
21.4.1.3 Rechtslage ab 1. Jan. 2002 .....	149
21.4.1.4 Rechtslage ab 6. Februar 2009 .....	150 – 155
21.4.1.4.1 Geltender Wortlaut § 118 Abs. 3 – 5 SGB VI .....	153
21.4.1.4.2 Rechtsweg .....	154
21.4.1.4.3 Anspruch gegen die Erben .....	155
22. Anwendung der Verwaltungsvorschrift zum BBesG .....	156, 157
22.1 Allgemein .....	156
22.2 Wortlaut der Verwaltungsvorschrift .....	157
23. Anlage – Prüfschema 24 § 52 BeamtVG .....	158 – 184

## 1. Inhalt und Zweck der Rechtsnorm

§ 52 bestimmt, dass die Rückforderung von Versorgungsbezügen bei rückwirkender gesetzlicher Verschlechterung dieser Bezüge ausgeschlossen ist und unterstellt die Rückforderung im Übrigen den Vorschriften des BGB über die Herausgabe einer unge rechtifertigten Bereicherung. Die Vorschrift stellt insoweit eine Sonderregelung für den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch zugunsten der Versorgungsberechtigten dar. 1

Eine entsprechende Regelung findet sich in § 12 Abs. 1 BBesG im Hinblick auf die rückwirkende Änderung der Bezüge (Besoldung) für aktive Beamten und Beamte, Richterinnen und Richter sowie Soldatinnen und Soldaten.

§ 52 Abs. 1 regelt als lex specialis zu § 52 Abs. 2 die Abwicklung einer Überzahlung, die sich durch eine rückwirkend in Kraft getretene gesetzliche Änderung ergibt.

### 1.1 Eigentumsgarantie

Die Rückforderung einer Überzahlung, die sich durch eine rückwirkend in Kraft getretene gesetzliche Änderung ergibt, würde gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG verstößen. Sowohl der Anspruch auf die bereits fällig gewordenen Teile der Versorgungsbezüge als auch auf die bereits zugeflossenen Versorgungsbezüge sind Eigentum im Sinne Art. 14 GG und können damit nicht mehr entzogen werden (vgl. BVerwG, Urt. v. 20. Nov. 1964 – VI C 118.61 –, BVerwGE 20/29, Buchholz 232 § 87 Nr. 18; Beschl. v. 23. Juli 1979 – 6 B 56/79 – (§ 52 Abs. 1 hat – wie der gleichlautende § 12 Abs. 1 BBesG – nach zum Teil vertretener Ansicht im Hinblick auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG nur deklaratorische Bedeutung; vgl. dazu ausführlich Schwegmann/Summer, BBesG, zu § 12 Teil A II/1)). 2

### 1.2 Anwendungsfall

Die Vorschrift greift nur ein, wenn die gesetzliche Änderung **unmittelbar** eine rückwirkende Verminderung der Versorgungsbezüge – und damit eine Überzahlung – zur Folge hat. Ist Rechtsgrundlage für die Zahlung ein Verwaltungsakt (Festsetzungsbescheid), der durch die gesetzliche Änderung rechtswidrig wird, ist dieser zunächst zurückzunehmen. Dies ist bei Rechtswidrigkeit durch rückwirkende Rechtsänderung nur mit Wirkung für die Zukunft und nicht mit Wirkung für die Vergangenheit möglich. Damit entsteht keine nach § 52 Abs. 1 zu behandelnde Überzahlung. 3

Rückwirkend tritt eine Schlechterstellung dann ein, wenn die verschlechternde Norm an einem vor Verkündung des entsprechenden Gesetzes liegenden Tag in Kraft tritt und dadurch für den maßgeblichen Zeitraum im Ergebnis nur noch Anspruch auf geringere Bruttobezüge besteht als vorher. Rückwirkende Regelungen, die eine Änderung im Hinblick auf die Höhe der Nettobezüge führen (z. B. wegen Änderungen des Steuerrechts) bedeuten keine Änderung im Sinne des Absatzes 1. Auch solche Änderungen wären allerdings grundsätzlich nicht mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar. 4

**2. Versorgungsbezüge****2.1 Allgemein**

- 5 Versorgungsbezüge im Sinne des § 52 Abs. 1 sind alle in § 2 genannten Leistungen einschließlich der jährlichen Sonderzuwendung und des Kindererziehungszuschlags.

**2.2 Unterhaltsbeitrag nach Gnaden- und Disziplinarrecht**

- 6 § 52 Abs. 1 gilt auch für Unterhaltsbeiträge nach Gnadenrecht (§ 63 Nr. 8) und – nach der Verwaltungspraxis – auch für Unterhaltsbeiträge nach Disziplinarrecht (vgl. auch nachstehend Rn. 157).

**2.3 Kindergeld**

- 7 § 52 Abs. 1 findet keine Anwendung auf das den Versorgungsempfängern nach dem EStG gezahlte Kindergeld. Die Abwicklung einer durch eine Rechtsänderung entstandenen Überzahlung von Kindergeld richtet sich nach § 70 Abs. 2 EStG. Zu der dort genannten Änderung der Verhältnisse gehört auch eine Änderung der rechtlichen Verhältnisse.

**3. Gesetzliche Änderung**

- 8 Gesetzliche Änderungen sind nach der Zweckbestimmung der Vorschrift auch Änderungen von Rechtsverordnungen, die auf dem BeamVG beruhen und die Höhe von Versorgungsleistungen regeln. Vgl. auch Nr. 12.1.1 BBesGVwV (abgedruckt nachstehend in Rn. 157).

**4. Überzahlung****4.1 Bruttobezüge**

- 9 § 52 Abs. 1 findet nur auf Überzahlungen der Bruttoversorgungsbezüge Anwendung (Nr. 12.1.2 BBesGVwV – abgedruckt nachstehend in Rn. 157). Überzahlungen durch rückwirkende Änderungen der Nettoversorgungsbezüge auf Grund steuerrechtlicher Maßnahmen fallen nicht unter § 52 Abs. 1.

**4.2 Grund der Überzahlung**

- 10 Unter § 52 Abs. 1 fallen nur Überzahlungen, die durch eine rückwirkende Rechtsänderung entstehen. Sind Versorgungsbezüge (auch) aus anderen Gründen als der Rechtsänderung überzahlt, richtet sich die Rückforderung insoweit nach § 52 Abs. 2.

**5. Geschützte Zahlungen/Ansprüche****5.1 Rückwirkungszeitraum**

- 11 § 52 Abs. 1 erfasst den Zeitraum zwischen dem rückwirkenden Inkrafttreten und der Verkündung der Rechtsänderung (Tag der Ausgabe des Gesetzblattes, in dem die Rechtsänderung verkündet wird) = Rückwirkungszeitraum.

## 5.2 Im Rückwirkungszeitraum entstandene Ansprüche

Der Wortlaut „sind die Unterschiedsbeträge nicht zu erstatten“, beschränkt die Regelung nicht auf im Rückwirkungszeitraum bereits geleistete Zahlungen. Auch Ansprüche, die entsprechend dem vor der Änderung geltenden Recht noch im Rückwirkungszeitraum entstanden, aber noch nicht durch Zahlung erfüllt sind, fallen unter die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG (s. vorstehend Rn. 2). Sie müssen noch entsprechend dem vor der Änderung geltenden Recht erfüllt werden. Eine Nichtzahlung würde im Ergebnis einer nach § 52 Abs. 1 nicht zulässigen Rückerstattung gleichkommen.

Geschützt sind damit

- die nach altem Recht im Rückwirkungszeitraum bereits (zu viel) gezahlten Versorgungsbezüge;
- die im Rückwirkungszeitraum noch fällig gewordenen, aber noch nicht erfüllten Ansprüche auf Versorgungsbezüge.

## 5.3 Laufende Versorgungsbezüge

Bei laufenden Versorgungsbezügen ist zu beachten:

13

Diese Bezüge sind monatlich im Voraus zu zahlen (§ 49 Abs. 4). Am Ersten des Zahlungszeitraumes (Monat) wird der Anspruch auf den **vollen** Monatsbezug fällig. Daraus folgt:

- Im Rückwirkungszeitraum (s. vorstehend Nr. 5.1) gezahlte Versorgungsbezüge sind für den gesamten Anspruchszeitraum (Monat) geschützt. Überzahlungen, die auf die Zeit nach Verkündung der Rechtsänderung bis zum nächsten Fälligkeitszeitpunkt entfallen, sind nicht zu erstatten. Überzahlungen ab dem auf die Verkündung der Rechtsänderung folgenden nächsten Fälligkeitszeitpunkt sind nach § 52 Abs. 2 abzuwickeln.
- Im Rückwirkungszeitraum fällig gewordene Ansprüche sind für den vollen Monat noch nach bisherigem Recht zu erfüllen, also auch für die Zeit nach der Verkündung der Rechtsänderung.

# 6. Rückforderung überzahlter Versorgungsbezüge

## 6.1 Rückforderung nach § 52 Abs. 2

### 6.1.1 Verhältnis zu § 49a VwVfG

§ 52 Abs. 2 trifft eine eigenständige Regelung für die Rückforderung überzahlter Versorgungsbezüge. Die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts über die Erstattung gewährter Leistungen bei Rücknahme eines Verwaltungsaktes mit Wirkung für die Vergangenheit (§ 49a VwVfG) finden im Bereich des Versorgungsrechts (ebenso wie Besoldungsrecht) keine Anwendung (§ 1 Abs. 1 VwVfG; vgl. Nr. 12.2.0.1

14

BBesGVwV<sup>1)</sup> – abgedruckt nachstehend unter Rn. 157; BVerwG, Beschl. v. 18. März 1982, Buchholz 238.41 § 49 SVG Nr. 2; Urt. v. 21. Mai 1992).

- 15 Zur Frage der Anwendung des § 49a VwVfG bei der Rückforderung von Bezügen, die auf Grund eines Beamtenverhältnisses gezahlt wurden, das wegen Nichtigkeit oder Rücknahme der Ernennung nicht zustande gekommen war (s. Rn. 81).
- 16 § 52 Abs. 2 ist deshalb vorrangig, weil hier – entsprechend wie in § 12 Abs. 2 BBesG – eine Regelung über die Rückforderung „zu viel gezahlter Bezüge“ getroffen wird. Unstrittig ist, dass es sich bei den in § 2 aufgeführten Leistungen um Versorgungsbezüge im Sinne des § 52 Abs. 2 handelt. Ihre Rückforderung erfolgt auf der Grundlage dieser Regelung. Für die Anwendung des § 49a VwVfG verbleibt daher kein Raum.

### **6.1.2 Überzahlungen vor dem 1. Jan. 1977**

- 17 Die Rückforderung von Versorgungsbezügen, die vor dem Inkrafttreten des BeamtenVG überzahlt worden sind, richtet sich ebenfalls nach § 52 Abs. 2, wenn der Rückforderungsanspruch nach dem 31. Dez. 1976 geltend gemacht wird.

### **6.1.3 Von § 52 Abs. 2 erfasste Versorgungsbezüge**

- 18 Wegen der von § 52 Abs. 2 erfassten Versorgungsbezüge (s. nachstehend Rn. 80 ff.).

## **7. Rückforderung im Wege des Schadenersatzes**

### **7.1 Schadenersatz nach § 75 BBG und entsprechendem Landesrecht**

- 19 Nach Nr. 12.2.0.2 BBesGVwV (abgedruckt nachstehend in Rn. 157) ist im Besoldungsbereich neben dem Rückforderungsanspruch nach § 12 Abs. 2 BBesG (= § 52 Abs. 2 BeamtenVG) bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Pflichtverletzung, die eine Überzahlung verursacht hat, auch ein Schadenersatzanspruch des Dienstherrn nach § 75 Abs. 1 BBG und entsprechendem Landesrecht möglich.

### **7.1.1 Anwendung auf Versorgungsempfänger**

- 20 § 75 BBG (bis 11.2.2009 § 78 BBG, geändert durch Artikel 1 G. v. 5.2.2009, BGBl. I S. 160; zuletzt geändert durch Artikel 11 G. v. 19.11.2010, BGBl. I S. 1552; Geltung ab 12.2.2009) und das entsprechende Landesrecht gilt nach Wortlaut und Standort der Regelung nur für Beamte, setzt also ein bestehendes Beamtenverhältnis voraus. Nach BVerwG, Urt. v. 14. Juli 1971 (– V C 6.70 –) finden die Haftungsvorschriften des Beamtenrechts jedoch

1) Nr. 12.2.0.1 BBesGVwV nimmt auch in der ab 1. Aug. 1997 geltenden Neufassung noch auf § 48 Abs. 2 Satz 5–7 VwVfG Bezug. Durch Gesetz v. 2. Mai 1996 (BGBl. I S. 656) sind jedoch mit Wirkung vom 21. Mai 1996 in § 48 Abs. 2 VwVfG die Sätze 5–8 aufgehoben worden. Die Erstattung ist nunmehr in § 49a VwVfG geregelt. Dies wurde offensichtlich bei der Neufassung der BBesGVwV übersehen.

Die unrichtige Verweisung „§ 48 Abs. 2 Satz 5 bis 7“ soll in Anpassung an die geänderte Rechtslage bei der vorgesehenen Änderung der BBesGVwV durch „§ 49a Abs. 2“ ersetzt werden (RdSchr d. BMI v. 26. Juli 2000 – D II 1 – 221 710/1).

als Ausfluss aus dem früheren Dienstverhältnis auch auf Ruhestandsbeamte Anwendung<sup>1)</sup>.

Das BVerwG ist in dem o. a. Urteil davon ausgegangen, dass Ruhestandsbeamte (und wohl auch frühere Beamte) im Hinblick auf die ihnen obliegenden Pflichten unter den Beamtenbegriff im Sinne des seinerzeit geltenden § 78 BBG a. F. (nunmehr anzuwendenden § 75 BBG) und entsprechendem Landesrecht zu subsumieren sind und damit unmittelbar unter die Haftungsvorschriften fallen. Eine gleiche Betrachtungsweise für die versorgungsberechtigten Hinterbliebenen ist nicht möglich; sie können nicht unter den Beamtenbegriff im Sinne des § 75 BBG n. F. und entsprechendem Landesrecht subsumiert werden. Es obliegen ihnen aber hinsichtlich der Versorgung die gleichen Pflichten wie den Ruhestandsbeamten. Sachlich wäre es daher geboten, sie den gleichen Haftungsregelungen zu unterwerfen. Dies ist aber nur möglich, wenn man davon ausgeht, dass § 75 BBG und das entsprechende Landesrecht nicht unmittelbar für Ruhestandsbeamte und frühere Beamte gilt, sondern (im Versorgungsbereich) analog Anwendung findet. Dann können nicht nur Ruhestandbeamte und frühere Beamte, sondern auch die versorgungsberechtigten Hinterbliebenen einbezogen werden.

### 7.1.2 Anwendungsfall

Das BVerwG hat in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass die schuldhafte Nichtanzeige einer für die Bemessung der (in den entschiedenen Fällen Dienst-)Bezüge maßgebenden Änderung einen Schadenersatz auslösende Pflichtverletzung ist (BVerwG, Urt. v. 29. Aug. 1991, DÖD 1992/173 m. w. N.). Denn der Gesetzgeber hat es im Regelungsbereich des § 62 BeamVG nicht beim Amtsermittlungsgrundsatzz belassen, sondern den Beamten eine besondere eigenverantwortliche Verpflichtung auferlegt (vgl. Hess. VGH, Urt. v. 18.4.2012 – 1 A 1522/11 – sowie Rn. 124). Auch bei Versorgungsempfängern ist daher in Fällen der schuldhaften Verletzung der Anzeigepflicht oder bei schuldhaften unwahren Angaben, die zu einer Überzahlung führten, zu prüfen, ob ein Schadenersatzanspruch nach § 75 BBG und entsprechendem Landesrecht besteht. Dies ist insbesondere auch deshalb veranlasst, weil selbst bei Verletzung der Anzeigepflicht eine Rückforderung nach § 52 Abs. 2 u. U. nicht möglich ist (vgl. nachstehend Rn. 119).

### 7.1.3 Anwendung neben § 52

Der Schadenersatzanspruch nach § 75 BBG und entsprechendem Landesrecht besteht unabhängig davon, ob die Voraussetzungen für eine Rückforderung nach § 52 erfüllt sind. Die beiden Vorschriften schließen sich gegenseitig nicht aus; die Ansprüche bestehen nebeneinander (vgl. BVerwG, Urt. v. 17. Dez. 1963, BVerwGE 17/286; Urt. v. 31. Jan. 1968, BVerwGE 29/114; Urt. v. 12. Juni 1985, BVerwGE 71/354, 358; Hess. VGH, Urt. v. 17. März 1993 – 1 UE 2772/87).

1) In dem entschiedenen Fall war eine Überzahlung durch Verletzung der Anzeigepflicht eines Ruhestandsb. entstanden. Das BVerwG hat die Anwendung des § 78 Abs. 1 BBG auf den Ruhestandsb. bejaht, „weil hier Rechtsgrund für den Schadenersatzanspruch die Verletzung von Pflichten ist, die als Ausfluss des Dienstverhältnisses dem Ruhestandsbeamten ebenso wie dem aktiven Beamten gegenüber dem Dienstherrn obliegen, da sie die Zahlung von Bezügen aus dem Dienstverhältnis betreffen; insoweit besteht kein Unterschied zwischen den Pflichten des aktiven und des in den Ruhestand getretenen Beamten.“

Bei der Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs sind ggf. sonstige Vorschriften zu beachten wie die Beteiligung der Personalvertretung und der Schwerbehindertenvertretung (s. Nr. 12.2.0.2 BBesGVwV, abgedruckt nachstehend in Rn. 157).

#### **7.1.4 Unterschied zu § 52**

**23** Schadenersatzansprüche nach § 75 BBG und entsprechendem Landesrecht unterscheiden sich von Rückforderungsansprüchen nach § 52 Abs. 2 wie folgt:

- Der Beamte kann sich bei Schadenersatzansprüchen nicht auf den Wegfall der Beheimerung (§ 818 Abs. 3 BGB) berufen (BVerwG, Urt. v. 17. Dez. 1963 – II C 24.62 –, BVerwGE 17/286; Urt. v. 29. Aug. 1991 – 2 C 22/89).
- Von der Forderung kann nicht aus Billigkeitsgründen abgesehen werden. Die Frage, ob die Schadenersatzforderung ganz oder zum Teil erlassen werden soll, richtet sich allein nach Haushaltungsrecht (s. Nr. 12.2.17 S. 6, 7 BBesGVwV, abgedruckt nachstehend in Rn. 157).
- Bei der Geltendmachung durch Aufrechnung besteht keine Beschränkung des Aufrechnungsrechts auf den pfändbaren Teil der Versorgungsbezüge, wenn der Schadenersatzanspruch auf einer vorsätzlichen Pflichtverletzung beruht (§ 51 Abs. 2 S. 2). Allerdings ist dem Versorgungsempfänger aus Fürsorgegründen so viel zu lassen, wie er für seinen notwendigen Lebensunterhalt und die Erfüllung seiner laufenden gesetzlichen Unterhaltpflichten benötigt (s. hierzu Nr. 12.2.19 Abs. 2 BBesGVwV – abgedruckt nachstehend Rn. 157 –).
- Ein Anspruch auf Verzugszinsen besteht – ebenso wie bei der Rückforderung nach § 52 Abs. 2 (s. nachstehend Rn. 56) – nicht (BVerwG, Urt. v. 24. Sept. 1987 – 2 C 52/86).

#### **7.1.5 Gleichzeitige Verfolgung der Ansprüche**

**24** Ansprüche nach § 52 Abs. 2 und § 75 BBG (und entsprechendes Landesrecht) sollten im Regelfall gleichzeitig verfolgt werden (s. a. Nr. 12.2.0.2 BBesGVwV – abgedruckt nachstehend in Rn. 157). Damit kann vermieden werden, dass im Fall eines sich länger hinziehenden Rechtsstreites ein Anspruch inzwischen verjährt oder erlischt.

#### **7.2 Zinsverlust als Schadenersatz**

**25** Nicht möglich ist nach BVerwG, Urt. v. 16. Dez. 1988 (– 6 C 35/86 –), einen Zinsverlust (Erstattung von Kreditzinsen) geltend zu machen, wenn die Überzahlung durch vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten (Dienstpflichtverletzung) des Versorgungsempfängers verursacht worden ist. Nach Ansicht des BVerwG fehlt es hier an der Kausalität zwischen der Überzahlung und einer (unterstellten) Kreditaufnahme des Dienstherrn für die überzahlten Bezüge.

### **8. Rückforderung**

#### **8.1 Geltendmachung der Rückforderung**

**26** Rückforderung ist die Geltendmachung eines durch eine Überzahlung (vgl. nachstehend Rn. 69 ff.) entstandenen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs durch den Dienstherrn. Die Rückforderung überzahlter Versorgungsbezüge setzt den Erlass eines Rückforderungsbescheids nicht voraus (LS, BVerwG, Beschl. v. 11.8.2005 – 2 B 2/05 – juris). Sie ist möglich durch:

### 8.1.1 Leistungsbescheid

#### 8.1.1.1 Zulässigkeit

Der Dienstherr darf die Versorgungsempfängerin oder den Versorgungsempfänger zur Rückerstattung zu viel gezahlter Versorgungsbezüge durch Leistungsbescheid (= Verwaltungsakt – im Allgemeinen als **Rückforderungsbescheid** bezeichnet) heranziehen (BVerwG, Urt. v. 28. Sept. 1967, BVerwGE 28/1 m. w. N.; s. a. Nrn. 12.2.19 – 12.2.21 BBesGVwV – abgedruckt in Rn. 157). Dies gilt auch dann, wenn die Versorgungsempfängerin oder der Versorgungsempfänger im Zeitpunkt der Rückforderung seinen Status als Versorgungsempfängerin oder Versorgungsempfänger bereits verloren hat (z. B. nach § 59).

#### 8.1.1.2 Inhalt

Der Rückforderungsbescheid muss enthalten (vgl. Nr. 12.2.20 BBesGVwV, abgedruckt nachstehend in Rn. 157):

- den Zeitraum, in dem die Überzahlung entstanden ist,
- den Betrag der Überzahlung,
- die Höhe des Betrages, der zurückgefordert wird (der Betrag, der zurückgefordert wird, muss nicht mit dem Überzahlungsbetrag identisch sein, wenn sich der Versorgungsempfänger z. B. für einen Teil des Überzahlungszeitraumes auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann),
- in welcher Form die Rückzahlung erfolgen soll,
- eine begründete Entscheidung, ob Billigkeitsgründe vorliegen und wenn ja, ob und in welchem Ausmaß von der Rückforderung abgesehen oder ggf. eine Ratenzahlung eingeräumt wird (vgl. nachstehend Rn. 133),
- eine Rechtsbehelfsbelehrung.

#### 8.1.1.3 Verfahren

Vor dem Erlass des Rückforderungsbescheides soll der Versorgungsempfängerin oder dem Versorgungsempfänger Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden (§ 28 VwVfG); Die Erläuterungen zu § 49 gelten entsprechend. Gegen den Leistungsbescheid kann die Versorgungsempfängerin oder der Versorgungsempfänger den Verwaltungsrechtsweg beschreiten (s. hierzu Erl. zu § 49). Widerspruch und Anfechtungsklage haben aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs. 1 VwGO), sofern nicht die sofortige Vollziehung angeordnet ist. Dies sollte allerdings auf Ausnahmefälle beschränkt werden (vgl. Nr. 12.2.22 BBesGVwV – abgedruckt nachstehend in Rn. 157). Wenn von der Möglichkeit Gebrauch gemacht wird (§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO), ist die Anordnung eingehend zu begründen. Tritt die aufschiebende Wirkung ein, kann der Leistungsbescheid nicht vollzogen werden. Die Versorgungsempfängerin oder der Versorgungsempfänger ist jedoch vorsorglich darauf hinzuweisen, dass sie oder er je nach dem Ausgang des Rechtsmittelverfahrens mit der Rückforderung zu rechnen hat und sich dann nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann (Nr. 12.2.21 BBesGVwV, abgedruckt nachstehend in Rn. 157, s. a. Rn. 119).

**8.1.1.4 Rücknahmebescheid**

- 30 Beruht die Überzahlung auf der rückwirkenden Rücknahme oder dem rückwirkenden Widerruf eines Festsetzungsbescheides (vgl. Erl. zu § 49) ist nicht Voraussetzung für den Erlass eines Rückforderungsbescheides, dass der Rücknahmebescheid bereits unanfechtbar ist. S. a. nachstehend Rn. 44.

**8.1.1.5 Erben**

- 31 Wegen der Geltendmachung der Rückforderung durch Leistungsbescheid gegenüber Erben s. nachstehend Rn. 46.

**8.1.2 Leistungsklage**

- 32 Anstelle eines Leistungsbescheides kann der Dienstherr bei Bestehen eines Rechtsschutzzinteresses Leistungsklage beim Verwaltungsgericht (§ 126 Abs. 2 BRRG a. F. nunmehr § 54 BeamStG d. G. v. 17.6.2008 BGBl. I S. 1010; zuletzt geändert durch Artikel 15 Abs. 16 G. v. 5.2.2009 BGBl. I S. 160; Geltung ab 1.4.2009, abweichend gelten die §§ 25 und 50 ab 20.6.2008) erheben (BVerwG, Urt. v. 28.Sept. 1967 – II C 37.67 – BVerwGE 28/1 m. w. N.). Sie kommt in Betracht, wenn damit zu rechnen ist, dass die Versorgungsempfängerin oder der Versorgungsempfänger gegen einen Leistungsbescheid ohnehin den Rechtsweg beschreiten wird oder wenn die Versorgungsempfängerin oder der Versorgungsempfänger den Anspruch auf seine Versorgungsbezüge vollständig verloren hat und damit eine Aufrechnung nicht mehr möglich ist.

Auch bei einer Rückforderung im Wege der Leistungsklage ist von Amts wegen zu entscheiden, ob Billigkeitsgründe vorliegen und ggf. von der Rückforderung ganz oder teilweise abgesehen wird (vgl. nachstehend Rn. 133 ff.). Da diese Entscheidung ggf. Auswirkungen auf die Höhe des Betrages hat, der zurückgefordert wird, muss sie vor Stellung des Sachantrages beim Tatsachengericht getroffen werden. Eine Nachholung im Revisionsverfahren ist nicht möglich (vgl. BVerwG, Urteil v. 21. Okt. 1999 – 2 C 27.98).

**8.1.3 Aufrechnung****8.1.3.1 Erklärung der Aufrechnung – allgemein**

- 33 Erhält die Versorgungsempfängerin oder der Versorgungsempfänger von dem Dienstherrn, der die Rückforderung betreibt, (weiterhin) Versorgungsbezüge, ist grundsätzlich die Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB) des Rückforderungsanspruchs mit dem Versorgungsanspruch zu erklären (vgl. Nr. 12.2.19 Abs. 1 BBesGVwV, abgedruckt nachstehend in Rn. 157; s. a. Rn. 37).

Mit der Aufrechnung bewirkt der Schuldner einer Forderung unmittelbar deren Erlöschen. Dies geschieht, indem er dem Gläubiger dieser Forderung eine eigene Forderung entgegenhält, d. h. er rechnet mit seinem eigenen Anspruch gegen den Anspruch des Schuldners auf. Damit bewirkt der Schuldner sogleich die Erfüllung seines eigenen Anspruchs. Das Recht zur Aufrechnung ist in §§ 387, 388 BGB geregelt. Diese Vorschriften sind im öffentlichen Recht analog anwendbar. Sie setzen eine Aufrechnungsvoraussetzung voraus.

erklärung des Schuldners (§ 388 BGB) und eine Aufrechnungslage (§ 387 BGB) voraus. Die Aufrechnungslage enthält:

- eine fällige Gegenforderung des Schuldners (hier: der Rückforderungsanspruch),
- eine erfüllbare Hauptforderung des Gläubigers (hier: der Versorgungsanspruch) und
- die Gleichartigkeit beider Forderungen.

Das BeamVG enthält selbst keine ausdrückliche Ermächtigung zur Erklärung der Aufrechnung – allgemein; es wird aber nach § 51 Abs. 2 davon ausgegangen, dass ein Aufrechnungsrecht gegenüber Ansprüchen auf Versorgungsbezüge besteht.

Die Aufrechnung ist den schuldrechtlichen Gestaltungsrechten wie dem Forderungserlass und der Forderungsabtretung zuzuordnen; diese beruhen auf dem Grundsatz der freien Verfügbarkeit des eigenen Rechtsbestandes. Die Aufrechnung weist dagegen keine rechtssystematischen Beziehungen zu Maßnahmen des Vollstreckungsrechts auf. Vielmehr stellt sie eine Erfüllung oder einen Erfüllungssatz der originär eigenen Leistungsverpflichtung – nicht Leistung an Erfüllungen statt – dar.

Bei Erklärung der Aufrechnung muss ebenfalls von Amts wegen entschieden werden, ob Billigkeitsgründe vorliegen und wenn ja, ob und in welchem Ausmaß von der Rückforderung abgesehen wird (BVerwG, Urteil v. 27. Jan. 1994 – 2 C 12.92). Dabei ist zu beachten, dass auch bei einer Aufrechnung, die kein Verwaltungsakt ist (s. nachstehend Rn. 39), die Billigkeitsentscheidung in einer Form zu treffen ist, die es dem Versorgungsempfänger ermöglicht, zur Überprüfung den Verwaltungsrechtsweg zu beschreiten (vgl. a. nachstehend Rn. 133 ff.).

#### **8.1.3.2 Beschränkung**

Das Recht, die Aufrechnung zu erklären, wird durch § 51 Abs. 2 S. 1 nicht berührt. Bei einer im Wege der Billigkeit eingeräumten Ratenzahlung für die Rückerstattung einer Überzahlung muss für die Festsetzung der Raten die Pfändungsfreiraumgrenze nicht beachtet werden. Erst beim Vollzug (Einbehaltung der Rückzahlungsraten) greift die Schutzberechtigung des § 51 Abs. 2 S. 1. Der Versorgungsempfängerin oder dem Versorgungsempfänger muss der nichtpfändbare Teil der Versorgungsbezüge verbleiben (s. a. Erl. zu § 51 und nachstehend Rn. 137).

Liegt der Rückforderung ein Schadenersatzanspruch nach § 75 BBG und entsprechendem Landesrecht zugrunde (s. vorstehend), entfällt die Beschränkung auf den pfändbaren Teil, wenn eine vorsätzliche unerlaubte Handlung der Versorgungsempfängerin oder des Versorgungsempfängers vorliegt (§ 51 Abs. 2 S. 2). Der Versorgungsempfängerin oder dem Versorgungsempfänger ist jedoch aus Fürsorgegründen auch in diesem Fall so viel zu belassen wie sie oder er für den notwendigen Lebensunterhalt und die Erfüllung ihrer oder seiner laufenden gesetzlichen Verpflichtungen benötigt. Als unterste Grenze für den zu belassenden Betrag gilt der Betrag der Hilfe zum Lebensunterhalt nach §§ 11 ff. Bundessozialhilfegesetz (BSHG). S. Nr. 12.2.19 Abs. 2 BBezGVwV, abgedruckt nachstehend in Rn. 157.

**8.1.3.3 Voraussetzung**

- 35 Voraussetzung für die Aufrechnung ist die Gleichartigkeit und Gegenseitigkeit von Forderung und Gegenforderung. Zur Aufrechnung geeignet sind daher nur Versorgungsansprüche des Rückzahlungsschuldners selbst (z. B. keine Aufrechnung eines überzahlten Waisengeldes mit dem Witwengeld der Mutter der Waise, auch wenn sie das Waisengeld als gesetzliche Vertreterin erhalten hat).

**8.1.3.4 Umfang**

- 36 Die Aufrechnung ist möglich, sobald der Dienstherr die Überzahlung zurückfordern und die Versorgungsbezüge, gegen die er aufrechnen will, bewirken kann. § 387 BGB erlaubt grundsätzlich auch die Aufrechnung gegen erst später fällig werdende, aber bereits erfüllbare Gegenforderungen. Damit stellt sich die Frage, inwieweit Versorgungsbezüge, die im Zeitpunkt der Erklärung der Aufrechnung noch nicht fällig sind, sondern erst später fällig werden, i. S. d. § 387 BGB schon bewirkt werden können. Nur gegen den Anspruch auf solche Versorgungsbezüge kann aufgerechnet werden. Das OVG Koblenz hat mit Urteil v. 14. März 1990 (– 2 A 99/89 –) eine Aufrechnung mit in den nächsten zwei Monaten fällig werdenden Versorgungsbezügen als zulässig angesehen (allerdings standen in dem zu entscheidenden Fall nur zwei Monate in Rede; die Überzahlung war durch die Aufrechnung nach zwei Monaten getilgt). Allgemein hat das OVG Koblenz unter Hinweis auf das Urt. des BGH v. 28. Okt. 1971 (– II ZR 49/70 –<sup>1)</sup>) ausgeführt, dass einer Aufrechnung mit erst in Zukunft fällig werdenden Ruhegehaltsbeträgen zeitliche Grenzen gesetzt sind. Eine Beschränkung der Aufrechnung auf fällige oder wenige noch nicht fällige Versorgungsansprüche würde allerdings das in § 51 Abs. 2 S. 1 festgelegte Recht des Dienstherrn zur Aufrechnung weitestgehend aushöhlen. Die Literaturmeinung zu der Frage ist uneinheitlich. Nach v. Zwehl in Schwegmann/Summer, Teil B II/1 BBesG zu § 11 ist die Aufrechnung mit noch nicht fälligen Besoldungsansprüchen (oder hier Versorgungsansprüchen) zulässig.

Regelmäßig fällig wird die Forderung mit Erlass des Leistungsbescheides bzw. zu dem darin genannten Termin. Bei einer Aufrechnung ohne Rückforderungsbescheid wird sie mit endgültiger Feststellung des Rückforderungsanspruchs nach Abschluss der Vorermittlungen bzw. nach Ablauf der in der Zahlungsaufforderung gesetzten Erklärungsfrist fällig. Eine Anfechtung des Rückforderungs- bzw. Leistungsbescheides mit der damit eintretenden aufschiebenden Wirkung beseitigt nicht eine bereits eingetretene Fälligkeit der im Bescheid konkretisierten Forderung. Es ist auch möglich, einen bestrittenen Anspruch aufzurechnen (vgl. BVerwG, Urt. v. 27.10.1982 – 3 C 6/82). Erfolgt die Erklärung der Aufrechnung im Zusammenhang mit einem Rückforderungs-

1) Im Urteil v. 28. Okt. 1971 hatte der BGH bei einem vertraglich vereinbarten Ruhegehalt eine Aufrechnung mit in den nächsten sechs Monaten fällig werdenden Beträgen als angemessen angesehen. Dabei bezog sich der BGH auf eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1943. Danach wäre bei B. eine mehr oder minder unbeschränkte Aufrechnung gegen künftig fällig werdende Gehalts- oder Ruhegehaltsansprüche möglich. Begründet hat dies das Reichsgericht u. a. mit dem Wesen der Beamtenbesoldung und der Einheitlichkeit des Besoldungsanspruchs. Der BGH hat diese Befrachtungsweise für den von ihm zu entscheidenden Fall eines vertraglichen Ruhegehaltes als nicht anwendbar angesehen. Im Übrigen hat er auch Zweifel angemeldet, ob das Urteil einer Würdigung nach heutiger Rechtsanschauung standhalten würde. Diesen Zweifeln hat sich das OVG Koblenz angeschlossen. Es hat allerdings die zeitlichen Grenzen, die nach seiner Ansicht einer Aufrechnung mit noch nicht fälligen Versorgungsansprüchen gesetzt sind, nicht näher definiert.

bescheid, entfaltet diese Aufrechnungserklärung nicht die Wirkung einer Vollziehung des Bescheides (sog. faktische Vollziehung). Entscheidend ist dabei die Fälligkeit der Forderung nicht aber die Vollziehbarkeit des Bescheides. Daher ist die Erklärung der Aufrechnung in diesen Fällen nicht ausgeschlossen. Eine Aufrechnung ist danach auch zulässig, wenn die Vollziehbarkeit des Rückforderungsanspruchs infolge eines Widerspruchs oder einer Anfechtungsklage aufgeschoben ist.

Fällig ist eine Gegenforderung daher dann, wenn sie entstanden ist und ihr keine Einreden (etwa ein Zurückbehaltungsrecht, § 273 BGB) entgegengehalten werden können. Auch die Aufrechnung mit einer verjährten Forderung ist möglich, wenn die Verjährung bei Beginn der Aufrechnungslage noch nicht eingetreten war (§ 215 BGB). Der Rückforderungsanspruch infolge einer Ruhensregelung entsteht *laufend* ab dem Zeitpunkt, in dem die Voraussetzungen für eine Anrechnung erstmals vorlagen. Denn infolge des gesetzesimmanrenten Vorbehalts steht die Ruhensregelung der Auszahlung der Ruhensbeträge sofort entgegen, ohne dass die Versorgungsfestsetzung geändert oder ein Ruhensregelungsbescheid erlassen werden müsste. Der Rückforderungsanspruch ist ab diesem Zeitpunkt auch sofort fällig. Einer „Fälligmachung“ des Rückforderungsanspruchs durch einen ihn konkretisierenden Leistungsbescheid (so noch BVerwG, Urt. v. 27.10.1982 – 3 C 6.82 – BVerwGE 66, 218, NJW 1983, 776) bedarf es nicht, sodass die Aufrechnung auch ohne Rückforderungsbescheid zulässig ist (Nds. OVG, Beschl. v. 8.10.2007, Az. 5 ME 315/07, Nds. Rechtsprechungsdatenbank).

Erfüllbar ist die Hauptforderung gegebenenfalls auch schon vor dem Eintritt der Fälligkeit. Deshalb kann die Behörde die Aufrechnung eines Rückforderungsanspruchs gegen einen monatlich fällig werdenden Versorgungsanspruch bis zum Erlöschen ihrer Forderung erklären, ohne diese Erklärung Monat für Monat wiederholen zu müssen (RG, Urt. v. 28.6.1943, Az. III 5/43). Der laufende Anspruch auf ein vertragliches Ruhegehalt ist allerdings längstens sechs Monate im Voraus erfüllbar (BGH NJW 1972, 154).

### 8.1.3.5 Rückforderungsbescheid nicht Voraussetzung

Der Erlass eines Rückforderungsbescheides ist nicht Voraussetzung für die Erklärung der Aufrechnung; es ist auch eine unmittelbare Erklärung der Aufrechnung möglich. Der Rückzahlungswillige muss den Rückforderungsanspruch auch nicht anerkannt haben. Ist ein Rückforderungsbescheid ergangen, muss dieser weder unanfechtbar noch für sofort vollziehbar erklärt sein. Die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage gegen den Rückforderungsbescheid (§ 80 VwGO) stehen der Aufrechnung nicht entgegen; die Aufrechnung ist rechtlich nicht der Vollzug des Rückforderungsbescheides (vgl. BVerwG, Urt. v. 28. Okt. 1982 – 2 C 43.82 –, BVerwGE 66/218; Urt. v. 13. Juni 1985 – 3 C 6/82; OVG Lüneburg, Beschl. v. 23. März 1984 – 5 B 124/83; OVG Bremen, Beschl. v. 16. Juli 1999 – 2 B 93/99).

Nr. 12.2.19 Abs. 1 BBesGVwV (abgedruckt nachstehend in Rn. 157) sieht vor, dass die Rückforderung entweder durch Aufrechnung **oder** durch Rückforderungsbescheid getan gemacht wird, wobei bei Versorgungsempfängern, die weiterhin laufende Versorgungsbezüge erhalten, die Aufrechnung den Vorrang hat. Eines Rückforderungsbescheides bedarf es dann an sich nicht mehr. Zu bedenken ist dabei allerdings: Wird kein Rückforderungsbescheid erlassen, sondern die Aufrechnung unmittelbar erklärt, kann

der Versorgungsempfänger – weil die Aufrechnung kein Verwaltungsakt ist (s. nachstehend Rn. 39) – Zulässigkeit und Höhe der Rückforderung nicht durch Widerspruch und ggf. Anfechtungsklage klären lassen. Er muss dann, wenn er Einwendungen gegen die Rückforderung und Aufrechnung hat, Verpflichtungsklage erheben (Zahlung der vollen Versorgungsbezüge) und ggf. zunächst durch eine einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO die (volle) Weiterzahlung seiner Versorgungsbezüge, die er zum Lebensunterhalt benötigt, zu erreichen suchen.

#### **8.1.3.6 Anrechnung auf Sterbegeld**

- 38** Keine Aufrechnung ist die Anrechnung von Überzahlungen auf das Sterbegeld nach § 51 Abs. 3 S. 1 (s. Erl. zu § 51). Ebenso ist die Verrechnung einer Überzahlung mit einer Nachzahlung (Saldierung) keine Aufrechnung (s. nachstehend Rn. 67 u. Rn. 68).

#### **8.1.3.7 Aufrechnung kein Verwaltungsakt**

- 39** Die Aufrechnung ist nach herrschender Meinung kein Verwaltungsakt, sondern eine (hier: öffentlich-rechtliche) Erklärung (§ 381 S. 1 BGB); s. a. BVerwG, Urt. v. 27. Okt. 1982 – 3 C 6/82 –, BVerwGE 66/218, 220. Gegen die Aufrechnungserklärung kann daher nicht Widerspruch mit der Folge der aufschiebenden Wirkung eingelegt werden. Wird seitens der Versorgungsempfängerin oder des Versorgungsempfängers die Begründung der Aufrechnung bestritten, kann sie oder er dies durch eine auf Erfüllung der eigenen Forderung gerichtete Leistungsklage gerichtlich klären lassen. (Im Rahmen einer entsprechenden Klage wird auch die Rechtmäßigkeit der Entscheidungen nach Absatz 2 Satz 2 und 3 geprüft.) Die Leistungsklage hat die gleiche Wirkung wie die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage. D. h. bis zur rechtskräftigen Bestätigung der Rechtmäßigkeit der Aufrechnung bleibt die Anrechnungserklärung schwebend unwirksam und bringt die Forderung des Anfechtungsgegners nicht zum Erlöschen. So kann der Rückforderungsanspruch zwar zunächst durchgesetzt werden, wird die Rechtmäßigkeit der Aufrechnung aber nicht bestätigt, muss das durch Aufrechnung Erlangte erstattet werden (vgl. BVerwG, Urt. v. 13.10.1971 – VI C 57.66, Urt. v. 27.10.1982 – 3 C 6/82). Der Kläger kann wegen eines Vorbehalturteils gemäß § 173 VwGO i. V. m. § 302 ZPO eine vorläufige Befriedigung seiner behaupteten und erwiesenen Forderung erlangen, wenn das Bestehen der Gegenforderung noch aufklärungsbedürftig ist. Für Rechtsstreitigkeiten über die Aufrechnungsbefugnis und für die Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes (sog. einstweilige Anordnung) ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Über die Aufrechnung ist eine einseitige empfangsbedürftige Aufrechnungserklärung zu erteilen. Eine bestimmte Form ist dafür nicht vorgeschrieben. Die Aufrechnung sollte dabei in den Mitteilungen über die veränderten Versorgungsbezüge durch einen besonderen Zusatz oder mit dem Hinweis auf eine Darstellung im Einzelnen in den Versorgungsmitteilungen – durch besondere Mitteilung – erklärt werden. Eine Übersendung der Versorgungsmitteilungen in Form einer „Saldo-Aufstellung“ ohne entsprechenden ausdrücklichen Vermerk über die Aufrechnung dürfte dagegen nicht ausreichen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Aufrechnungserklärung zwar eine behördliche Willenserklärung darstellt, jedoch kein Verwaltungsakt ist und, auch wenn sie im Rahmen eines Rückforderungsbescheides abgegeben wird, nicht Teil eines Ver-

waltungsakts sein kann. Von der ihr regelmäßig vorausgehenden Billigkeitsentscheidung (Einräumung von Ratenzahlung) ist sie gedanklich zu trennen. Die Aufrechnungserklärung kann daher nur mit einem beamtenrechtlichen Leistungs- bzw. Unterlassungswiderspruch/-klage, nicht aber mit einem Anfechtungswiderspruch angegriffen werden. Der Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung hat keine aufschiebende Wirkung. Vorläufiger Rechtsschutz gegen die Aufrechnung ist daher nur im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zu erlangen, Anträge auf Aussetzung der Vollziehung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs nach den §§ 80, 80a VwGO sind hingegen unzulässig (VG Hannover, Beschl. v. 3.7.2012, Az. 13 B 3986/12). Mit der Aufrechnung übt der Dienstherr ein selbstständiges schuldrechtliches Gestaltungsrecht aus. Er vollzieht damit nicht einen ggf. zusätzlich erlassenen Leistungsbescheid (Rückforderungsbescheid). Die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs gegen den Rückforderungsbescheid beseitigt nicht die Fälligkeit des Rückforderungsanspruchs und hindert daher auch nicht die (weitere) Aufrechnung. Vielmehr setzt die Aufrechnung mit einer in einem Leistungsbescheid konkretisierten Forderung dessen Vollziehbarkeit nicht voraus (Urt. d. BVerwG v. 27.10.1982 – Az. 3 C 6.82 –, BVerwGE 66, 218, NJW 1983, 776). Ebenso wenig steht der Aufrechnung die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs gegen den Ruhensregelungsbescheid entgegen (Nds. OVG, Beschl. v. 17.9.1996, Az. 2 M 4781/96). Ein solcher Widerspruch entfaltet aufschiebende Wirkung lediglich im Hinblick auf die laufende Einkommensanrechnung, nicht im Hinblick auf eine etwaige Rückforderung. Etwas anderes gilt allerdings, wenn dem Rückforderungsanspruch eine wirksame, aber noch nicht bestandskräftige Aufhebung einer Bewilligung nach § 48 VwVfG zugrunde liegt: Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Rücknahmebescheid beseitigt die Fälligkeit des Rückforderungsanspruchs und damit der Aufrechnungslage. Die Aufrechnung ist daher unzulässig, solange der Rücknahmebescheid angefochten ist (BVerwG, Urt. v. 20.11.2008 – Az. BVerwG 3 C 13.08 –, BVerwGE 132, 250–253, NJW 2009, 1099–1100).

Nach gängiger Verwaltungspraxis wird nicht selten in den Fällen, in denen von Seiten der Versorgungsempfängerin oder des Versorgungsempfängers der anweisenden Stelle eine Änderung der für den Versorgungsanspruch maßgebenden Verhältnisse rechtzeitig angezeigt wird, die notwendige Herabsetzung der Bezüge aus verfahrenstechnischen Gründen aber erst von einem in der Zukunft liegenden Zeitpunkt an möglich ist, der überzahlte Betrag im Monat der erstmaligen Berücksichtigung der Änderung ohne Weiteres von den Versorgungsbezügen einbehalten. Im Falle einer Rückforderung dieser Überzahlungen ist zwar davon auszugehen, dass der Rückforderungsanspruch seitens der Versorgungsempfängerin oder des Versorgungsempfängers akzeptiert wird und auch ihr oder sein Einverständnis vorliegt, dass die – durch das Verfahren bedingte – Überzahlung auch in demjenigen Monat, in dem die Änderung erstmals berücksichtigt werden kann, einbehalten wird. Der Versorgungsanspruch seitens der Versorgungsempfängerin oder des Versorgungsempfängers im Umfang des überzahlten Betrages erlischt aber nur mit seiner Erfüllung; im vorliegenden Fall: wenn gegen diesen Anspruch wirksam mit dem Rückforderungsanspruch aufgerechnet worden ist. Daher bedarf es auch in diesen Fällen einer Aufrechnungserklärung.

In der Praxis wird diese regelmäßig mit dem Bescheid über den veränderten Bezügeanspruch verbunden oder ist – soweit ein entsprechender Bescheid nicht erfolgt – in der

Versorgungsmitteilung, in der die Aufrechnung dargestellt ist, enthalten. Ein Rückforderungsanspruch ist dann grundsätzlich nicht erforderlich.

- 41 Nicht zulässig ist, die Aufrechnung unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung zu erklären (vgl. § 388 BGB). Ist sie wirksam erklärt, tritt ihre Wirkung (Erlöschen der Forderungen) nicht erst im Zeitpunkt der Erklärung, sondern bereits in dem (grundsätzlich zurückliegenden) Zeitpunkt ein, in dem die Forderungen sich zur Aufrechnung geeignet erstmals gegenübergetreten sind (§ 389 BGB; in diesem Zeitpunkt enden auch etwaige Ansprüche auf Schadenersatz wegen einer Zinsverlustes in Bezug auf den aufgerechneten Betrag). Erfolgt keine Aufrechnung über den gesamten Rückforderungsanspruch, weil Ratenzahlungen eingeräumt oder die Forderung gestundet worden sind, sind ggf. von diesem Zeitpunkt an Stundungszinsen zu erheben.

Bei einer Verrechnung von Vorschüssen oder Abschlagszahlungen mit den Bezügen oder bei Saldierung liegt jeweils keine Aufrechnung vor.

#### **8.1.3.8 Aufrechnung bei Kindergeld**

- 42 Die Aufrechnung von Ansprüchen auf Rückzahlung von Kindergeld gegen Ansprüche auf laufendes Kindergeld richtet sich nach § 75 EStG. Für die Aufrechnung mit anderen Ansprüchen gelten nach § 226 Abs. 1 AO die §§ 387 bis 396 BGB sinngemäß (DA-FamEStG 75.1; zu DA-FamEStG s. Erl. zu § 49).

#### **9. Verstoß gegen Treu und Glauben; Verwirkung**

- 43 Die Frage, ob die Rückforderung einer ohne Rechtsgrund empfangenen Leistung gegen Treu und Glauben verstößt und deshalb das Recht zur Geltendmachung verwirkt ist,

(Fortsetzung Seite 17)