



**Zur Frage, ob ein Sekundärschuldner per Leistungsbescheid in Anspruch genommen werden und ob ein an diesen gerichteter Rückforderungsbescheid gemäß § 49a VwVfG in einen Haftungsbescheid umgedeutet werden kann.**

## 1. Einleitung

Häufig steht der Subventionsgeber insbesondere bei Kapitalgesellschaften und Personenhandelsgesellschaften als Zuwendungsempfängerin vor der Frage, wer bei der Rückforderung der Subvention in Anspruch genommen werden kann und darf.

Häufig sind Personengesellschaften nicht liquide, die dahinter stehenden Gesellschafter indes umso mehr. Trotz berechtigter Rückforderungsansprüche erscheint daher eine Geltendmachung des ausgezahlten Zuwendungsbetrags als aussichtslos.

Kann in einem solchen Fall, nach Widerruf bzw. Rücknahme des Zuwendungsbescheids, auch der persönlich haftende Gesellschafter gemäß § 49a VwVfG in Anspruch genommen werden? Was muss hierbei beachtet werden? Kann im Notfall eine Umdeutung erfolgen?

## 2. Die Vollstreckbarkeit der Hauptforderung ist Voraussetzung für den Erlass eines Haftungsbescheids

In den aller meisten uns bekannten Fällen erlässt der Subventionsgeber zeitgleich mit dem Widerrufs-/ Rücknahmebescheid gleichfalls einen Erstattungsbescheid gemäß § 49a VwVfG. Oftmals wird daneben – ebenfalls gleichzeitig – der persönlich haftende Gesellschafter mit Haftungsbescheid in Anspruch genommen.

Eine solche Vorgehensweise dürfte regelmäßig rechtswidrig sein. Tatbestandsvoraussetzung für den Erlass eines Haftungsbescheids ist die Vollstreckbarkeit der Hauptforderung.

Dem Gesetzgeber stehen mehrere Möglichkeiten offen, auf der Grundlage der zivilrechtlichen Haftung eines Dritten für öffentlich-rechtliche Geldforderungen gegen einen Primärschuldner auf das Vermögen des Dritten Zugriff zu nehmen. An die gesetzliche Vorgabe ist die Behörde

gebunden. Ist etwa die Inanspruchnahme auf Grund Verwaltungsakts und dessen Vollstreckung eröffnet, ist es der Behörde verwehrt, den Klageweg zu beschreiten,

vgl. BSG, Urteil vom 03.09.1986 - 9a RV 10/85 -, NJW 1987, 1846 – juris.

Abgesehen von der klageweisen Durchsetzung vor einem ordentlichen Gericht, kommt etwa der Erlass eines Haftungs-Leistungsbescheids neben dem Ausgangs-Leistungsbescheid, wie beispielsweise im Verfahren des Haftungsbescheids nach § 191 Abs. 1 AO vorgesehen, in Betracht,

vgl. Engelhardt, App, VwVG/ VwZG, 8. Aufl. 2008, § 3 Rz. 1; Klein, AO, 9. Aufl. 2006, § 191 Rz. 2.

So hat sich beispielsweise der sächsische Landesgesetzgeber in § 3 SächsVwVG – andere Bundesländer handeln ähnlich – demgegenüber dafür entschieden, das Vollstreckungsverfahren wegen Geldforderungen aus dem Ausgangsleistungsbescheid, das sich in erster Linie gegen den Primärschuldner richtet, auf den Haftungsschuldner auszudehnen.

Zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes unterliegt die dahingehende Anordnung gegen den Dritten als „vollstreckbare Ausfertigung des zu vollstreckenden Titels“ der gerichtlichen Überprüfung. Der gesetzlichen Anordnung der Vollstreckung des Leistungsbescheids gegen den Primärschuldner und gegen den Haftungsschuldner, § 3 SächsVwVG, ist damit die Ermächtigung zur Anordnung der Inanspruchnahme des Dritten als Regelung des Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit Rechtswirkung nach außen, § 35 S. 1 VwVfG, immanent,

vgl. Verwaltungsgericht des Saarlandes vom 31.03.2009, 1 K 58/08, OVG Brandenburg, Beschluss vom 12.08.1998 - 4 B 31/98 -, NJW 1998, 3513; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 11.02.1986 – 6 A 132/84 -, GewArch 1986, 349; Engelhardt, App, VwVG/ VwZG, 8. Aufl. 2008, § 2 Rz. 3; Sadler, VwVG/ VwZG, 5. Aufl. 2002, § 2 Rz. 6.

Gemäß § 2 SächsVwVG kann allerdings ein Verwaltungsakt, der zu einer Zahlung, einer sonstigen Handlung, einer Duldung oder Unterlassung verpflichtet, vollstreckt werden, wenn er 1. unanfechtbar geworden ist oder 2. ein gegen ihn gerichteter Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung hat.

Häufig wird daher dabei verkannt, dass bei der grundsätzlich gegebenen Möglichkeit der Inanspruchnahme des Haftungsschuldners (neben dem Selbstschuldner) der Widerrufsbescheid der Zuwendung bestandskräftig bzw. für sofort vollziehbar erklärt werden muss.

Dass beim Haftungsschuldner ausnahmsweise zusätzlich ein Leistungsbescheid auf der Grundlage des § 3 Abs. 1 Nr. 2 SächsVwVG ergehen muss, ist „lediglich“ darin zu sehen, dass dem Haftenden im Hinblick auf das aus Art. 19 Abs. 4 GG folgende Gebot des effektiven Rechtsschutzes die Möglichkeit eröffnet werden muss, die Rechtmäßigkeit des an den Erstattungsschuldner adressierten Leistungsgebots – und damit auch die Rechtmäßigkeit eines Rücknahme- und Widerrufsbescheids – überprüfen zu lassen,

vgl. Thüringer Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 21.12.2011, 3 KO 629/08, RdNr. 43 – juris.

Für einen solchen Haftungs-/Leistungsbescheid ist allerdings primär zunächst die Ausgestaltung des Subventionsverhältnisses (Gewährung per Verwaltungsakt oder öffentlich rechtlicher Vertrag) maßgeblich.

Strikt zu unterscheiden sind mithin die Beseitigung der Grundlage für das „Ob“ der Subventionsgewährung (also des ursprünglichen Verwaltungsakts durch Widerruf oder Rücknahme) und die erst anschließend mögliche Rückforderung gewährter Leistungen,

vgl. Öffentliches Wirtschaftsrecht, Jan Ziekow, 2. Auflage, Seite 94, RdNr. 77.

Ferner hat in einem zweiten Schritt eine Differenzierung danach zu erfolgen, ob es sich um einen „normalen“ Leistungsbescheid auf der Grundlage des § 49a VwVfG oder um einen Haftungsbescheid auf der Grundlage der einschlägigen Verwaltungsvollstreckungsgesetze handelt. Im letztgenannten Fall kann nur vollstreckt werden, wenn der Verwaltungsakt (das „ob“ der Leistungen), der Widerruf- bzw. die Rücknahme, unanfechtbar geworden ist oder ein gegen ihn gerichteter Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung entfaltet.

Diese hier vertretene Rechtsansicht findet seine Berechtigung in den hierzu ergangenen Entscheidungen. Im Hinblick auf die wesentliche Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Geltendmachung der Rückforderung beim „Schuldbeitritt“ vom 03.03.2011, 3 C 19/10, war der Widerrufsbescheid – das „Ob“ der Leistung durch Widerruf – jedenfalls bestandskräftig.

Der unveröffentlichten Entscheidung des Verwaltungsgerichts Dresden vom 03.08.2012, 5 K 1222/11 kann insoweit nicht gefolgt werden. Im zitierten Fall ging es um die Haftung von GbR-Gesellschaftern bei Nichtbestandskraft des Widerrufsbescheids gegen die GbR als Zuwendungsempfängerin.

Das Verwaltungsgericht stellt a. a. O. insoweit unzutreffend darauf ab, dass die *„Fälligkeit einer Schuld von der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels unberührt bliebe“* und hat dies mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.10.1982, 3 C 6/82 begründet, und im Ergebnis einen Haftungsbescheid gegen einen GbR-Gesellschafter bejaht, ohne dass der Widerrufsbescheid gegen die GbR bestandskräftig geworden ist.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in der genannten Entscheidung klargestellt, dass die Aufrechnung mit einer Gegenforderung keine Vollziehung eines die betreffende Forderung konkretisierenden Leistungsbescheides darstellt. Im besagten Fall hatte die Behörde einen Rückforderungsbescheid gegen eine Zuwendungsempfängerin mit der Gewährung einer neuen Beihilfe „verrechnet“, obwohl Rechtsmittel gegen den Rückforderungsbescheid – über die noch nicht rechtskräftig entschieden worden waren – eingelegt wurden. Das Bundesverwaltungsgericht a. a. O. führt diesbezüglich aus, dass

*„eine Handlung, die – wie hier die Aufrechnungserklärung – der Erfüllung der eigenen Verbindlichkeit dient und dabei gleichzeitig die Befriedigung der eigenen Forderung bewirkt, ist keine Maßnahme, durch die der Verwaltungsakt vollzogen wird, durch den die zur Aufrechnung gestellte Forderung konkretisiert und fällig gemacht worden ist. Die Vollziehung eines Verwaltungsaktes durch die Behörde ist eine selbständige und grundsätzlich hoheitliche Maßnahme zur Durchsetzung einer getroffenen Anordnung im Wege des Zugriffs – auch in Form der Gestaltungswirkung – auf Rechtsgüter des Adressaten dieses Verwaltungsaktes. Die Aufrechnung ist hingegen ein im Ausgangspunkt von der Privatrechtsordnung gewährleistetes Mittel der Rechtsverteidigung gegenüber einem vom Gegner erhobenen Anspruch (s. auch BGH Urteil vom 11. November 1971 - VII ZR 57/70 - (JR 1972, 336)) und dient zugleich der Befriedigung des eigenen Anspruchs, wobei es – wie bereits dargelegt – rechtlich unerheblich ist, ob die Forderungen, die sich im Aufrechnungsverhältnis gegenüberstehen, dem öffentlich-rechtlichen oder dem privatrechtlichen Bereich entstammen. Vollziehung einerseits und Aufrechnung andererseits sind zwei Rechtsinstitute mit verschiedener Zielrichtung und Wirkung. Die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs im Sinne des § 80 Abs. 1 VwGO ist dem Rechtsinstitut der Vollziehung und damit dem öffentlichen Recht und grundsätzlich seinem hoheitlichen Bereich zuzuordnen. Sie hindert deshalb nicht die jedenfalls dem hoheitlichen Bereich zuzurechnende Erklärung der Aufrechnung“.*

Ein Haftungsbescheid setzt allerdings die Vollziehbarkeit der Grundverfügung – hier des Widerrufsbescheids – voraus. Rechtsmittel gegen den Widerrufsbescheid führen daher im Ergebnis zu einer Nichtvollziehbarkeit, so dass verwaltungsvollstreckungsrechtliche Maßnahmen – und nichts anderes ist ein Haftungsbescheid – ausscheiden.

## **2. Umdeutung eines Erstattungsbescheids in einen Haftungsbescheid**

Häufig erlässt der Subventionsgeber keinen Haftungsbescheid gegen den Sekundärschuldner sondern gleichfalls einen an ihn gerichteten Leistungsbescheid auf der Grundlage des § 49a VwVfG. In diesen Konstellationen stellt sich die Frage, ob der Leistungsbescheid in einen Haftungsbescheid umgedeutet werden kann.

Der 4. Senat des Oberverwaltungsgerichts für das Land Brandenburg hat mit Urteil vom 12.08.1998, 4 B 31/98 entschieden, dass die Umdeutung eines Erstattungsbescheids im Sinne des § 49a VwVfG in einen Haftungsbescheid regelmäßig am Fehlen der Voraussetzungen des § 47 VwVfG scheitert.

Gemäß § 47 VwVfG kann ein fehlerhafter Verwaltungsakt (hier: der rechtswidrige Erstattungsbescheid) in einen anderen Verwaltungsakt (hier: einen Haftungsbescheid) umgedeutet werden, wenn er auf das gleiche Ziel gerichtet ist, von der erlassenden Behörde in der geschehenen Verfahrensweise und Form rechtmäßig erlassen werden kann und wenn die Voraussetzungen zu diesem Erlass vorliegen.

Diese Voraussetzungen sind im Regelfall indes nicht gegeben. Denn es ist in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes davon auszugehen, dass Leistungsbescheid (dort: Steuerbescheid) und Haftungsbescheid auf verschiedene Ziele gerichtet sind,

vgl. BFHE 82, 484, 487; 127, 243, 248, -juris.

Die originär öffentlich-rechtliche Geldleistungspflicht und die in Bezug auf die akzessorische Haftungsschuld führen nicht zu einer Identität beider Forderungen. Beide Forderungen verfügen vielmehr über die Umdeutung ausschließende verschiedene Rechtsgrundlagen und eigenständige Entstehungsgründe,

vgl. BFHE 120, 329, 332; 182, 480, 483; OVG NW, Urteil vom 20. Februar 1998 - 22 A 2178/94 - juris.

So ist die Existenz des Haftungsanspruchs von der Existenz des Leistungsanspruchs abhängig; dies gilt aber nicht umgekehrt.

Die rechtliche Unzulässigkeit der Umdeutung ergibt sich zudem aus § 47 Abs. 3 VwVfG, der die Umdeutung für den Fall ausschließt, dass eine gebundene in eine Ermessensentscheidung umgedeutet werden müsste.

Der erlassene Erstattungsbescheid gemäß § 49 a VwVfG ist jedoch eine gebundene Entscheidung („*sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten*“, § 49 Abs. 1 S. 1 VwVfG) und kann somit nicht in eine nach Ermessen zu treffende Entscheidung über die Inanspruchnahme des Antragstellers als Haftender i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 SächsVwVG („*als Vollstreckungsschuldner kann in Anspruch genommen werden*“) umgedeutet werden,

so auch vgl. BFH BFH/NV 1990, 594 - juris.

Allenfalls kommt eine Umdeutung im Falle der Ermessenreduzierung auf null in Betracht.

### **3. Fazit**

Der Erlass von Erstattungsbescheiden im Rahmen des Subventionsverhältnisses wirft eine Vielzahl von diffizilen Rechtsfragen auf.

Insbesondere vor dem Hintergrund, dass Gesellschaften häufig illiquide sind, muss daher bereits im Vorfeld eruiert werden, wer, wann wie zusätzlich – neben dem Primärschuldner – in Anspruch genommen werden kann.

Das fiskalische Interesse des Landes bzw. Bundes an der Rückforderung einer zu Unrecht gewährten Subvention bleibt daher in vielen Fällen auf der Strecke, da im Vorfeld formale – vermeidbare – Fehler begangen werden.

Ansprechpartner:

Herr Rechtsanwalt Marcus Richter, LL.M.  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Frau Rechtsanwältin Simone Baiker  
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Baiker & Richter, Rechtsanwälte  
Kaiserswerther Straße 263  
40474 Düsseldorf  
T: (0211) 58 65 156  
F: (0211) 58 65 158  
web: [www.baiker-richter.de](http://www.baiker-richter.de)